

# La protection des biotopes sous l'angle de l'art. 18 LPN

MEMOIRE

présenté

par

**Chong Didier Fu**

sous la direction de la Professeure

**Anne-Christine Favre**

Lausanne, le 10 janvier 2022

## Table des matières

<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>II</b>
<b>TABLE DES ABREVIATIONS .....</b>	<b>V</b>
<b>I. INTRODUCTION .....</b>	<b>1</b>
<b>II. GÉNÉRALITÉS .....</b>	<b>2</b>
A. Les origines de la protection.....	2
1. Le fondement constitutionnel.....	2
2. Les sources internationales .....	4
B. La notion de biotope.....	5
1. Une définition ?.....	5
2. Les biotopes d'importance nationale.....	7
3. Les biotopes d'importance régionale.....	8
C. L'application directe ?.....	10
<b>III. LES ART. 18 SS LPN .....</b>	<b>12</b>
A. Le champ d'application et la portée.....	12
1. Historique.....	12
2. Le lien avec les autres lois de la protection de l'environnement .....	13
B. La problématique des couloirs de faune.....	15
C. Au-delà des limites (définies) du biotope.....	16
D. La situation des propriétaires fonciers et des exploitants.....	17
<b>IV. LES MESURES COMPENSATOIRES .....</b>	<b>19</b>
A. Le principe du pollueur-payeur.....	19
B. Les mesures de protection .....	21
C. Les mesures de restauration.....	21
D. Les mesures de remplacement .....	22
<b>V. PERSPECTIVES RELATIVES À L'ART. 18 LPN.....</b>	<b>22</b>
A. En zone à bâtir .....	23
B. La pesée des intérêts au sens de l'al. 1 <sup>er</sup> LPN .....	24
C. Le pool de mesures .....	26
<b>VI. CONCLUSION .....</b>	<b>28</b>

# Bibliographie

## Doctrine

AUBERT Jean-François *et al.*, *Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874*, Bâle/Zurich/Berne 1989 (cité : Commentaire aCst.-AUTEUR/E, art. X N Y).

AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : PC Cst.-AUTEUR/E, art. X N Y).

BERGAMINI Ariel *et al.*, *Résultats du suivi des effets de la protection des biotopes – résumé*, Office fédéral de l'environnement (OFEV), Berne 2019.

EHRENZELLER Bernhard *et al.* (édits), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2014 (cité : SGK BV-AUTEUR/E, art. X N Y).

EPINEY ASTRID/FURGER David/HEUCK Jennifer (édits), *"Umweltplanungsrecht" in der Europäischen Union und Implikationen für das schweizerische Recht – Zu den Vorgaben des EU-Rechts in den Bereichen UVP, SUP, IVU, Gewässer- und Naturschutz und dem Anpassungsbedarf des schweizerischen Umweltrechts im Falle der Verbindlichkeit des einschlägigen EU-Rechts*, Zurich/Bâle/Genève 2011, p. 214 ss.

FAVRE Anne-Christine, *VII. Teil Bereichsverfassungen – Partie VIII Constitutions thématiques / 3 La Constitution environnementale*, in Diggelmann Olivier/Hertig Randall Maya, Schindler Benjamin (édits), *Verfassungsrecht der Schweiz Bd. III / Droit constitutionnel suisse Vol. III – Verfassungsorgane Verfahren Bereichsverfassungen / Organes constitutionnels Procédures Constitutions thématiques*, Zurich 2020, p. 2121 ss.

FAVRE Anne-Christine/JUNGO Fabia, *Chronique du droit de l'environnement Deuxième partie : La protection de la forêt, des biotopes et du paysage*, RDAF 2008 I, p. 307 ss.

GERBER Alexandra, *Protection des biotopes et compensation écologique en territoire urbanisé : un besoin urgent et un impératif légal*, DEP 2018, p. 499 ss.

GONIN Luc, *Droit constitutionnel suisse*, Genève/Zurich 2021.

GOSSWEILER Adrian, *Le droit de l'environnement suisse – Jurisprudence de 2011 à 2015 / I.-VI.*, DEP 2017, p. 755 ss.

KÄGI Bruno/STALDER Andreas/THOMMEN Markus, *Reconstitution et remplacement en protection de la nature et du paysage*, Guide de l'environnement n° 11 (OFEFP), Berne 2002.

KELLER Peter M./ZUFFEREY Jean-Baptiste/FAHRLÄNDER Karl-Ludwig (édits), *Commentaire LPN – Augmenté d’aspects choisis des LChP et LFSP*, Zurich/Bâle/Genève 2019 (cité : Commentaire LPN-AUTEUR/E, art. X N Y).

LARGEY Thierry, *La protection des biotopes dans la zone à bâtir - Commentaire des arrêts du Tribunal fédéral 1C\_126/2020 du 15 février 2021 et 1C\_653/2019 du 15 décembre 2020*, DEP 2021, p. 356 ss (cité : LARGEY, *La protection*).

LARGEY Thierry, *Le cadre juridique des atteintes licites et illicites à la nature et au paysage*, RDAF 2014 I, p. 535 ss (cité : LARGEY, *Le cadre juridique*).

MARTENET Vincent/DUBEY Jacques (édits), *Constitution fédérale – Préambule - art. 80 Cst.*, commentaire romand, Bâle 2021 (cité : CR Cst.-AUTEUR/E, art. X N Y).

MUNZ Robert Jakob, *Landschaftsschutz als Gegenstand des Bundesrechts*, ZBI 1986, p. 1 ss.

PAPAUX Alain, *Biosphère et droits fondamentaux*, Genève/Zurich/Bâle 2011 (cité : AUTEUR/E, titre, in : A. Papaux, *Biosphère et droits fondamentaux*, p. X).

PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, *Droit de l’environnement – Vers un droit économique au service de l’environnement*, Genève/Zurich/Bâle 2012.

RAUSCH Heribert/MARTI Arnold/GRIFFEL Alain, *Umweltrecht – Ein Lehrbuch*, Zurich 2004.

RIEDER Stefan, *Umsetzung des Umweltrechts: Stärken und Schwächen des föderalen Vollzugs*, DEP 2015, p. 581 ss.

SEITZ Andreas/ZIMMERMANN Willi, *Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (LPN) : Jurisprudence du Tribunal fédéral de 1997 à 2007*, DEP 2008, p. 659 ss.

SIDI-ALI Karin, *La protection des biotopes en droit suisse – Etude de droit matériel*, thèse, Lausanne 2008.

SOLLBERGER Kaspar, *Strategie und Aktionsplan Biodiversität: Auf dem Weg zu einer ökologischen Infrastruktur*, DEP 2016, p. 182 ss.

STEINMANN Gerold, *Unbestimmtheit verwaltungsrechtlicher Normen aus der Sicht von Vollzug und Rechtssetzung*, thèse, Berne 1982.

TANQUEREL Thierry, *Manuel de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2018.

VONLANTHEN-HEUCK Jennifer, *Der Schutz von Quelllebensräumen*, DEP 2015, p. 373 ss.

WAGNER PFEIFER Beatrice, *Umweltrecht – Besondere Regelungsbereiche Handbuch zu Chemikalien, GVO, Altlasten, Gewässerschutz, Energie u.a.*, Zurich 2013.

WALDMANN Bernhard/BELSER Eva Maria/EPINEY Astrid (édits), *Bundesverfassung*, Basler Kommentar, Bâle 2015 (cité : BSK BV-AUTEUR/E, art. X N Y).

ZUFFEREY Jean-Baptiste/ROMY Isabelle, *La construction et son environnement en droit public – Eléments choisis pour les architectes, les ingénieurs et les experts de l’immobilier*, 2<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2017.

## **Documents officiels**

Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage, du 1<sup>er</sup> juillet 1966, FF 1966 I 1882 (cité : FF 1966 I 1882, p. X).

Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1 (cité : FF 1997 I 1, p. X).

Message concernant l’initiative populaire « pour la protection des marais – Initiative de Rothenthurm » et la révision des dispositions sur la protection des biotopes dans la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage, du 11 septembre 1985 (cité : FF 1985 II 1449, p. X).

Message relatif à une loi fédérale sur la protection de l’environnement (LPE), du 31 octobre 1979, FF 1979 III 741 (cité : FF 1979 III 741, p. X).

Message du Conseil fédéral à l’Assemblée fédérale à l’appui d’un projet de loi sur la protection de la nature et du paysage, du 12 novembre 1965, FF 1965 III 93 (cité : FF 1965 III 93, p. X).

Message concernant l’insertion dans la constitution d’un article 24<sup>sexies</sup> sur la protection de la nature et du paysage, du 19 mai 1961, FF 1961 1089 (cité : FF 1961 1089, p. X).

## **Sites internet**

<https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home.html> (consulté le 03.11.2021).

<https://conservationcorridor.org> (consulté le 12.10.2021).

<https://www.fedlex.admin.ch/fr/home> (consulté le 15.09.2021).

<http://www.gebirgswald.ch/fr/> (consulté le 03.11.2021).

<https://www.gr.ch/EN/Seiten/welcome.aspx> (consulté le 03.11.2021).

<https://www.landschaftswerk.ch> (consulté le 03.11.2021).

<https://www.letemps.ch> (consulté le 28.10.2021).

<https://www.luckenwalde.de> (consulté le 03.11.2021).

<https://www.news.admin.ch> (consulté le 28.10.2021).

<http://www.parc.ch> (consulté le 03.11.2021).

<https://www.seeland-biel-bienne.ch> (consulté le 03.11.2021).

<https://www.sg.ch> (consulté le 03.11.2021).

<https://umweltallianz.ch> (consulté le 02.11.2021).

## Ouvrages généraux

AGOSTI Donat *et al.*, *Listes rouges des espèces animales menacées de Suisse*, Berne 1994.

GHAZOUL Jaboury, *Ecology – A Very Short Introduction*, Oxford 2020.

## Table des abréviations

A	Assemblée générale
aCst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 19 mai 1874 (abrogée), RO 11
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung
cf.	confer
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre
CITES	Convention du 3 mars 1973 sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES), RS 0.453
consid.	considérant
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP), RS 311.0
DEP	Le Droit de l'environnement dans la pratique
DETEC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication
éd.	édition
édit./édits	éditeur/éditeurs
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (et autres)
FF	Feuille fédérale
FR	Fribourg
HRC	Human Rights Council

<i>i.f.</i>	<i>in fine</i>
<i>i.i.</i>	<i>in initio</i>
LAT	LF du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (Loi sur l'aménagement du territoire, LAT), RS 700
LChP	LF du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (Loi sur la chasse, LChP), RS 922.0
LCITES	LF du 16 mars 2012 sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées (LCITES), RS 453
let.	lettre(s)
LEx	LF du 20 juin 1930 sur l'expropriation (LEx), RS 711
LF	loi fédérale
LFSP	LF du 21 juin 1991 sur la pêche (LFSP), RS 923.0
LPE	LF du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (Loi sur la protection de l'environnement, LPE), RS 814.01
LPN	LF du 1 <sup>er</sup> juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (LPN), RS 451
OAT	Ordonnance du 28 juin 2000 sur l'aménagement du territoire (OAT), RS 700.1
OBat	Ordonnance du 15 juin 2001 sur la protection des sites de reproduction de batraciens d'importance nationale (Ordonnance sur les batraciens, OBat), RS 451.34
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OFEPF	Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage
OPN	Ordonnance du 16 janvier 1991 sur la protection de la nature et du paysage (OPN), RS 451.1
OPPPS	Ordonnance sur la protection des prairies et pâturages secs d'importance nationale du 13 janvier 2010 (Ordonnance sur les prairies sèches, OPPPS), RS 451.37
PC	petit commentaire
N	numéro(s)
p.	page(s)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RES	Résolution
rés.	résumé
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique suisse
s	et suivant(e)
ss	et suivant(e)s
SG	Saint-Gall
SGK	Saint-Galler Kommentar
TA	Tribunal administratif
TF	Tribunal fédéral suisse
trad.	traduction

v. ég.  
ZBI

voir également  
Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

## I. Introduction

Commençons cette étude avec ce titre provocateur « La Suisse, bonnet d'âne de la biodiversité et des zones protégées »<sup>1</sup>. En effet, l'OFEV ne le cache pas en notant en 2017 que « la moitié environ des quelques 235 milieux naturels que compte la Suisse sont aujourd'hui menacés [...] » et d'ajouter qu'une part non négligeable d'espèces animales est menacée<sup>2</sup>. L'OCDE n'a pas caché sa contrariété en demandant à la Suisse de fournir davantage d'efforts. Ce rapport démontre clairement un problème regrettable au niveau de la gestion et de la conservation des espèces animales et de leurs habitats. Comment est-il possible pour un pays comme la Suisse de se trouver dans une telle situation ? Les raisons sont nombreuses, outre le fait que la population helvétique considère que la biodiversité est en bonne, voire excellente santé<sup>3</sup>. L'objet de notre étude consiste à examiner les carences en matière de protection de la biodiversité, dans une perspective juridique et voir plus précisément comment un éventail législatif, parfois difficile à mettre en œuvre, pourrait être simplifié par quelques dispositions en lien avec la protection des espèces animales et végétales ainsi que leur espace de vie.

Avant tout, pour quelles raisons faut-il protéger ces biotopes et la biodiversité animale et végétale ? La question est délicate car elle relève de différentes approches et dépend des courants de pensées. Sans creuser dans les arguments écologiques les plus complexes, il est usuel d'affirmer<sup>4</sup> que des espaces de vie naturelle sont bénéfiques pour la santé humaine (mentale et physique), les plantes interagissent avec leurs espaces pour nous fournir de l'oxygène et le purifier, ou encore que les espèces animales servent de régulateur contre d'autres espèces ravageuses qui pourraient nuire à notre bien-être<sup>5</sup> (pensons notamment à la punaise marbrée qui détruit nos récoltes). En outre, la préservation des biotopes contribue à défendre et préserver les droits humains en imposant des obligations étatiques vis-à-vis de ses citoyens<sup>6</sup>. En somme, la protection des espèces animales et végétales et de leur espace de vie sert nos intérêts<sup>7</sup>. Bien entendu, nous ne chercherons pas à argumenter sur les besoins humains dans ce travail mais tenterons d'exposer comment notre système législatif sur la protection de la nature est construit et s'efforce de ménager la protection des biotopes et les intérêts qui leurs sont opposés.

Nous débuterons notre analyse en exposant les origines de la protection des biotopes (*infra* II/A), suivi d'une définition énigmatique du biotope (*infra* II/B), puis nous terminerons le chapitre par l'examen de l'application directe des dispositions en matière de protection des biotopes (*infra* II/C).

---

<sup>1</sup> Titre emprunté au journal Le Temps : <https://www.letemps.ch/suisse/suisse-bonnet-dane-biodiversite-zones-protgees> (consulté le 28.10.2021).

<sup>2</sup> <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/50557.pdf> , p. 18 (consulté le 28.10.2021).

<sup>3</sup> *Ibidem* (consulté le 28.10.2021).

<sup>4</sup> Les ouvrages sur le sujet sont certainement très riches, nous nous sommes basés sur : GHAZOU, p. 86 ss.

<sup>5</sup> Ces arguments ne sont bien sûr pas exhaustifs puisque des courants de pensées, des religions ou encore des scientifiques viennent défendre l'importance de préserver la biodiversité.

<sup>6</sup> Notamment : Assemblée générale des Nations Unies du 30 mars 2021, Résolution 46/7, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development* (A/HRC/RES/46/7).

<sup>7</sup> GERBER mentionne à titre d'exemple : l'approvisionnement en eau et nourriture, mais également la sécurité et la santé humaine (GERBER, p. 500).

Le sujet sera ensuite examiné sous l'angle du champ d'application et de la portée des art. 18 ss LPN<sup>8</sup> (*infra* III/A) avant d'aborder question de la problématique et du statut des couloirs de faune (*infra* III/B). Nous reviendrons par la suite brièvement sur la notion de biotope mais du point de vue de sa délimitation spatiale et des questionnements qui en découlent (*infra* III/C) et achèverons le chapitre avec la question délicate de l'atteinte à la propriété (*infra* III/D).

Après cela, un chapitre entier sera consacré aux mesures compensatoires à la suite d'une atteinte à un biotope digne de protection. Il sera d'abord question de rappeler qui est le responsable ou l'auteur de l'atteinte et les principes qui en découlent (*infra* IV/A). Conséquence de l'atteinte inévitable, des mesures de protection (*infra* IV/B), puis de restauration (*infra* IV/C) et enfin de remplacement (*infra* IV/D) seront prises et à la charge du responsable ou de l'auteur.

Le chapitre suivant tentera de mettre en avant les caractéristiques de la zone à bâtir en lien avec la protection des biotopes dignes de protection (*infra* V/A), de donner une vision plus large de la pesée des intérêts (*infra* V/B) et de mettre en valeur le pool de mesures (*infra* V/C).

Finalement, le dernier chapitre conclura l'étude de notre analyse.

## II. Généralités

Les sources liées à la protection des biotopes sont nombreuses. Il existe des dispositions internationales, fédérales et cantonales. Sans être exhaustif, nous nous intéresserons principalement à la Constitution fédérale et au droit international. Il convient déjà de relever à ce stade que nous n'aborderons pas les sources cantonales car notre objet d'étude concerne la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (LPN). Néanmoins, il faut garder à l'esprit l'importance des lois cantonales car, si la Confédération impose un devoir général de préserver la faune et la flore et leurs milieux de vie, les cantons peuvent prendre des mesures plus strictes que celle exigées par le droit fédéral. Nous constatons dès lors une relation de complémentarité entre la Constitution fédérale et les dispositions cantonales.

### A. Les origines de la protection

#### 1. Le fondement constitutionnel

L'origine de la protection des biotopes trouve son fondement à l'art. 78 al. 4 Cst.<sup>9</sup> (anciennement art. 24<sup>sexies</sup> aCst.)<sup>10</sup>. Sur la base du message du Conseil fédéral du 19 mai 1961, le but visé par l'art. 24<sup>sexies</sup> aCst. était avant tout de protéger les espèces et leur espace de vie de manière uniforme<sup>11</sup>. Cette protection ne vise pas celle des animaux ou des plantes à titre individuel<sup>12</sup> car des lois existent déjà dans ces différents domaines : le code pénal<sup>13</sup>, la loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages<sup>14</sup> ou encore la loi

---

<sup>8</sup> LF du 1<sup>er</sup> juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (LPN), RS 451.

<sup>9</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

<sup>10</sup> Commentaire LPN-ZUFFEREY, art. 78 Cst. N 1 et 22 ; v. ég. CR Cst.-HAAG, art. 78 Cst. N 1.

<sup>11</sup> FF 1961 1089, p. 1108 ; Commentaire LPN-ZUFFEREY, art. 78 Cst. N 16.

<sup>12</sup> CR Cst.-HAAG, art. 78 Cst. N 36 ; Commentaire LPN-ZUFFEREY, art. 78 Cst. N 16 ; v. ég. SGK BV-MARTI, art. 78 Cst. N 17.

<sup>13</sup> Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0.

<sup>14</sup> LF du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (LChP), RS 922.0.

fédérale sur la pêche<sup>15</sup> en constituent des exemples<sup>16</sup> (au surplus, la protection des animaux en tant qu'individus découle du mandat constitutionnel de l'art. 80 Cst.<sup>17</sup>).

Initialement, sous l'ancien art. 24<sup>sexies</sup> aCst., la compétence de légiférer sur la protection de la faune et de la flore n'était qu'une simple possibilité et n'imposait aucune obligation vis-à-vis de la Confédération en raison de la compétence primaire des cantons de légiférer en la matière, mais la Confédération s'est rendue compte « [d']une nécessité urgente d'uniformiser le droit »<sup>18</sup>. Les raisons évoquées étaient les suivantes : les cantons, sur la base de leur compétence, risquaient de manquer des outils législatifs nécessaires pour prendre des mesures efficaces de protection<sup>19</sup>, d'une part, et une application divergente des pratiques cantonales pouvait contrecarrer la protection voulue par le législateur<sup>20</sup>, d'autre part. Dès lors, le mandat législatif de la Confédération est devenu obligatoire (art. 78 al. 4 Cst.)<sup>21</sup>.

A la lecture de l'art. 78 al. 4 Cst., cette disposition peut paraître vague et lacunaire car elle ne fait qu'attribuer la compétence à la Confédération de « légif[érer] sur la protection de la faune et de la flore et sur le maintien de leur milieu naturel dans sa diversité. [Au surplus,] [e]lle protège les espèces menacées d'extinction ». Pourtant, cette formulation est justifiée car elle permet aux cantons et à la Confédération de prendre les mesures nécessaires et ponctuelles pour protéger les espèces animales et végétales<sup>22</sup>. Les cantons peuvent donc prendre des mesures plus larges que celles imposées par le droit fédéral<sup>23</sup>. Notons que ce mandat législatif est si large qu'il permet même d'abroger les pratiques et législations cantonales de protection de la faune et de la flore contraires ou incompatibles avec le droit fédéral<sup>24</sup>.

C'est ainsi sur la base de l'art. 78 al. 4 Cst. et du Protocole de Nagoya<sup>25</sup> que la LPN a été adoptée le 1<sup>er</sup> juillet 1966 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1967<sup>26</sup>.

---

<sup>15</sup> LF du 21 juin 1991 sur la pêche sur la pêche (LFSP), RS 923.0.

<sup>16</sup> FF 1961 1089, p. 1109 ; v. ég. PC Cst.-MAHON, art. 78 Cst. N 12.

<sup>17</sup> ZUFFEREY/ROMY, p. 384.

<sup>18</sup> FF 1961 1089, p. 1102.

<sup>19</sup> SIDI-ALI, p. 27.

<sup>20</sup> FF 1961 1089, p. 1108 ; v. ég. BSK BV-DAJCAR/GRIFFEL, art. 78 Cst. N 4 ; SIDI-ALI, p. 28.

<sup>21</sup> CR Cst.-HAAG, art. 78 Cst. N 5 ; Commentaire LPN-ZUFFEREY, art. 78 Cst. N 16 ; BSK BV-DAJCAR/GRIFFEL, art. 78 Cst. N 34.

<sup>22</sup> FF 1961 1089, p. 1108 ; v. ég. Commentaire LPN-ZUFFEREY, art. 78 Cst. N 22 ; SGK BV-MARTI, art. 78 Cst. N 5.

<sup>23</sup> BSK BV-DAJCAR/GRIFFEL, art. 78 Cst. N 33 ; v. ég. EPINEY/FURGER/HEUCK, p. 218.

<sup>24</sup> Commentaire LPN-ZUFFEREY, art. 78 Cst. N 17.

<sup>25</sup> Protocole de Nagoya du 29 octobre 2010 sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique (Protocole de Nagoya), conclu à Nagoya et entrée en vigueur pour la Suisse le 12 octobre 2014, RS 0.451.432.

<sup>26</sup> FF 1961 1089, p. 1109 ; v. ég. CR Cst.-HAAG, art. 78 Cst. N 7 ; Commentaire LPN-ZUFFEREY, art. 78 Cst. N 6 ; PC Cst.-MAHON, art. 78 Cst. N 1.

## 2. Les sources internationales

Des mesures de protection de la faune et de la flore au niveau national sont certes nécessaires mais elles sont davantage indispensables au niveau supranational car les différentes espèces ne connaissent pas toujours les frontières nationales. Pensons notamment aux espèces migratoires qui survolent différents Etats lors de leurs déplacements. Nous pouvons aisément assimiler cette situation avec la problématique des frontières cantonales vue précédemment. Il est donc important que les Etats souverains coopèrent entre eux pour assurer une meilleure protection<sup>27</sup>.

La Suisse a pour cette raison signé et ratifié plusieurs conventions internationales pour atteindre ses objectifs de préservation<sup>28</sup>. Parmi ces différents accords internationaux, le message relatif à la nouvelle constitution<sup>29</sup> mentionne expressément la Convention relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe<sup>30</sup> et la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique<sup>31</sup>. HAAG<sup>32</sup> mentionne encore la Convention de Washington sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction<sup>33</sup> et la Convention de Ramsar relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau<sup>34</sup>.

Les intérêts de ces conventions internationales sont divers, on peut notamment citer qu'elles peuvent avoir des effets sur le droit interne par leurs principes liés à la protection de la nature (ZUFFEREY mentionne à titre d'exemple le principe du développement durable, le principe de prévention, le principe de coordination et le caractère universel des ressources naturelles)<sup>35</sup>. Notons également que ces différents accords internationaux peuvent conduire à leur tour à l'adoption de droit interne<sup>36</sup>, citons à titre d'exemple la LCITES<sup>37</sup> qui découle de la CITES<sup>38</sup> et de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine<sup>39</sup>. De plus, en ratifiant des conventions internationales, il y a un devoir d'interpréter le droit interne à l'aune du droit international même si la majorité de ces conventions ne sont pas d'application directe

---

<sup>27</sup> En ce sens : RAUSCH/MARTI/GRIFFEL, N 505 ; WAGNER PFEIFER, N 1193 ss.

<sup>28</sup> La liste complète des différents accords internationaux peut être consultée sur <https://www.fedlex.admin.ch/fr/cc/international-law/0.45> (consulté le 15.09.2021).

<sup>29</sup> FF 1997 I 1, p. 257 ; v. ég. CR Cst.-HAAG, art. 78 Cst. N 5 ; Commentaire LPN-ZUFFEREY, art. 78 Cst. N 2.

<sup>30</sup> Convention du 19 septembre 1979 relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe, conclue à Berne et entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> juin 1982, RS 0.455.

<sup>31</sup> Convention des Nations Unies du 5 juin 1992 sur la diversité biologique, conclue à Rio de Janeiro et entrée en vigueur pour la Suisse le 19 février 1995, RS 0.451.43.

<sup>32</sup> CR Cst.-HAAG, art. 78 Cst. N 38.

<sup>33</sup> Convention du 3 mars 1973 sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, conclue à Washington et entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> juillet 1975, RS 0.453.

<sup>34</sup> Convention du 2 février 1971 relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau, conclue à Ramsar et entrée en vigueur pour la Suisse le 16 mai 1976, RS 0.451.45.

<sup>35</sup> Commentaire LPN-ZUFFEREY, art. 78 Cst. N 7 ; v. ég. FAVRE, *Chapitre 4. Le droit à la protection de l'environnement : quels mécanismes de contrôle ?*, in : A. Papaux, *Biosphère et droits fondamentaux*, p. 166.

<sup>36</sup> GONIN parle à ce propos d' « internalisation du droit » (GONIN, N 686).

<sup>37</sup> LF du 16 mars 2012 sur la circulation des espèces de faune et flore protégées (LCITES), RS 453 ; cf. CR Cst.-HAAG, art. 78 Cst. N 12.

<sup>38</sup> Convention du 3 mars 1973 sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, conclue à Washington et entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> juillet 1975, RS 0.453.

<sup>39</sup> Convention internationale du 2 décembre 1946 pour la réglementation de la chasse à la baleine, conclue à Washington et entrée en vigueur pour la Suisse le 29 mai 1980, RS 0.922.74.

et nécessitent des transpositions en droit interne<sup>40</sup>(le droit international prime en principe le droit national<sup>41</sup>). Finalement, en vertu du principe *pacta sunt servanda*, un traité international signé et ratifié doit être respecté, créant ainsi des obligations réciproques pour les parties signataires<sup>42</sup>. En somme, le droit international vient forger et préciser le droit national<sup>43</sup>.

## **B. La notion de biotope**

La notion même de biotope est bien plus compliquée qu'elle ne paraît et nous tenterons de dessiner ses contours à travers différentes sources. À ce stade, nous pouvons déjà garder à l'esprit que la notion de biotope peut être subdivisée en deux catégories à la suite du contre-projet indirect de l'initiative de Rothenthurm<sup>44</sup> : les biotopes d'importance nationale et les biotopes d'importance régionale (ou locale). Cette subdivision s'inspire des art. 4 s. LPN<sup>45</sup>. Cette délimitation entraîne des conséquences importantes sur les conditions pour que l'atteinte soit admissible.

### **1. Une définition ?**

Selon l'art. 18 al. 1 LPN, un biotope correspond à « un espace vital suffisamment étendu » d'espèces animales et végétales. La définition du biotope est donc très large, voire trop selon SIDI-ALI qui considère qu'elle « réduit considérablement la portée de cet article [(art. 18 LPN)] »<sup>46</sup>. De plus, selon la même auteure, une notion aussi large et autant indéterminée pose des problèmes juridiques, à savoir la sécurité du droit, la prévisibilité du droit et le principe de l'égalité de traitement<sup>47</sup>. En effet, une multitude de questions tourne autour de la notion même du biotope mais également de sa délimitation et de sa protection à l'égard de biotopes existants<sup>48</sup>. Le législateur est conscient de ces problèmes, raison pour laquelle il se sert d'inventaires au sens des art. 5 et 6 LPN pour désigner les biotopes qui méritent une certaine protection et ainsi garantir une certaine prévisibilité et sécurité du droit<sup>49</sup>. S'agissant de la question de l'égalité de traitement par rapport à la détermination d'un biotope, le problème est principalement réglé par les garanties procédurales (en particulier par le droit d'être entendu)<sup>50</sup>.

Selon le Conseil fédéral, cette définition est appropriée puisque son objectif principal n'est pas d'accorder une protection particulière aux biotopes mais de lui donner une « valeur d'appel » et d'interpeller les cantons sur la question des biotopes<sup>51</sup>. LARGEY rappelle ainsi que la

---

<sup>40</sup> RAUSCH/MARTI/GRIFFEL, N 506 ; cf. FF 1985 II 1449, p. 1469.

<sup>41</sup> ZUFFEREY/ROMY, p. 217.

<sup>42</sup> En ce sens : GONIN, N 4118.

<sup>43</sup> Cf. FAVRE, N 5.

<sup>44</sup> FF 1985 II 1449, p. 1469.

<sup>45</sup> Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18a LPN N 5.

<sup>46</sup> SIDI-ALI, p. 28.

<sup>47</sup> *Idem*, p. 9 ; STEINMANN, p. 66 ss et 72 ss.

<sup>48</sup> En ce sens : SIDI-ALI, p. 9.

<sup>49</sup> *Idem*, p. 10.

<sup>50</sup> Cf. TF, arrêt 1C\_551/2020 du 5 juillet 2021, consid. 4.1 ; v. ég. SIDI-ALI, p. 10 ; TANQUEREL, N 620 et 1532.

<sup>51</sup> FF 1965 III 93, p. 112 ; v. ég. SIDI-ALI, p. 28.

distinction entre un simple biotope et celui qui mérite une protection particulière (ou digne de protection) se justifie par une volonté de meilleure protection<sup>52</sup>.

Face à ce concept juridiquement indéterminé qu'est le biotope, il faut se baser sur différentes approches et différentes sources légales pour tenter de délimiter les contours de cette notion.

Selon l'approche retenue par les écologues, un biotope peut être assimilé à un écosystème qui désigne « le support physico-chimique et la vie qui s'y trouve »<sup>53</sup>. L'approche juridique détermine le biotope comme « un espace de vie suffisamment étendu » (art. 18 al. 1 LPN). C'est cette dernière approche qui nous intéresse car la jurisprudence du Tribunal fédéral l'a confirmé en ce sens<sup>54</sup>.

Sur la base de l'art. 18 al. 1 LPN, FAHRLÄNDER relève que « [l'] espace vital suffisamment étendu » signifie qu'il doit y avoir une superficie et une limite spatiale déterminées indépendamment de la taille que peut prendre ce biotope<sup>55</sup>. Cette affirmation mériterait plus de précision et c'est ce que nous retrouvons à l'art. 18 al. 1<sup>bis</sup> LPN.

L'art. 18 al. 1<sup>bis</sup> LPN donne des indices intéressants sur la délimitation de la notion de biotope, il s'agit : des rives, des roselières, des marais, des associations végétales forestières rares, des haies, des bosquets, des pelouses sèches et tous les « autres milieux qui jouent un rôle dans l'équilibre naturel ou qui présentent des conditions particulièrement favorables pour les biocénoses ». Cette liste n'est donc pas exhaustive<sup>56</sup>. Ensuite, le biotope à protéger doit encore être « digne de protection »<sup>57</sup>, comme le dispose l'art. 18 al. 1<sup>bis</sup> LPN *i.i.* en prévoyant qu'il mérite une protection particulière. Le caractère est présumé pour l'alinéa 1<sup>bis</sup> 58. Lors de ses recherches, SIDI-ALI est parvenue à mettre en avant quatre critères alternatifs servant à délimiter ce qu'est jugé digne de protection : « sa valeur propre du fait d'une menace ou rareté [,] [s]a fonction d'écosystème au sein d'un réseau [,] [l]a présence d'une ou plusieurs espèces particulières à protéger [et] [s]a haute diversité. ». De son côté, PETITPIERRE-SAUVAIN relève que le biotope concerne « l'ensemble des facteurs physiques et chimiques d'un environnement territorialement délimité [qui] reste sensiblement constant ou ne subit que des variations périodiques »<sup>59</sup>.

L'art. 14 al. 3 OPN<sup>60</sup> donne à son tour d'autres indices permettant de circonscrire davantage la notion de biotope digne de protection<sup>61</sup> en désignant les milieux concernés et en renvoyant à différentes espèces végétales et animales protégées, menacées, rares ou migratrices.

La doctrine s'accorde quant à elle à refuser toute autre tentative d'esquisser une définition plus précise par crainte d'affaiblir la protection du biotope digne de protection<sup>62</sup>. En effet, le biotope qui mérite une protection particulière doit revêtir un caractère dynamique et doit pouvoir évoluer au fil du temps<sup>63</sup>. Une définition trop restreinte viendrait ainsi figer la notion de biotope,

---

<sup>52</sup> LARGEY, *Le cadre juridique*, p. 549.

<sup>53</sup> SIDI-ALI, p. 3.

<sup>54</sup> ATF 121 II 161, consid. 2bb ; v. ég. ATF 116 Ib 203, consid. 4b.

<sup>55</sup> Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 LPN N 13 ; cf. ATF 116 Ib 203, consid. 4b.

<sup>56</sup> SIDI-ALI, p. 13.

<sup>57</sup> FAVRE/JUNGO, p. 327 ; SIDI-ALI, p. 13 s.

<sup>58</sup> EPINEY/FURGER/HEUCK, p. 219.

<sup>59</sup> PETITPIERRE-SAUVAIN, p. 2.

<sup>60</sup> Ordonnance du 16 janvier 1991 sur la protection de la nature et du paysage (OPN), RS 451.1.

<sup>61</sup> En ce sens : SIDI-ALI, p. 15.

<sup>62</sup> *Ibidem* ; v. ég. Commentaire aCst.-FLEINER-GERSTER, art. 24<sup>sexies</sup> aCst. N 33.

<sup>63</sup> En ce sens : LARGEY, *Le cadre juridique*, p. 538 ; MUNZ, p. 13 ; SIDI-ALI, p. 15.

empêcherait probablement toute protection ultérieure et contreviendrait même à son caractère juridiquement indéterminé.

Finalement, nous constatons que toute tentative de définition plus précise serait vouée à l'échec car elle irait à l'encontre même de la nature juridiquement indéterminée du biotope et que la doctrine rencontrerait des difficultés à accepter une définition unanimement. SIDI-ALI tente toutefois de concilier l'approche écologique et l'approche juridique en développant la définition suivante<sup>64</sup> : « un biotope est une unité écologique composée du support abiotique et de la vie qui s'y trouve, caractérisé ou délimité par le réseau de chaînes trophiques qui en font partie » et d'ajouter « [l]e biotope digne de protection est un biotope tel que défini ci-avant, présentant un intérêt biologique, qui peut être sa valeur propre, sa place au sein d'un réseau, l'importance d'une (ou plusieurs) espèce qui y vit ou sa biodiversité. » Cette définition emporte notre conviction car elle combine le critère dynamique, le caractère indéterminé et permet de rapprocher du faisceau d'indices législatifs vu précédemment. Nous nous y rattacherons pour la suite de notre étude.

## 2. Les biotopes d'importance nationale

Les biotopes d'importance nationale sont désignés par le Conseil fédéral après avoir consulté les cantons (art. 18a al. 1 LPN) et ces derniers règlent leur protection et leur entretien (art. 18a al. 2 LPN). L'art. 18a LPN trouve principalement son fondement à l'art. 78 al. 4 Cst. mais également sur la base du même article à son alinéa 5 s'agissant des marais et sites marécageux d'une beauté particulière.

Malgré la formulation de l'art. 18a al. 1 LPN (après avoir pris l'avis des cantons), le Conseil fédéral peut désigner un biotope d'importance nationale quand bien même un canton aurait manifesté son refus à une telle qualification (l'inverse est également possible, à savoir la volonté d'un canton de qualifier un biotope d'importance nationale et le refus du Conseil fédéral)<sup>65</sup>. Cette possibilité du Conseil fédéral marque sa force contraignante mais également sa faiblesse, en ce sens que les cantons disposent parfois de plus d'expertises et de connaissances locales pour apprécier l'importance, la richesse et la valeur d'un biotope. Il faut donc une coopération très étroite et une solide confiance entre le Conseil fédéral et les cantons. Pour le surplus, après désignation des biotopes d'importance nationale par le Conseil fédéral, il appartient aux cantons de définir plus précisément la zone protégée dans les différentes parcelles individuelles<sup>66</sup>.

Un autre point notable de cet article est son alinéa 3 qui dispose que le Conseil fédéral peut sommer les cantons, après les avoir consultés, de prendre des mesures de protection des biotopes et qu'à défaut, des mesures de substitution sont possibles. Cela suppose que le Conseil fédéral ait fixé un délai raisonnable aux cantons, la question de la prolongation n'est cependant pas prévue par la loi<sup>67</sup>. Toutefois, la législation ne précise pas ce qui doit être fait dans le délai fixé, laissant ainsi une large marge de manœuvre au Conseil fédéral<sup>68</sup>. Nous pouvons ainsi imaginer que le Conseil fédéral délègue au DETEC la compétence d'acheter, voire exproprier des sites (art. 15 LPN), prendre d'autres mesures conservatoires au sens de l'art. 16 LPN ou

---

<sup>64</sup> *Idem*, p. 20.

<sup>65</sup> Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18a LPN N 14.

<sup>66</sup> *Idem*, N 30.

<sup>67</sup> *Idem*, N 61.

<sup>68</sup> En ce sens : Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18a LPN N 21 ; v. ég. RAUSCH/MARTI/GRIFFEL, N 582.

encore édicter lui-même des mesures de protection supplémentaires<sup>69</sup>. La portée de cet article 18a al. 3 LPN peut s'avérer très large. En effet différentes ordonnances de protection des espèces et des biotopes dignes de protection peuvent également trouver application sur la base de cette disposition (citons notamment l'OBat<sup>70</sup> et l'OPPPS<sup>71</sup>)<sup>72</sup>.

Enfin, rappelons le régime particulier des marais et des sites marécageux d'une beauté particulière qui présentent un intérêt national (art. 78 al. 5 Cst.) car ceux-ci disposent d'une protection dite « absolue »<sup>73</sup> résultant de l'initiative « Rothenthurm »<sup>74</sup>. En d'autres termes, aucune atteinte n'est tolérée sur ces biotopes sous réserve « [d]es installations qui servent à la protection de ces espaces ou à la poursuite de leur exploitation à des fins agricoles » (art. 78 al. 5 Cst. *i.f.*) et aucune pesée des intérêts ne saurait entrer en ligne de compte<sup>75</sup>, la jurisprudence du Tribunal fédéral étant claire à ce propos<sup>76</sup>. Pour ce qui est des définitions et des modalités de la protection des marais et sites marécageux d'une beauté particulière et d'importance nationale, les art. 23a ss LPN sont à lire en relation avec l'art. 78 al. 5 Cst.

### 3. Les biotopes d'importance régionale

Les biotopes d'importance régionale sont protégés et entretenus par les cantons (art. 18b al. 1 LPN). Cette tâche résulte directement du mandat fédéral<sup>77</sup>. Pour remplir leur devoir, les cantons doivent désigner ces biotopes sur la base des critères développés par l'art. 14 al. 3 OPN et se fonder sur l'annexe 1 de la même ordonnance (cette dernière n'étant pas exhaustive, les cantons peuvent l'allonger mais en aucun cas la raccourcir)<sup>78</sup>. Les cantons sont assez libres quant aux mesures à prendre et aux délais à respecter et le Tribunal fédéral fait preuve d'une grande retenue en raison de spécificités cantonales et des connaissances techniques dont il ne dispose pas toujours<sup>79</sup>.

Bien que le texte de la loi semble uniquement s'adresser aux cantons, rien n'empêche ceux-ci de déléguer leur tâche de protection des biotopes dignes de protection aux communes, cette délégation est même assez courante en pratique<sup>80</sup>. Ce faisant, les cantons ne sont cependant pas libérés de leur obligation de protection et d'entretien des biotopes qui méritent une protection particulière, ils doivent encore veiller à la bonne application des mesures communales<sup>81</sup>.

---

<sup>69</sup> En ce sens : Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18a LPN N 22 s.

<sup>70</sup> Ordonnance du 15 juin 2001 sur la protection des sites de reproduction de batraciens d'importance nationale (OBat), RS 451.34.

<sup>71</sup> Ordonnance du 13 janvier 2010 sur la protection des prairies et pâturages secs d'importance nationale (OPPPS), RS 451.37.

<sup>72</sup> Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18a LPN N 25 ; v. ég. RAUSCH/MARTI/GRIFFEL, N 586.

<sup>73</sup> CR Cst-HAAG, art. 78 Cst. N 41 ; BSK BV-DAJCAR/GRIFFEL, art. 78 Cst. N 40 ; SGK BV-MARTI, art. 78 Cst. N 22 ; PC aCst.-MAHON, art. 78 aCst. N 14 ; Commentaire aCst.-FLEINER-GERSTER, art. 24<sup>sexies</sup> aCst. N 45.

<sup>74</sup> FF 1985 II 1449, p. 1449 ss.

<sup>75</sup> BSK BV-DAJCAR/GRIFFEL, art. 78 Cst. N 41.

<sup>76</sup> ATF 143 II 241, consid. 5 ; cf. ATF 138 II 281, consid. 4.4.2.

<sup>77</sup> LARGEY, *La protection*, p. 357.

<sup>78</sup> WAGNER PFEIFER, N 1146.

<sup>79</sup> TF, arrêt 1C\_653/2019 du 15 décembre 2020, consid. 3.6.2 ; ATF 118 Ib 485, consid. 3d = JdT 1994 I 503 ; TF, arrêt 1C\_134/2014 du 15 juillet 2014, consid. 3.3 ; Notamment : Largey, *La protection*, p. 358 ; Commentaire LPN-DAJCAR, art. 18b LPN N 6.

<sup>80</sup> *Idem*, N 7.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

Quant à la Confédération, elle est également concernée par cette disposition mais de façon implicite à plusieurs égards<sup>82</sup> puisque d'abord, l'art. 78 al. 4 Cst. vu précédemment (*supra* A/I) lui impose le devoir de « légif[é]re[r] sur la protection de la faune et de la flore et sur le maintien de leur milieu naturel dans sa diversité [...] », ensuite l'art. 78 al. 2 Cst. exige de la Confédération de « prend[re] en considération les objectifs de la protection de la nature et du patrimoine. [...] » et finalement la systématique des art. 18 ss LPN concerne également la Confédération (notamment l'art. 18*d* LPN qui porte sur le financement par la Confédération des indemnités).

Il est rappelé que dans les zones où l'exploitation du sol est dite « intensive » à l'intérieur et à l'extérieur des localités, les cantons doivent créer une compensation écologique suffisante (art. 18*b* al. 2 LPN). Cette compensation vise plusieurs objectifs (non exhaustifs) : éviter l'isolement des biotopes, contribuer à la diversité des espèces, viser une utilisation rationnelle et modérée du sol, promouvoir les espaces naturels dans les zones urbaines (art. 15 al. 1 OPN)<sup>83</sup>. Comme le souligne DAJCAR<sup>84</sup>, il serait souhaitable d'avoir une disposition spécifique traitant de la restauration d'anciens biotopes et de mettre un accent plus marqué sur leur entretien. En effet, la loi semble assez limitée quant à la question de la restauration de biotopes préexistants. De plus, l'entretien des biotopes paraît inexistant dans la loi. En pratique, nous pouvons imaginer un contrat bilatéral entre le canton et un privé ou une collectivité qui traiterait de la question de l'entretien sur une certaine durée, mais il aurait été préférable d'en fixer les principes dans la loi ou dans une ordonnance (l'art. 14 al. 2 let. b OPN est très vague s'agissant de l'entretien des biotopes).

A noter que la loi semble opérer une distinction entre les biotopes d'importance régionale et locale mais ne paraît pas donner de précisions à cet égard. DAJCAR, ayant examiné cette problématique<sup>85</sup>, considère que les conséquences d'une telle différence ont des effets quant aux intérêts des biotopes (les biotopes d'importance régionale prennent le pas sur les biotopes d'importance locale en raison de leur valeur), à la responsabilité entre les cantons et leurs communes (les cantons s'occupent généralement des biotopes d'importance régionale alors que les communes sont chargées des biotopes d'importance locale) et aux montants des indemnités octroyées au sens de l'art. 18*d* al. 3 LPN. Les cantons sont libres de désigner d'autres catégories de biotope<sup>86</sup>. A notre sens, cette distinction ne semble pas entraîner de différences pratiques car ni la doctrine, ni la jurisprudence ne traitent généralement de cette distinction.

La désignation des biotopes d'importance régionale a toute son importance car, si un canton omet cette obligation, alors il ne sera plus possible d'obtenir une protection ultérieure du biotope dans le cadre d'une demande de permis de construire<sup>87</sup>. De même, des interventions techniques sur les biotopes ne seront plus admissibles et il ne sera plus possible d'exiger des mesures de compensation écologique sur le biotope qui n'aura pas été qualifié d'importance régionale<sup>88</sup>. Toutefois, du point de vue de l'aménagement du territoire, une modification du

---

<sup>82</sup> *Idem*, N 8.

<sup>83</sup> Cf. GERBER, p. 506 s.

<sup>84</sup> Commentaire LPN-DAJCAR, art. 18*b* LPN N 2.

<sup>85</sup> *Idem*, N 15.

<sup>86</sup> *Idem*, N 16.

<sup>87</sup> WAGNER PFEIFER, N 1150.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

plan d'affectation est possible lorsque des changements de circonstances ont lieu (art. 21 al. 2 LAT<sup>89</sup>)<sup>90</sup>. De préférence, il faudrait déjà penser à inclure ces biotopes à protéger au niveau de la planification des plans pour évaluer les différents intérêts en présence afin d'avoir une vision plus large des conflits que pourraient engendrer des constructions futures ou existantes<sup>91</sup>. Nous y reviendrons (*infra* V/A).

Une différence importante subsiste toutefois en matière de protection entre les marais d'importance nationale et régionale : aucune atteinte ne doit être portée aux premiers alors que ces derniers peuvent faire l'objet d'une pesée des intérêts au sens de l'art. 18 al. 1<sup>er</sup> LPN lorsqu'une atteinte est impossible à éviter<sup>92</sup>.

### C. L'application directe ?

Une question fondamentale liée à la protection des biotopes est celle de son application directe. Une loi (ou ses articles) est dite « directement applicable » lorsque des concrétisations judiciaires ne sont pas nécessaires<sup>93</sup>. L'application directe implique que des décisions fondées sur ces lois peuvent être directement soumises au juge, elles sont donc justiciables pour les particuliers.

S'agissant de l'art. 18 LPN, une partie de la doctrine et la jurisprudence s'accordent sur le fait qu'il revêt un caractère purement programmatoire et n'est donc pas d'application directe, principalement sur la base du fait que cette disposition n'est pas suffisante pour restreindre le droit de la propriété<sup>94</sup> (sous réserve de l'al. 5<sup>es</sup>). DAJCAR nuance cette position en défendant le caractère directement applicable uniquement sous la forme des alinéas 1<sup>bis</sup> et 1<sup>er</sup> de cette disposition<sup>96</sup>. SIDI-ALI considère à l'inverse que cette disposition est d'application directe en se fondant sur la clarté et la précision des termes employés et de leurs implications<sup>97</sup> (notamment sur la définition du biotope digne de protection, l'obligation de procéder à la pesée des intérêts au sens de l'al. 1<sup>er</sup> et du désir du législateur de défendre davantage les biotopes). Cette position est soutenue par FAVRE/JUNGO<sup>98</sup> et LARGEY<sup>99</sup>.

Ces trois avis doctrinaux laissent une certaine incertitude quant à l'application directe, en particulier en zone à bâtir. En effet, lorsqu'un terrain est classé en zone à bâtir selon l'art. 15 LAT, un conflit survient entre la possibilité de construire et la protection des biotopes dignes de protection. En d'autres termes, les problématiques reviennent à se demander si et comment

---

<sup>89</sup> LF du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT), RS 700.

<sup>90</sup> WAGNER PFEIFER, N 1151.

<sup>91</sup> En ce sens : Commentaire LPN-DAJCAR, art. 18b LPN N 10.

<sup>92</sup> WAGNER PFEIFER, N 1154.

<sup>93</sup> Cf. FAVRE/JUNGO, p. 329.

<sup>94</sup> ATF 116 Ib 203, consid. 5j ; ATF 118 Ib 485, consid. 5c = JdT 1994 I 503 (rés.) ; Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 LPN N 2 ; EPINEY/FURGER/HEUCK, p. 218 s ; SEITZ/Zimmermann, p. 708 s ; contra : SIDI-ALI, p. 97 ss.

<sup>95</sup> ATF 117 Ib 243, consid. 3d = JdT 1993 I 511 (rés.).

<sup>96</sup> Commentaire LPN-DAJCAR, art. 18b LPN N 1.

<sup>97</sup> SIDI-ALI, p. 97 ss.

<sup>98</sup> FAVRE/JUNGO, p. 330.

<sup>99</sup> LARGEY, *La protection*, p. 358.

l'art. 18 LPN peut encore trouver application en zone à bâtir<sup>100</sup>. A cet égard, une certaine évolution de la jurisprudence est à noter puisque le Tribunal fédéral reconnaît que la notion de biotope ne nécessite pas une concrétisation judiciaire pour que les art. 18 ss LPN s'appliquent<sup>101</sup> et que les cantons ont pour mission la protection des biotopes d'importance locale et régionale (le mandat fédéral leur est ainsi confié)<sup>102</sup>.

Dans deux arrêts récents, le Tribunal fédéral a tranché en faveur de l'application de l'art. 18 LPN en zone à bâtir en l'admettant explicitement. Il s'agit des affaires de Grandfontaine<sup>103</sup> et de Lausanne<sup>104</sup>.

Dans l'affaire de Grandfontaine, le litige concerne, d'une part, le maintien d'un biotope d'importance locale connu en zone à bâtir et la faculté du propriétaire de pouvoir construire sur sa parcelle et, d'autre part, la révision des plans. S'agissant du permis de construire, le Tribunal fédéral fait preuve de retenue en raison du manque de connaissance des spécificités locales<sup>105</sup>. En ce qui a trait à la modification des plans d'affectation, les exigences de l'art. 21 al. 2 LAT sont strictes et ne sauraient être remises en cause par une simple demande<sup>106</sup>. L'atteinte au biotope a donc été admise car il ne serait question d'effectuer à nouveau une pesée des intérêts au sens de l'art. 18 al. 1 LPN, reste toutefois l'hypothèse de l'art. 18 al. 1<sup>er</sup> LPN pour la limitation des atteintes et des mesures compensatoires<sup>107</sup>.

Dans l'affaire lausannoise, il est principalement question de l'intérêt de protéger un biotope d'importance régionale qui n'était pas connu lors de la planification (nous soulignons) et de l'intérêt du propriétaire de la parcelle de pouvoir construire. Dans cette situation, le Tribunal fédéral reconnaît que ces deux intérêts ont une valeur plus ou moins équivalente. Il préconise ainsi la voie du dialogue et ajoute qu'« [e]n pareille situation, c'est en effet la recherche du compromis qui doit dicter ce qu'il est admissible de réaliser sur ce terrain. [...] Une politique du tout ou rien ne convain[c] [...] pas. »<sup>108</sup>. Cette jurisprudence est une bonne illustration de l'application de l'art. 18 LPN en zone à bâtir et souligne l'application directe de cette disposition. Le Tribunal fédéral a ainsi pu affirmer que le droit de la propriété pouvait être restreint en faveur de la protection des biotopes dignes de protection selon l'art. 18 LPN. Ce changement de paradigme<sup>109</sup> devrait être vu comme un véritable revirement de jurisprudence qui cherche désormais à mieux protéger la diversité animale et végétale et le maintien des biotopes existants<sup>110</sup>.

---

<sup>100</sup> Cf. SIDI-ALI, p. 102.

<sup>101</sup> ATF 133 II 220, consid. 2.3 ; v. ég. ATF 116 Ib 203, consid. 4b ; LARGEY, *La protection*, p. 357 s.

<sup>102</sup> ATF 116 Ib 203, consid. 4b ; v. ég. LARGEY, *La protection*, p. 358.

<sup>103</sup> TF, arrêt 1C\_653/2019 du 15 décembre 2020.

<sup>104</sup> TF, arrêt 1C\_126/2020 du 15 février 2021.

<sup>105</sup> TF, arrêt 1C\_653/2019 du 15 décembre 2020, consid. 3.6.2 et les références citées.

<sup>106</sup> *Idem*, consid. 4.1.1 s ; v. ég. FAVRE/JUNGO, p. 335 ; en ce sens : TF, arrêt 1A.113/2005 du 17 janvier 2006, consid. 1.2.

<sup>107</sup> LARGEY, *La protection*, p. 364 s ; v. ég. FAVRE/JUNGO, p. 337.

<sup>108</sup> TF, arrêt 1C\_126/2020 du 15 février 2021, consid. 6.2.3.

<sup>109</sup> ATF 116 Ib 203, consid. 5j.

<sup>110</sup> Cf. LARGEY, *La protection*, p. 364.

### III. Les art. 18 ss LPN

Pour appréhender l'intérêt et l'articulation des art. 18 ss LPN, il est d'abord nécessaire de se focaliser sur leur histoire et leur objectif. Ensuite, il convient de relever que la protection des biotopes est du ressort de plusieurs législations diffuses mais qu'une application générale des art. 18 ss LPN permet de fonder un régime commun de protection permettant ainsi une meilleure lecture et compréhension des différentes lois. Bien évidemment, des questions pratiques subsistent lorsque la faune est restreinte dans sa mobilité, limitant ainsi la diversité biologique des espèces animales et végétales que la loi défend. Nous verrons également qu'il faut élargir le champ de vision d'un biotope car ses résidents ne sauraient se limiter à notre simple démarcation spatiale. Plus délicate encore est la question du droit fondamental de la propriété et de ses restrictions en faveur d'un biotope digne de protection.

#### A. Le champ d'application et la portée

##### 1. Historique

Selon la formulation de l'art. 18 al. 1 LPN « [l]a disparition d'espèces animales et végétales indigènes doit être prévenue par le maintien d'un espace vital suffisamment étendu (biotopes) [...] ». Le législateur était déjà fortement conscient que la préservation des espèces commençait par la protection de son environnement. A cet égard, il convient de mentionner que la première version de la LPN mentionnait déjà cet objectif<sup>111</sup> mais qu'elle était moins ambitieuse dans ses objectifs qu'aujourd'hui<sup>112</sup>.

L'entrée en vigueur de la LPE<sup>113</sup> le 1<sup>er</sup> janvier 1985<sup>114</sup> a conduit à l'introduction des alinéas 1<sup>bis</sup> et 1<sup>ter</sup> à l'art. 18 LPN et a précisé la portée de l'art. 21 al. 1 LPN<sup>115</sup>. Nous verrons plus particulièrement l'enjeu de l'alinéa 1<sup>ter</sup> ultérieurement (*infra* V/B).

Les art. 18a à 18d LPN sont ensuite venus se greffer à la suite de la contre-proposition indirecte à l'initiative dite « Rothenthurm » du Conseil fédéral<sup>116</sup>. Ces dispositions ont leur importance car elles répartissent les tâches fédérales et cantonales (art. 18a et 18b LPN), traitent la situation des propriétaires fonciers (art. 18c LPN) et régissent la question des aides financières de la Confédération (art. 18d LPN)<sup>117</sup>.

Pour comprendre comment se sont forgées ces dispositions, il faut garder à l'esprit que la protection des biotopes n'était pas un but en soi (« [...] par le maintien d'un espace vital suffisamment étendu (biotope) [...] ) mais un moyen pour préserver les espèces animales et végétales indigènes<sup>118</sup>. Au fur et à mesure que la LPN s'est développée, la tendance de la

---

<sup>111</sup> FF 1966 I 1182, p. 1187.

<sup>112</sup> Commentaire LPN-DAJCAR, remarques liminaires des art. 18-23 N 9.

<sup>113</sup> LF du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE), RS 814.

<sup>114</sup> RO 1984 1122.

<sup>115</sup> Commentaire LPN-DAJCAR, remarques liminaires des art. 18-23 N 9.

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> FF 1985 II 1449, p. 1471.

<sup>118</sup> Cf. SIDI-ALI, p. 90.

protection des espèces indigènes et des biotopes s'est renversée<sup>119</sup>. Les biotopes se sont vus accordés une meilleure protection alors que les espèces indigènes qui s'y trouvent ne sont plus mises au premier plan, en ce sens que la menace d'extinction de ces espèces n'est plus une condition pour préserver le biotope<sup>120</sup>.

Aujourd'hui, sous réserve de rares exceptions (tel que l'art. 7 LFo qui prévoit une compensation en cas de défrichement de la forêt), l'art. 18 al. 1<sup>er</sup> LPN trouve application dans les autres législations traitant de la protection de la nature<sup>121</sup>. Cette affirmation soutient la thèse selon laquelle la protection des biotopes (dignes de protection) a pris une ampleur considérable.

## 2. Le lien avec les autres lois de la protection de l'environnement

La protection des biotopes de notre étude porte sur les articles 18 ss LPN mais leur sauvegarde ne se limite pas à la LPN. En réalité, il existe deux autres lois qui protègent également directement les biotopes dignes de protection.

La première loi de protection des biotopes est la loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères. Son article premier prévoit expressément la protection et la conservation des espèces ainsi que de leurs biotopes (art. 1 al. 1 let. a LChP). Cet objectif est similaire à celui de la LPN<sup>122</sup>, bien qu'il ne soit pas directement question de la protection des espèces végétales. Toutefois, son article 18 al. 1 let. g prévoit une amende à toute personne qui « brûle sur de grandes surfaces des talus, des lisières de champs ou des pâturages ou élimine des haies [intentionnellement et sans raison valable] [...] »<sup>123</sup>, alors que la LPN cite expressément qu'une haie constitue un biotope à protéger tout particulièrement (art. 18 al. 1<sup>bis</sup> LPN).

La question revient donc à se demander sur la base de quelle loi une haie serait protégée, si une loi prime une autre ou encore si la protection accordée est identique. La différence a toute son importance, si une protection directe peut être déduite de la LChP, alors les cantons pourront se passer du système de compensation établi par les art. 18 ss LPN<sup>124</sup>. À la lecture de l'art. 18 al. 4 LPN, le texte semble clair en disposant que « [l]a législation sur la chasse et la protection des oiseaux ainsi que sur la pêche est réservée. ». Malgré cette présupposée clarté, l'appréciation de la valeur d'une haie doit se faire à l'aune des indices de l'art. 14 al. 3 OPN pour autant qu'elle soit digne de protection (ce caractère est présumé) et qu'elle présente une certaine qualité écologique<sup>125</sup>. SIDI-ALI considère qu'examiner la valeur d'une haie et déterminer si une raison est valable pour lui porter atteinte n'est pas du ressort de la LChP<sup>126</sup>. Cette argumentation nous paraît convaincante au vu des buts poursuivis par la LPN (l'art. 1 let. d LPN en particulier).

---

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 LPN N 1 ; v. ég. : SIDI-ALI, p. 90.

<sup>121</sup> Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 LPN N 3.

<sup>122</sup> SIDI-ALI, p. 40.

<sup>123</sup> Cf. *ibidem*.

<sup>124</sup> Cf. *ibidem*.

<sup>125</sup> TA SG, affaire B 2015/186 du 29 juin 2017, consid. 3.1.1 ; ATF 133 II 220, consid. 2.3 ; v. ég. VONLANTHEN-HEUCK, p. 378.

<sup>126</sup> SIDI-ALI, p. 41.

Quant à la seconde loi, il s'agit de la loi fédérale sur la pêche. Son article premier prévoit qu'un des objectifs poursuivis par la loi concerne la protection, l'amélioration ou, si possible, la reconstitution des biotopes des espèces indigènes de poissons, d'écrevisses et des organismes servant de pâture (art. 1 LFSP). A cet égard, la LPN concède une place importante à la sylviculture (art. 18 al. 1 *i.f.* et 4 LPN et art. 9 al. 2 LFSP). Cependant la LFSP, bien que traitant de la diversité animale et végétale aquatique et de leur biotope, s'aligne avec la protection poursuivie par les articles 18 ss LPN<sup>127</sup>. Cela signifie qu'au stade de la demande de l'autorisation, les autorités doivent veiller au respect des exigences posées par la LFSP et celles de la LPN<sup>128</sup>.

D'autres lois protègent également les biotopes mais d'une manière différente de celles des deux lois fédérales que nous venons d'examiner. En effet, ces autres lois poursuivent d'autres buts et ne contribuent qu'à une protection indirecte des biotopes (par effet réfléchi). Nous passerons en revue trois autres lois qui ont retenu notre attention. Il est essentiel de garder à l'esprit que ces lois servent d'appui à la protection des biotopes, interagissent entre elles et viennent renforcer le régime de protection des art. 18 ss LPN.

La loi fédérale sur l'aménagement du territoire, comme son nom l'indique, vise avant tout à aménager le territoire, veiller à une utilisation mesurée du sol et coordonner l'activité des autorités publiques (art. 1 al. 1 LAT). Les autorités doivent notamment veiller à la protection des bases naturelles de la vie (art. 1 al. 2 let. a LAT). Comme nous l'avons vu, les exigences de l'art. 18 al. 1<sup>er</sup> LPN peuvent venir se mêler dans les constructions en zone à bâtir (*supra* II/C).

La loi fédérale sur la protection de l'environnement semble directement protéger les biotopes mais elle s'intéresse davantage aux ressources primaires de la nature telles que les eaux, l'air, le sol, etc.<sup>129</sup>. Le régime des art. 18 ss LPN vient compléter la LPE par le renvoi de l'art. 3 LPE. La LPE se greffe sur la protection des biotopes en posant un cadre général de principes généraux applicables dans le domaine<sup>130</sup> tel que le principe du pollueur-payeur (*infra* IV/4).

Enfin, la loi fédérale sur les forêts est soumise à un régime particulier. Son objectif principal consiste à garantir que les forêts remplissent leur fonctions protectrice, économique et sociale (art. 1 al. 1 let. c LFo et art. 77 al. 1 Cst.) ; la protection du milieu naturel comme biotope apparaît ainsi comme un but secondaire<sup>131</sup>. Toutefois lorsqu'il est question de dérogation au défrichement (art. 5 LFo), la législation forestière doit tenir compte des exigences de la LPN (art. 5 al. 4 LFo)<sup>132</sup>. Certaines catégories de forêt sont même directement assimilées à des biotopes dignes de protection (cf. annexe 1 OPN)<sup>133</sup>. Enfin, la question de la délimitation d'un biotope en zone forestière devra à notre sens être résolue par la procédure de constatation prévue par l'art. 14 al. 5 OPN.

---

<sup>127</sup> ATF 125 591, consid. 5c = JdT 2000 I 761 (trad.) ; ATF 117 Ib 477, consid. 3a ; ATF 112 Ib 424, consid. 3a = JdT 1988 I 595 (rés.) ; cf. ATF 111 Ib 308, consid. 4 = JdT 1987 I 583 (rés.) ; v. ég. SIDI-ALI, p. 40.

<sup>128</sup> *Idem*, p. 41.

<sup>129</sup> *Idem*, p. 51.

<sup>130</sup> PETITPIERRE-SAUVAIN, p. 7.

<sup>131</sup> SIDI-ALI, p. 64 ; v. ég. Commentaire LPN-MARTI, Chapitre deuxième – Les réglementations protégeant la nature et le paysage dans d'autres lois et domaines juridiques N 69.

<sup>132</sup> SIDI-ALI, p. 65.

<sup>133</sup> Cf. *ibidem*.

Par ce bref aperçu des législations en matière de protection des biotopes, nous avons pu constater que les art. 18 ss LPN ont une portée générale. Selon notre analyse, il conviendrait d'évoquer le rôle de pivot des art. 18 ss LPN.

Lorsque nous évoquons le terme « pivot », nous nous référons à une forme de clause générale applicable lorsque des lois spécifiques de protection de la nature et de l'environnement sont insuffisantes. En effet, nous ne remettons pas en question l'existence même des lois mais leur efficacité et leur mise en œuvre. Selon des sondages effectués en ligne auprès de services cantonaux chargés de l'évaluation de l'impact sur l'environnement, il résulte des déficits importants à déplorer dans la mise en œuvre de plusieurs législations environnementales (notamment dans la protection des biotopes)<sup>134</sup>. Les raisons de ces déficits varient fortement mais il semblerait que les ressources financières constituent le principal obstacle en plus du manque de contrôle des cantons et de leur mauvaise application<sup>135</sup>.

## B. La problématique des couloirs de faune

Au fur et à mesure que des projets de construction ou d'aménagement d'infrastructures aboutissent, la faune se voit de plus en plus restreinte dans sa mobilité<sup>136</sup>. Les couloirs de faune cherchent à lutter contre ce problème de sédentarisation et permettre le déplacement des espèces animales d'un emplacement à un autre (ou plus précisément, d'un biotope à un autre). Ces couloirs constituent un moyen important pour préserver la biodiversité des espèces<sup>137</sup>. Malheureusement, les derniers chiffres de l'OFEV (année 2020) montrent l'état déplorable des corridors faunistiques au niveau suprarégional, moins de la moitié de ces couloirs serait entièrement fonctionnel<sup>138</sup>. Sans étudier les effets potentiellement néfastes liés aux corridors faunistiques<sup>139</sup>, nous souhaitons examiner leur régime applicable en droit suisse.

Est-ce qu'un corridor de faune peut être assimilé à un biotope comme examiné précédemment (*supra* II/B/1) ? La question pourrait soulever une difficulté si nous nous rattachons à une lecture stricte de l'art. 18 al. 1 LPN, à savoir « un espace de vie suffisamment étendu ». En effet, le but du couloir de faune n'est pas de servir comme espace de vie dans le sens où la faune viendrait s'établir durablement (ou du moins, pour des périodes prolongées), mais de servir comme point de liaison entre deux biotopes<sup>140</sup>. Toutefois, la doctrine s'accorde pour considérer que le corridor faunistique se confond avec la notion de biotope digne de protection<sup>141</sup>. La jurisprudence estime également (implicitement) de son côté qu'un corridor faunistique constitue un biotope qui mérite une protection particulière<sup>142</sup>.

---

<sup>134</sup> RIEDER, p. 590 ; cf. GERBER, p. 502.

<sup>135</sup> RIEDER, p. 593.

<sup>136</sup> Cf. <https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/biodiversite/dossiers/magazine-environnement-faune/deplacements-de-la-faune--un-parcours-seme-dembuches.html> (consulté le 12.10.2021).

<sup>137</sup> SOLLBERGER, p. 196.

<sup>138</sup> <https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/biodiversite/info-specialistes/mesures-de-conservation-de-la-biodiversite/infrastructure-ecologique/passages-a-faune.html> (consulté le 12.10.2021).

<sup>139</sup> Cf. <https://conservationcorridor.org/corridor-concerns/> (consulté le 12.10.2021).

<sup>140</sup> *Contra* : TF, arrêt 1C\_315/2015 du 24 août 2016, consid. 5.4.

<sup>141</sup> Voir notamment : Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18a LPN N 25 ; WAGNER PFEIFER, N 1076 ; SIDI-ALI, p. 20 ; en ce sens : Commentaire-LPN-DAJCAR, art. 18b LPN N 14.

<sup>142</sup> TF, arrêt 1C\_397/2015 du 9 août 2016, consid. 4.4. ; ATF 128 II 1, consid. 3d et le consid. non publié 4b (TF, arrêt 1A.173/2000 du 5 novembre 2011).

Les avis doctrinaux et jurisprudentiels nous paraissent convaincants pour les motifs que ces corridors remplissent le rôle d'équilibre naturel au sens de l'art. 18 al. 1<sup>bis</sup> LPN *if.* et au regard de la définition dynamique du biotope digne de protection. Nous soulignons que le point fort de cette assimilation est de pouvoir appliquer par analogie la balance des intérêts de l'art. 18 al. 1<sup>er</sup> LPN (*infra* V/5), de l'art. 14 al. 3 OPN et la remise en état de l'art. 24<sup>e</sup> LPN. Nous y reviendrons plus tard.

Au vu de l'assimilation d'un corridor de faune à un biotope digne de protection, la distinction entre biotopes d'importance nationale et d'importance régionale s'applique également<sup>143</sup>.

Reste toutefois encore la problématique de l'étendue de la protection du corridor faunistique, ce dernier est-il protégé dans son intégralité ou seulement en partie ? En effet, celui-ci pouvant se trouver tant en zone constructible que non constructible et être naturel ou artificiel. Nous pensons que leur sort se définira au cas par cas mais qu'en toutes circonstances, ces couloirs peuvent bénéficier des mesures de protection listées par l'art. 14 al. 2 OPN, et plus particulièrement, de la protection accordée par les zones tampons (art. 14 al. 2 let. d OPN)<sup>144</sup>.

### C. Au-delà des limites (définies) du biotope

Nous avons vu que la définition du biotope digne protection (*supra* II/B/1) permet sa préservation mais également celles des espèces animales et végétales qui s'y trouvent. Toutefois, un problème pratique persiste en particulier pour la faune. En effet, selon la formulation de l'art. 18 al. 1 LPN « [l]a disparition d'espèces animales et végétales indigènes doit être prévenue par le maintien d'un espace vital suffisamment étendu [...] », la protection des biotopes n'est qu'un moyen parmi d'autres pour protéger les espèces indigènes. Plus concrètement, cela signifierait que, sans une faune ni une flore qui mériterait une protection particulière en raison de sa nature indigène, un biotope ne pourrait pas être conservé selon l'art. 18 LPN (cette affirmation doit toutefois être relativisée car le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'affirmer que la fonction protectrice d'un biotope pour la faune et la flore remplit les objectifs visés par l'art. 18<sup>b</sup> LPN)<sup>145</sup>. Le cœur de la discussion est donc le suivant : la faune est sans cesse en mouvement et ne saurait respecter les barrières matérielles et intellectuelles que nous lui avons fixées. Cela nous amène à réfléchir sur la délimitation même d'un biotope confiné à un périmètre donné. D'ailleurs, l'art. 14 al. 1 OPN dispose même que « [l]a protection des biotopes doit assurer [...] la survie de la flore et de la faune sauvage indigènes ».

Sachant que la faune est constamment en mouvement (mis à part la question de la flore, bien que cette dernière construit un réseau en permanente évolution sous la terre), la délimitation du biotope vient perdre une grande partie de son sens. La faune ne saurait être confinée à un espace déterminé<sup>146</sup>.

Notons qu'une association de défense de l'environnement parmi d'autres est consciente du problème de la limitation du biotope et propose de créer une nouvelle catégorie d'aire, intitulée « aires de biodiversité » pour l'occasion de la révision de la LPN<sup>147</sup>. Cette demande d'ajout

---

<sup>143</sup> En ce sens : ATF 128 II 1, consid. 3b.

<sup>144</sup> Cf. SIDI-ALI, p. 186.

<sup>145</sup> TF, arrêt 1C\_98/2018 du 7 mars 2019, consid. 3.1.

<sup>146</sup> Voir à ce sujet : SOLLBERGER, p. 194.

<sup>147</sup> Voir par exemple : [https://umweltallianz.ch/wp-content/uploads/2021/05/Prise\\_de\\_position\\_modele\\_UWA\\_LPN\\_2021\\_annexe\\_def\\_12.5.2021.pdf](https://umweltallianz.ch/wp-content/uploads/2021/05/Prise_de_position_modele_UWA_LPN_2021_annexe_def_12.5.2021.pdf), p. 6 ss (consulté le 02.11.2021).

tente de répondre aux besoins d'espaces naturels de la faune car la définition actuelle du biotope d'importance nationale, régionale et locale ne permet pas de protéger tous les espaces nécessaires aux espèces animales.

Les critères fixés pour déterminer le caractère digne de protection se situent aux art. 14 al. 3 et 20 al. 2 et 3 OPN et dans les Listes rouges publiées ou reconnues par l'OFEV<sup>148</sup> (ces Listes rouges sont définies comme de « précieux outils » de la défense de la biodiversité et doivent être impérativement prises en compte dans la lecture de l'OPN)<sup>149</sup>. Toutefois, même en l'absence des critères mentionnés, un biotope peut mériter une protection s'il présente des conditions particulièrement favorables et si la présence d'espèces protégées est probable (une certitude n'étant pas requise notamment en raison de la difficulté de desceller la présence de certaines espèces)<sup>150</sup>. C'est précisément sur la base de l'art. 18 al. 1<sup>bis</sup> LPN que le Tribunal fédéral a fondé sa décision de déclarer qu'un biotope mérite une protection même si des espèces protégées n'ont pu être effectivement détectées<sup>151</sup>. De plus, comme nous l'avons vu, les couloirs de faune doivent être assimilés aux biotopes dignes de protection pour cette même raison (*supra* III/B).

Enfin, nous constatons que le champ d'application de l'art. 18 al. 1<sup>bis</sup> LPN peut être interprété largement et permet de résoudre la problématique de la faune qui ne pouvait être « stationnée ». La discussion reste toutefois plus délicate lorsque la faune et la flore transcendent sur des propriétés privées.

#### **D. La situation des propriétaires fonciers et des exploitants**

Il arrive que des biotopes dignes de protection empiètent sur des propriétés privées, en particulier les couloirs faunistiques que nous avons analysés (*supra* III/B). Les autorités se retrouvent ainsi à ménager, d'une part, le droit fondamental de la garantie de la propriété et les intérêts de la protection de la nature, d'autre part. Dans cette situation délicate, l'art. 18c LPN cherche à régler le sort de la situation des propriétaires fonciers et des exploitants.

L'art. 18c al. 1 LPN favorise la voie contractuelle avec les propriétaires ou les exploitants concernés par les mesures de protection des biotopes. Cette idée n'est pas nouvelle puisqu'elle s'inspire largement du message sur l'initiative dite de « Rothenthurm »<sup>152</sup>. De par sa nature contractuelle, les parties (soit les cantons ou les communes et les propriétaires fonciers ou les exploitants) disposent d'une grande liberté sur le contenu et peuvent négocier sur les modalités de la protection et des mesures d'entretien des biotopes<sup>153</sup>. Le contenu n'étant pas systématiquement le même pour tous les accords, il est toutefois usuel de rencontrer, d'un côté, une obligation pour le propriétaire foncier ou l'exploitant d'agir ou de s'abstenir et, de l'autre, une obligation pour les collectivités de verser une compensation financière<sup>154</sup>. La durée de ces accords ne peut être illimitée car cela irait à l'encontre du principe de la proportionnalité, de plus DAJCAR rappelle que les règles de la protection de la personnalité s'appliquent lorsque le

---

<sup>148</sup> Commentaire LPN-DAJCAR, art. 18b LPN N 14.

<sup>149</sup> AGOSTI *et al.*, p. 4.

<sup>150</sup> Commentaire LPN-DAJCAR, art. 18b LPN N 14.

<sup>151</sup> TF, arrêt 1C\_315/2015 du 24 août 2016, consid. 5.4.

<sup>152</sup> FF 1985 II 1449, p.1456 s ; cf. Commentaire LPN-DAJCAR, art. 18c LPN N 7.

<sup>153</sup> *Idem*, N 10.

<sup>154</sup> *Ibidem*.

privé (propriétaire foncier ou exploitant) devait s'engager à fournir une prestation pour une durée indéterminée<sup>155</sup>.

Une indemnité financière (art. 18c al. 2 LPN) n'est octroyée qu'à trois conditions : l'exploitation antérieure est entravée ou un service est fourni sans contrepartie, l'entrave est liée à l'objectif de la protection des biotopes et le bénéficiaire de l'indemnité est le propriétaire foncier ou l'exploitant<sup>156</sup>.

Nous venons d'analyser la voie contractuelle prônée par le premier alinéa de l'art. 18c LPN. En réalité, il existe des situations où les négociations ne peuvent aboutir en raison notamment d'un propriétaire foncier ou d'un exploitant qui chercherait à obtenir des avantages disproportionnés ou encore du fait que les intérêts de la conservation des biotopes priment les intérêts privés. Dans ces cas, les collectivités publiques peuvent utiliser des moyens pour mettre une pression sur la partie cocontractante tels qu'imposer des mesures compensatoires ou des charges et conditions, voire renoncer aux négociations et imposer la puissance publique par le biais d'outils administratifs tels que le classement en zone protégée au sens de l'art. 17 al. 2 LAT<sup>157</sup>, l'exécution par substitution (art. 18c al. 3 LPN) ou encore l'expropriation en dernier recours si les autres moyens se sont révélés insuffisants (art. 18c al. 4 LPN)<sup>158</sup>. Notons que contrairement au texte de la loi (l'acquisition de terres), les objets de l'expropriation correspondent à l'art. 5 LEx<sup>159</sup> et sont larges (« droits réels immobiliers, droits résultant des dispositions sur la propriété foncière en matière de rapports de voisinage, [...], droits personnels des locataires ou fermiers de l'immeuble à exproprier »).

Dans le cadre de la situation des propriétaires fonciers ou des exploitants, il convient de mentionner la possibilité pour les cantons et communes d'exiger une compensation écologique au sens de l'art. 18b al. 2 LPN. À la place d'interdire toute exploitation sur le site d'une région dont l'exploitation du sol est intensive, il est possible pour les collectivités publiques de prononcer une charge ou une condition dans le but de ménager la végétation locale. Ce faisant, même s'il s'agit de petites plantations de haies par exemple, les biotopes peuvent être reliés entre eux, voire conduire à la création de nouveaux biotopes<sup>160</sup> (cf. art. 15 al. 1 OPN). Un autre moyen pour relier les biotopes et conserver une certaine biodiversité est l'aménagement de toiture végétalisée, cette voie est très appréciée et rencontre ces dernières années un certain succès dans les zones urbanisées<sup>161</sup>. Ainsi, la solution de la compensation écologique devrait à notre sens être utilisée davantage car il est souvent difficile de concilier l'exploitation des sols pour les besoins de l'agriculture et la protection souhaitée de ces biotopes<sup>162</sup>.

---

<sup>155</sup> *Idem*, N 11.

<sup>156</sup> *Idem*, N 19.

<sup>157</sup> L'importance de ces zones protégées a été reconnue par le Tribunal fédéral : TF, arrêt 1A.143/2006 du 20 décembre 2006, consid. 4.2.

<sup>158</sup> Cf. commentaire LPN-DAJCAR, art. 18c LPN N 17 ; v. ég. EPINEY/FURGER/HEUCK, p. 225.

<sup>159</sup> LF du 20 juin 1930 sur l'expropriation (LEx), RS 711.

<sup>160</sup> Commentaire LPN-DAJCAR, art. 18b LPN N 25 ; WAGNER PFEIFER, N 1147.

<sup>161</sup> <https://www.letemps.ch/economie/biodiversite-se-refugie-toits> (consulté le 29.10.2021).

<sup>162</sup> La compensation écologique revêt un large panel de mesures : renforcement et création d'espaces proches de l'état naturel, espaces de promotion de la diversité, valorisation écologique dans l'espace urbain, mesures en forêt et mise en réseau des milieux naturels, cf. <https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/biodiversite/info-specialistes/mesures-de-conservation-de-la-biodiversite/utilisation-durable-de-la-biodiversite/compensation-ecologique.html> (consulté le 29.10.2021).

En réalité, la voie du dialogue préconisée par l'art. 18c al. 1 LPN et récemment rappelée par le Tribunal fédéral dans l'affaire de Lausanne<sup>163</sup> (*supra* II/C) montre qu'une compréhension des arguments divergents fonde déjà une meilleure pesée des intérêts, ce qui permet d'ouvrir la discussion.

Enfin, nous souhaitons présenter une synthèse séquentielle des solutions envisagées. Premièrement, la négociation d'un commun accord. Deuxièmement, l'intégration de charges et/ou de conditions dans l'accord (dans cette constellation, la compensation écologique pourrait jouer un rôle important). Troisièmement, la limitation de l'utilisation contre l'échange d'une compensation financière. Quatrièmement, l'exploitation partielle par des tiers. Cinquièmement et dernièrement, l'expropriation. Ce souci de séquence est en partie pour respecter la garantie de la propriété (permettant ainsi une meilleure sécurité juridique), le principe de la proportionnalité, mais également la voie du compromis préconisée par le Tribunal fédéral (*supra* II/C).

## IV. Les mesures compensatoires

Ce chapitre s'intéresse aux conséquences de l'atteinte aux biotopes dignes de protection. Il se concentrera d'abord sur la question du responsable de l'atteinte et des règles qui s'ensuivent. Ensuite, il sera question de la façon de remédier aux atteintes aux biotopes qui méritent une protection particulière lorsque celles-ci sont inévitables. Les mesures compensatoires se déclinent sous trois formes : protection, restauration et remplacement.

### A. Le principe du pollueur-payeur

Avant même d'établir une éventuelle responsabilité d'un auteur d'une quelconque atteinte environnementale, il convient en principe d'éviter (ou du moins de réduire) le risque même de l'atteinte (principe de prévention). La raison est que certaines atteintes sont irréparables malgré le fait que le responsable ait été identifié et incriminé (pensons notamment à l'abattage d'un animal en danger critique d'extinction ou encore au versement de produits chimiques et toxiques dans une rivière éliminant ainsi toutes formes de vie qui s'y trouvaient). Il est donc incontestable qu'on préférera prévenir une atteinte à sa réparation<sup>164</sup> en prenant des mesures de réduction ou de suppression suffisamment tôt comme le prévoit l'art. 1 al. 2 LPE.

Le principe du pollueur-payeur, également connu sous le nom de principe de causalité, traite de la question de la responsabilité et des coûts d'une atteinte. C'est donc l'auteur de l'atteinte qui doit assumer les coûts de la réparation de son acte<sup>165</sup>. Ces coûts revêtent une fonction réparatrice de l'atteinte mais également préventive (voire dissuasive)<sup>166</sup> et vise l'internalisation des coûts externes (il s'agit des coûts de leurs actions qui se répercuteraient sur la société)<sup>167</sup>. Notons déjà à ce stade que l'on peut être pollueur sans être payeur, de même qu'être pollueur

---

<sup>163</sup> TF, arrêt 1C\_126/2020 du 15 février 2021.

<sup>164</sup> PETITPIERRE-SAUVAIN, p. 8.

<sup>165</sup> *Idem*, p. 11 ; v. ég. Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 LPN N 33.

<sup>166</sup> En ce sens : PETITPIERRE-SAUVAIN, p. 11.

<sup>167</sup> RAUSCH/MARTI/GRIFFEL, N 78.

n'est pas totalement une interdiction : l'énergie utilisée pour se chauffer ou les moyens de transports en commun engendrent des pollutions multiples de l'air mais ces atteintes sont tout à fait licites.

Traditionnellement, nous distinguons le principe du pollueur-payeur au sens large et au sens étroit. Au sens large, plusieurs personnes sont à l'origine de l'atteinte de telle sorte qu'il est impossible d'imputer une responsabilité individuelle en raison d'un problème de preuve lié au lien de causalité entre l'acte générateur de la pollution et les frais qui en résultent<sup>168</sup>. L'exemple typique est la pollution atmosphérique dans les villes, situation où il est généralement impossible de cibler le pollueur de manière déterminée. Au sens étroit, l'auteur de l'atteinte est déterminé, ce qui signifie que les coûts nécessaires à la réparation de l'atteinte environnementale peuvent être reportés sur lui<sup>169</sup>. Nous pouvons imaginer dans cette dernière hypothèse qu'une usine spécialisée dans le domaine de la verrerie soit à l'origine de micropolluants dans l'air<sup>170</sup>.

Comme le relèvent RAUSCH/MARTI/GRIFFEL, les dommages résultant d'atteintes à l'environnement sont généralement de nature immatérielle et, même s'ils étaient de nature purement matérielle, il serait en plus difficile de les chiffrer<sup>171</sup>. En effet, la disparition d'un type de batracien serait certes regrettable et dommageable à la diversité faunistique mais comment imputer une sanction, à supposer, monétaire pour compenser l'extinction de cette espèce ? Comment la quantifier ? A qui verser cette indemnité ? Ces questions sont certainement l'objet de discussions complexes.

Malgré les limites que l'on vient d'observer, il ne faut pas oublier que ce principe du pollueur-payeur revêt une importance pratique dans le domaine de la protection des biotopes.

Il existe en effet une procédure à suivre en cas d'atteinte technique inévitable (nous soulignons) à un biotope digne de protection au sens de l'art. 18 al. 1<sup>er</sup> LPN. Cette procédure que le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de confirmer à plusieurs reprises<sup>172</sup>, consiste à effectuer une pesée des intérêts en présence et, si l'atteinte est justifiée, le responsable « prendre des mesures particulières pour en assurer la meilleure protection possible, la reconstitution ou, à défaut, le remplacement adéquat »<sup>173</sup>. Cela signifie concrètement qu'il y a un ordre respectif à suivre<sup>174</sup> : premièrement le biotope doit être digne de protection, deuxièmement l'atteinte doit être justifiée après une soigneuse pesée des intérêts en présence et troisièmement l'auteur de l'atteinte doit prendre des mesures de protection, puis de reconstitution et enfin de remplacement (si les premières et deuxièmes se révèlent insuffisantes). Mentionnons que ces mesures peuvent être combinées entre elles et doivent être « optimales » au sens de l'art. 14 al. 7 OPN.

---

<sup>168</sup> *Idem*, N 84 ; v. ég. GOSSWEILER, p. 766.

<sup>169</sup> RAUSCH/MARTI/GRIFFEL, N 84.

<sup>170</sup> Exemple tiré de la Cour de droit administratif et public du canton de Vaud, AC.2010.0101 du 14 avril 2011.

<sup>171</sup> RAUSCH/MARTI/GRIFFEL, N 85.

<sup>172</sup> TF, arrêt 1A.137/2002 du 25 septembre 2003, consid. 4.1.2 ; ATF 125 II 591, consid. 5b = JdT 2000 I 761 (trad.) = RDAF 2000 I 766 (rés.) ; ATF 118 Ib 485, consid. 3e = JdT 1994 I 503 (rés.) ; ATF 114 Ib 268, consid. 4 = JdT 1990 I 513 (rés.).

<sup>173</sup> TF, arrêt 1C\_653/2019 du 15 décembre 2020, consid. 3.2.

<sup>174</sup> Cf. SIDI-ALI, p. 92 ; v. ég. LARGEY, *La protection*, p. 359 s ; commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 LPN N 34 ; SEITZ/ZIMMERMANN, p. 716.

Lorsque ces trois formes de mesures (protection, reconstitution et remplacement) se révèlent insuffisantes par la suite pour préserver les biotopes dignes de protection, il est bien entendu possible de prendre des mesures supplémentaires<sup>175</sup>. Par exemple, si une mesure concernant l'interdiction de cueillir des champignons se révélait insuffisante dans un premier temps car la présence humaine gênerait les espèces animales, il serait alors envisageable de prononcer une interdiction générale de pénétrer dans cette zone dans un second temps.

## B. Les mesures de protection

Naturellement, la mesure la plus efficace pour protéger le biotope est l'abandon total du projet lorsque l'atteinte est évitable ou lorsque le projet n'est pas justifié<sup>176</sup>. Du moment que les atteintes au biotope digne de protection sont inévitables et que la pesée des intérêts penche en faveur du projet en question, les mesures de protection constituent la première catégorie de mesures à prendre. Elles consistent à mettre en œuvre tous les moyens propres à éviter efficacement et durablement les atteintes causées par le projet<sup>177</sup>. Parmi les différentes mesures de protection envisageables, nous pouvons citer notamment les adaptations du projet telles que la limitation des activités durant certaines périodes (par exemple, durant la saison de ponte des amphibiens), le contournement (éviter d'empiéter en plein cœur du biotope protégé) ou encore le redimensionnement d'un projet<sup>178</sup>.

Dans tous les cas, il est important de noter que ces projets ne concernent pas la modification ou l'altération directe du biotope mais qu'ils produisent des effets indirects créant ainsi des nuisances au biotope et à ses résidents<sup>179</sup>. En effet, si le biotope à protéger devait être atteint directement, il serait plutôt question des mesures de restauration ou de remplacement.

## C. Les mesures de restauration

Les mesures de restauration (également appelées « reconstitution ») consistent à recréer l'espace de vie naturel avant les travaux envisagés lorsque les atteintes inévitables sont temporaires<sup>180</sup> (nous soulignons). Cette restauration doit être tant quantitative que qualitative et se situer à la même place que le biotope d'origine<sup>181</sup>. On parle même de « véritable rétablissement de l'état antérieur »<sup>182</sup>. La situation courante est celle où il est nécessaire de créer des conduites souterraines : le biotope est atteint (par hypothèse un chantier est mis en place), ensuite les conduites sont installées et finalement le biotope est « renaturé »<sup>183</sup>. Pour encourager

---

<sup>175</sup> TF, arrêt 1C\_346/2014 du 26 octobre 2016, consid. 4.7.3 ; TF, arrêt 1C\_634/2013 du 10 mars 2014, consid. 3.2 ; v. ég. KÄGI/STALDER/THOMMEN, p. 82 s.

<sup>176</sup> Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 LPN N 35.

<sup>177</sup> KÄGI/STALDER/THOMMEN, p. 38 s ; v. ég. SIDI-ALI, p. 179 s.

<sup>178</sup> KÄGI/STALDER/THOMMEN, p. 39 ; v. ég. Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 LPN N 35 ; [https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/biodiversite/info-specialistes/mesures-de-conservation-de-la-biodiversite/utilisation-durable-de-la-biodiversite/wiederherstellen\\_und\\_ersatz\\_im\\_natur-und\\_landschaftsschutz.html](https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/biodiversite/info-specialistes/mesures-de-conservation-de-la-biodiversite/utilisation-durable-de-la-biodiversite/wiederherstellen_und_ersatz_im_natur-und_landschaftsschutz.html) (consulté le 25.10.2021).

<sup>179</sup> SIDI-ALI, p. 180.

<sup>180</sup> [https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/biodiversite/info-specialistes/mesures-de-conservation-de-la-biodiversite/utilisation-durable-de-la-biodiversite/wiederherstellen\\_und\\_ersatz\\_im\\_natur-und\\_landschaftsschutz.html](https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/biodiversite/info-specialistes/mesures-de-conservation-de-la-biodiversite/utilisation-durable-de-la-biodiversite/wiederherstellen_und_ersatz_im_natur-und_landschaftsschutz.html) (consulté le 22.10.2021) ; v. ég. Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 LPN N 36.

<sup>181</sup> *Ibidem* ; v. ég. KÄGI/STALDER/THOMMEN, p. 39 ; VONLANTHEN-HEUCK, p. 379.

<sup>182</sup> SIDI-ALI, p. 180 ; TA FR, arrêt 2A 1998-59 et 60 du 9 mai 2000, consid. 5c.

<sup>183</sup> KÄGI/STALDER/THOMMEN, p. 40.

le repeuplement des biotopes, même si l'atteinte n'a été que temporaire, il est souhaitable d'y ajouter des mesures complémentaires telles que des corridors faunistiques<sup>184</sup> (*supra* III/B).

L'intérêt de ces mesures de restauration est de pouvoir replacer un biotope dans son état antérieur, lui permettant ainsi de garder son statut originaire et assurer les mêmes fonctions écologiques<sup>185</sup>. Néanmoins, bien que les mesures de restauration soient placées avant les mesures de remplacement, il peut parfois être plus judicieux de passer directement aux mesures de remplacement car ces dernières sont plus à même de créer une meilleure compensation écologique et impliquent moins d'utilisation de ressources (financières, temporelles et personnelles)<sup>186</sup>.

#### **D. Les mesures de remplacement**

Les mesures de remplacement doivent constituer un « équivalent » au biotope atteint. Cela signifie qu'elles devraient en principe se situer dans la même zone pour s'assurer que les espèces animales et végétales recolonisent la zone atteinte et que les choix de cette équivalence se fondent tant sur des critères quantitatifs que qualitatifs<sup>187</sup>. Ce « substitut » est destiné à durer puisqu'il est le fruit d'une atteinte durable au biotope originaire<sup>188</sup>. Le Tribunal fédéral rappelle que les mesures de remplacement doivent en plus assumer les mêmes fonctions écologiques que le biotope atteint<sup>189</sup>. L'autorité en charge de veiller aux mesures de remplacement dispose d'une grande marge d'appréciation pour décider comment celles-ci seront mises en œuvre<sup>190</sup> puisqu'elle dispose d'une meilleure connaissance tant au niveau local que technique. Finalement, ce type de mesure devrait idéalement se situer sur une échelle de 1 : 1 car il s'agit d'un réel remplacement<sup>191</sup>.

#### **V. Perspectives relatives à l'art. 18 LPN**

Cette partie est consacrée à un état des lieux de l'évolution pratique des tribunaux mais également à des perspectives de moyens qui mériteraient plus d'attention. Il conviendra donc de s'arrêter sur le lien entre les art. 18 ss LPN et la zone à bâtir, la question délicate de la pesée des intérêts qui opposent souvent les projets de construction et la protection des biotopes et l'instrument prometteur qu'est le pool de mesures qui est à notre sens trop peu sollicité.

---

<sup>184</sup> *Idem*, p. 46 ; v. ég. SIDI-ALI, p. 180.

<sup>185</sup> KÄGI/STALDER/THOMMEN, p. 39 ; v. ég. SIDI-ALI, p. 180.

<sup>186</sup> KÄGI/STALDER/THOMMEN, p. 39 ; v. ég. SIDI-ALI, p. 18 ;. Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 LPN N 34.

<sup>187</sup> TF, arrêt 1C\_346/2014 du 26 octobre 2016, consid. 4.5.2 ; Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 LPN N 38.

<sup>188</sup> LARGEY, *Le cadre juridique*, p. 559.

<sup>189</sup> TF, arrêt 1C\_346/2014 du 26 octobre 2016, consid. 4.5.2 ; TF, arrêt 1A.82/1999 du 19 novembre 1999, consid. 4a in : ADE 2000, p. 369.

<sup>190</sup> TF, arrêt 1C\_346/2014 du 26 octobre 2016, consid. 4.5.2 ; TF 1C\_393/2014 du 3 mars 2016, consid. 10.6.

<sup>191</sup> [https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/biodiversite/info-specialistes/mesures-de-conservation-de-la-biodiversite/utilisation-durable-de-la-biodiversite/wiederherstellen\\_und\\_ersatz\\_im\\_natur-und\\_landschaftsschutz.html](https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/biodiversite/info-specialistes/mesures-de-conservation-de-la-biodiversite/utilisation-durable-de-la-biodiversite/wiederherstellen_und_ersatz_im_natur-und_landschaftsschutz.html) (consulté le 25.10.2021).

## A. En zone à bâtir

Lorsqu'il est question de biotopes à protéger en zone à bâtir, la question peut s'avérer délicate puisqu'il peut être difficile d'évaluer sa richesse et son intérêt. Pour éviter les atteintes liées à la construction, il est nécessaire pour les autorités de se soumettre à une « procédure de constatation appropriée pour prévenir toute détérioration de biotopes dignes de protection [...] » au sens de l'art. 14 al. 5 OPN<sup>192</sup>. Cette étape a toute son importance puisqu'elle est de nature procédurale<sup>193</sup>. En l'absence de cette démarche, le Tribunal fédéral rappelle que cette omission ne peut fonder une pesée des intérêts valable au sens de l'art. 3 OAT<sup>194</sup>, que la procédure de planification est viciée et qu'elle doit être annulée (ou du moins, révisée en tout ou partie)<sup>195</sup>. Toutefois le problème pratique réside dans le fait qu'il est difficile d'identifier l'importance d'un biotope (voire son existence) car évaluer sa richesse n'est pas à la portée de tous mais est souvent limité à des personnes ayant des connaissances spécifiques. Ainsi des atteintes sont souvent portées aux biotopes dignes de protection sans que personne n'ait pu réagir<sup>196</sup> (outre les opposants dans une procédure de permis de construire, nous réservons également les associations de protection de l'environnement).

Si compte tenu des intérêts en présence et qu'une atteinte à un biotope digne de protection paraît inévitable, il faut encore que les autorités vérifient que l'atteinte soit imposée au lieu du biotope en question et qu'elle soit d'un intérêt prépondérant (art. 14 al. 6 OPN)<sup>197</sup>. Dans l'hypothèse où l'atteinte est inévitable, des mesures de compensation appropriées au sens des art. 18 al. 1<sup>er</sup> LPN et 14 al. 7 OPN devront être prévues<sup>198</sup>. Néanmoins, si on se rend compte qu'un biotope digne de protection s'étend sur plusieurs parcelles et que ces dernières ne sont pas toutes nécessaires à la réalisation d'un projet, les autorités cantonales ou communales devront modifier leur planification en les déclassant<sup>199</sup>.

Il existe certes des conflits entre les intérêts de la construction (ou de l'exploitation) et l'intérêt de ménager les biotopes dignes de protection, mais ces divergences peuvent déjà être partiellement réglées au stade de la planification, ce qui permet d'évaluer les intérêts opposés suffisamment tôt<sup>200</sup>. Il s'agirait donc d'éviter potentiellement des atteintes aux biotopes en appliquant des outils empruntés à l'aménagement du territoire tels que la désignation de zones protégées au sens de l'art. 17 LAT (*supra* III/D) ou l'utilisation d'inventaires. Bien que prendre des mesures en amont de la planification s'avère nécessaire, elles ne sont pas toujours suffisantes, raison pour laquelle les mesures compensatoires constituent une garantie supplémentaire de protection<sup>201</sup>. L'outil de la planification est donc une composante particulièrement importante et utile pour la protection des biotopes dignes de protection.

---

<sup>192</sup> GERBER, p. 504.

<sup>193</sup> TF, arrêt 1C\_134/2014 du 15 juillet 2014, consid. 3.3.

<sup>194</sup> Ordonnance du 28 juin 2000 sur l'aménagement du territoire (OAT), RS 700.1.

<sup>195</sup> TF, arrêt 1C\_134/2014 du 15 juillet 2014, consid. 3.3 ; v. ég. GERBER, p. 504 s.

<sup>196</sup> En ce sens : GERBER, p. 504.

<sup>197</sup> TF, arrêt 1C\_346/2014 du 26 octobre 2016, consid. 4.5.1.

<sup>198</sup> *Ibidem*.

<sup>199</sup> GERBER, p. 506.

<sup>200</sup> Commentaire LPN-DAJCAR, art. 18b LPN N 10 ; EPINEY/FURGER/HEUCK, p. 224 ; v. ég. GERBER, p. 508.

<sup>201</sup> EPINEY/FURGER/HEUCK, p. 224 s.

Enfin, l'art. 3 al. 3 let. e LAT exige que de nombreux aires de verdure et espaces plantés d'arbres soient ménagés dans les milieux bâtis<sup>202</sup>. Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de rappeler l'importance de cette disposition, que l'on soit en zone à bâtir ou dans une zone spéciale d'activités commerciales, l'art. 3 al. 3 let. e LAT doit être lu et interprété à l'aune des objectifs de la protection de l'art. 18 LPN<sup>203</sup>. Cette jurisprudence est intéressante car, malgré le fait que le Tribunal fédéral s'impose une certaine retenue sur la marge de manœuvre des cantons et des communes pour instaurer des mesures de compensation écologique, notre Haute Cour exige tout de même de connaître les moyens envisagés et leurs modalités pour protéger et favoriser la biodiversité. Cet arrêt permet donc une meilleure transparence des activités cantonales et communales et comporte indirectement une meilleure mise en œuvre de mesures efficaces de protection des espèces et de leurs espaces de vie.

## **B. La pesée des intérêts au sens de l'al. 1<sup>er</sup> LPN**

Il n'est pas inutile de rappeler qu'il n'existe aucune interdiction complète de porter atteinte à un biotope qu'il soit digne de protection ou non<sup>204</sup>. En effet, une atteinte au biotope est admissible si le projet ne peut être implanté sur un autre site<sup>205</sup> et après une soigneuse pesée des intérêts en cause (art. 18 al. 1<sup>er</sup> LPN). Même les marais et sites marécageux d'une beauté particulière au sens de l'art. 78 al. 5 Cst (*supra* II/B/2) peuvent faire l'objet d'une atteinte, dans cette optique il n'est pas question de pondérer les intérêts en présence mais d'aménager des installations servant à la protection de ces espaces ou à la poursuite de leur exploitation à des fins agricoles<sup>206</sup>.

Une balance des intérêts privés et publics des biotopes dignes de protection se fait à tous les stades de la planification<sup>207</sup> : la délimitation du biotope digne de protection, les atteintes futures et les mesures à prendre<sup>208</sup>. Néanmoins, l'application pratique de l'art. 18 al. 1<sup>er</sup> LPN entre en ligne de compte surtout au moment où un projet est soumis à l'autorité, soit durant la procédure d'autorisation ordinaire<sup>209</sup>. Aucune raison n'exclurait cependant l'application de l'art. 18 al. 1<sup>er</sup> LPN déjà en amont, autrement dit au stade de la planification<sup>210</sup>.

Les critères à prendre en compte pour évaluer les atteintes techniques au biotope digne de protection se trouvent à l'art. 14 al. 6 OPN. Comme le souligne FAHRLÄNDER<sup>211</sup>, il est toutefois difficile (voire impossible) d'évaluer globalement la menace qui pèse sur la perte actuelle d'habitats, en ce sens que les dérogations aux projets prises individuellement peuvent paraître insignifiantes mais, lorsqu'il est question d'évaluer l'impact général causé, la question est plus

---

<sup>202</sup> A ce propos, voir : GERBER, p. 507 s.

<sup>203</sup> TF, arrêt 1C\_367/2016 du 07 février 2017, consid. 12.

<sup>204</sup> SEITZ/ZIMMERMANN, p. 714.

<sup>205</sup> WAGNER PFEIFER, N 1889 s.

<sup>206</sup> ATF 124 II 19, consid. 5b ; ATF 117 Ib 243, consid. 3b ; v. ég. SEITZ/ZIMMERMANN, p. 714.

<sup>207</sup> Voir : Cour de droit administratif et public du canton de Vaud, AC.2016.0221 du 16 mars 2021, consid. 2b)dd)bbb ; TF, arrêt 1C\_356/2019, consid. 3.1.

<sup>208</sup> Cf. *Ibidem* ; v. ég. Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 LPN N 30.

<sup>209</sup> TF, arrêt 1A.13/2005 du 24 juin 2005, consid. 5.1 ; ATF 121 II 161, consid. 2b/bb ; v. ég. SEITZ/ZIMMERMANN, p. 715.

<sup>210</sup> TF, arrêt 1A.173/2001 du 26 avril 2002, consid. 4.3.

<sup>211</sup> Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 LPN N 29 ; cf. VONLANTHEN-HEUCK, p. 378 s.

délicate. Ce subtil équilibre que nous cherchons constamment à atteindre doit être relativisé car, si les conséquences d'une atteinte ne peuvent être évaluées ou s'il subsisterait trop d'incertitudes, l'atteinte ne sera pas admise<sup>212</sup> (et à plus forte raison, le projet sera refusé).

Comment sont évalués ces critères ? Il existe différentes méthodes et approches possibles<sup>213</sup>. Les experts ont souvent recours à une méthode comparative entre, d'une part, le biotope dans son état originaire et, d'autre part, le biotope avec les mesures compensatoires de l'art. 18 al. 1<sup>er</sup> LPN. Ces méthodes impliquent fréquemment l'utilisation de grilles d'évaluation<sup>214</sup>. Dans cette constellation, nous notons une importance particulière des avis scientifiques qui, à certains égards, sont décisifs pour faire pencher la balance en faveur de la protection des biotopes dignes de protection<sup>215</sup>.

Il faut distinguer les biotopes d'importance nationale (art. 18a LPN) et les biotopes d'importance régionale (art. 18b LPN) car l'application de l'art. 18 al. 1<sup>er</sup> LPN varie sensiblement. La désignation des biotopes d'importance nationale se fait sur la base d'ordonnances spécifiques (art. 16 OPN) alors que les biotopes d'importance régionale sont délimités selon la procédure de constatation prévue à l'art. 14 al. 5 OPN. Cette différence de traitement a une importance pratique considérable puisque les ordonnances fédérales bénéficient d'un régime de protection plus large (en raison de leur valeur) que les biotopes d'importance régionale qui sont soumis à l'art. 18 LPN<sup>216</sup> (ce qui dans une certaine mesure, à notre sens, favoriserait moins leur protection). De plus, toujours dans le cadre des biotopes d'importance régionale ou locale, l'art. 18b al. 2 LPN semble plutôt favoriser la compensation écologique par rapport aux mesures de l'art. 18 al. 1<sup>er</sup> LPN. De ce point de vue, l'art. 18b al. 2 LPN cherche plutôt à interconnecter les biotopes (art. 15 al. 1 OPN) qu'à remédier aux atteintes<sup>217</sup>. Le Tribunal fédéral mentionne en outre qu'il faut tenir compte d'un « contexte écologique global »<sup>218</sup>.

Deux questions subsistent toutefois et méritent notre attention. La première a trait à l'entretien des biotopes après la réalisation d'un projet et la seconde concerne le suivi des mesures.

Une fois que les mesures compensatoires ou écologiques sont réalisées, l'auteur ou le responsable de l'atteinte est libéré de ses obligations (si l'on s'en tient à une lecture stricte de l'art. 14 al. 7 OPN). En effet, la loi ne règle pas la question de la durée pendant laquelle le responsable est soumis à l'obligation de prendre des mesures ni la question de l'entretien du biotope. En d'autres termes, une fois que l'auteur a financé les mesures nécessaires pour compenser l'atteinte au biotope digne de protection, il est libéré<sup>219</sup>. Cette approche peut paraître douteuse car il n'y a pas de garantie que des mesures prises sur le moment aient des effets à long terme, elles pourraient même avoir des effets contre-productifs. Il est certes difficile d'évaluer les conséquences d'une atteinte à long terme, raison pour laquelle il nous paraît

---

<sup>212</sup> TF, arrêt 1A.173/2001 du 26 avril 2002, consid. 4.6 ; v. ég. Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 LPN N 29.

<sup>213</sup> Pour un exemple d'une méthode utilisée, voir : BÜHLER/WUNDERLE/BIRRER, *Bewertungsmethode für Eingriffe in schutzwürdige Lebensräume*, 2017.

<sup>214</sup> Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 LPN N 38.

<sup>215</sup> Même si les auteurs mentionnent uniquement la jurisprudence du Tribunal fédéral, il est indéniable que les avis d'experts scientifiques ont une valeur considérable : SEITZ/ZIMMERMANN, p. 717.

<sup>216</sup> SIDI-ALI, p. 141.

<sup>217</sup> Commentaire LPN-DAJCAR, art. 18b LPN N 28 ; v. ég. SOLLBERGER, p. 188 s.

<sup>218</sup> TF, arrêt 1C\_98/2012 du 7 août 2012, consid. 8.2.2.

<sup>219</sup> FAHRLÄNDER mentionne à cet égard que l'auteur de l'atteinte ne doit que vérifier que les mesures doivent être effectivement prises (cf. Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 LPN N 33).

nécessaire de prévoir dans la législation en matière de protection des biotopes une possibilité d'exiger des mesures complémentaires. Toutefois en exigeant des mesures supplémentaires de la part de l'auteur de ces atteintes, nous empêcherions des projets qui pourraient être bénéfique pour le bien-être d'une population (par exemple, la construction de logements à des prix abordables, l'aménagement d'infrastructures pour les personnes à mobilité réduite, etc.), d'autant plus que ces projets ont déjà fait l'objet d'une analyse « stricte »<sup>220</sup> et « globale » selon l'art. 18 al. 1<sup>er</sup> LPN. Cette problématique n'est pas nouvelle et s'inspire d'une étude de l'OFEV<sup>221</sup> qui souligne cette difficulté que représente l'entretien des biotopes. Un élément de réponse serait de prévoir une obligation d'entretien des biotopes pour une durée déterminée avec le responsable ou l'auteur des atteintes mais, à nouveau, la fixation d'un terme paraît très difficile (voire impossible) à envisager<sup>222</sup>. Une autre possibilité consisterait en une procédure de suivi sur une vingtaine d'années.

L'autre problématique se rapporte au suivi des mesures qui montre une chute globale de la qualité des biotopes (en l'occurrence d'importance nationale selon les résultats du suivi des effets de la protection des biotopes), des évolutions positives sont à noter en parallèle<sup>223</sup>. Nous avons vu que « les mesures à prendre pour protéger les biotopes sont nombreuses (prévention, protection, reconstitution, puis remplacement, *infra* IV) et que ces mesures peuvent être combinées pour assurer la meilleure protection possible ». Dès lors que les mesures sont prises, l'auteur ou le responsable de l'atteinte est libéré. Bien que l'art. 27a OPN exige un suivi des mesures par l'OFEV, de différents offices fédéraux ainsi que la collaboration des cantons, il semblerait que cette surveillance ne soit pas assez efficace. La LPN, ou du moins son ordonnance, devrait ainsi être plus précise sur les mesures proactives que l'OFEV pourrait prendre. Sans toutefois prétendre à l'exhaustivité, une précision des mesures apporterait plus de clarté quant aux objectifs que la loi poursuit et renforcerait l'effectivité et la légitimité desdites mesures en montrant que la simple réalisation d'un acte ne suffit pas à protéger les biotopes (au contraire une responsabilité bien plus importante attend l'auteur ou le responsable de ces atteintes<sup>224</sup>).

### C. Le pool de mesures

Le pool de mesures est un instrument juridique que nous souhaitons mettre en avant dans cette partie<sup>225</sup>. Il s'inscrit dans un cadre de mesures de remplacement mais à la différence que le pool de mesures constitue une sorte de fonds monétaire servant à financer d'autres projets prédéfinis de protection ou de revitalisation de la nature<sup>226</sup>. Le « pool de mesures » ne doit pas être confondu avec le « fonds de mesures de remplacement » (bien que très proche), ce dernier est un autre instrument juridique car « l'objet de l'utilisation concrète du montant est encore inconnu au moment du versement »<sup>227</sup>. En d'autres termes, le pool de mesures se rapporte à des

---

<sup>220</sup> Voir notamment : ZUFFEREY/ROMY, p. 384.

<sup>221</sup> <https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/biodiversite/dossiers/biotopes-importance-nationale.html> (consulté le 28.10.2021).

<sup>222</sup> À ce propos, voir : LARGEY, *Le cadre juridique*, p. 565.

<sup>223</sup> BERGAMINI *et al.*, p. 4.

<sup>224</sup> En ce sens : commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 LPN N 39.

<sup>225</sup> FAHRLÄNDER rappelle que cet outil n'a été testé que de façon très limitée et que la jurisprudence n'a pas encore eu la possibilité de l'évoquer (cf. Commentaire LPN-FAHRLÄNDER, art. 18 LPN N 39).

<sup>226</sup> KÄGI/STALDER/THOMMEN, p. 65 s.

<sup>227</sup> *Idem*, p. 68.

projets déjà établis alors que le fonds de mesures de remplacement concerne des mesures qui pourront avoir lieu par la suite (donc des mesures et projets non définis).

D'un côté, le pool de mesures offre des avantages tels que l'encadrement des mesures par les autorités et les services qui disposent de bonnes connaissances techniques sur les mesures à prendre, mais également une plus grande flexibilité en termes de temps et ressources nécessaires<sup>228</sup>. De l'autre, il exige des ressources importantes (en termes financier et temporel) et déresponsabiliserait en partie les personnes assujetties (ces dernières ne feraient que « payer » ces mesures sans entamer la procédure de planification et d'exécution)<sup>229</sup>.

De notre point de vue, il faut relativiser les inconvénients du pool de mesures. Il exige certes des ressources importantes mais il ne faut pas perdre de vue que cette catégorie de mesures de remplacement constitue une solution entre les personnes assujetties et les autorités, il s'agirait même à notre sens de l'exigence de « compromis » que le Tribunal fédéral avait soulevé auparavant<sup>230</sup> (*supra* II/C). L'argument financier est certes à prendre en compte mais il ne doit pas non plus servir de seul critère pour remettre en question l'effectivité et l'intérêt de ces pools de mesures.

S'agissant de l'aspect de la « déresponsabilisation » soulevé précédemment, cet argument est justifié à notre sens. En effet, le paiement d'une somme pourrait être attractif pour l'auteur de l'atteinte, raison pour laquelle nous penchons en faveur d'une participation de l'auteur des atteintes à l'élaboration des mesures, voire exiger une contribution pour l'entretien des projets.

Certaines conséquences du pool de mesures restent toutefois néfastes pour l'environnement et la protection des biotopes<sup>231</sup>. Il est vrai que son instauration et sa mise en œuvre ne permettront jamais d'améliorer ou de conserver les sites naturels qui ont été altérés (ce qui est tout de même l'objectif de l'art. 18 LPN). Il serait clairement illusoire de considérer que la création d'un nouvel espace de vie pour la biodiversité puisse en remplacer un autre car ses caractéristiques ne seront jamais identiques (à plus forte raison, la marge de manœuvre cantonale ou communale pourrait entraver une compensation autant proche de l'état naturel que possible, la problématique est proche des mesures de remplacement). De plus, même si le pool de mesures permet la concrétisation de projets ou d'infrastructure en faveur de l'environnement, la pratique relève que ceux-ci sont retardés de cinq ans en moyenne après la réalisation de l'ouvrage (cette raison pourrait partiellement s'expliquer par le manque de pression de la part des autorités)<sup>232</sup>.

Malgré leurs inconvénients, les pools de mesures ont commencé à voir le jour notamment à Saint-Gall qui prévoit qu'une association locale « *Ökopol St.Gallen* » gère la question des

---

<sup>228</sup> [https://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/dvs/are/Grundlagen/Teilbericht\\_3\\_SV.pdf](https://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/dvs/are/Grundlagen/Teilbericht_3_SV.pdf) , p. 5 (consulté le 03.11.2021) ; la pratique mentionne également la question de la modification d'un ouvrage en cours, le pool de mesures a le mérite de traiter rapidement des mesures à prendre, voir à ce propos : [http://www.gebirgswald.ch/tl\\_files/gebirgswald/de/01\\_Dokumente\\_GWP/Planung%20im%20Gebirgswald/03-blr180501br\\_BetrieblichePlanungGebirgswaldSchlussbericht.pdf](http://www.gebirgswald.ch/tl_files/gebirgswald/de/01_Dokumente_GWP/Planung%20im%20Gebirgswald/03-blr180501br_BetrieblichePlanungGebirgswaldSchlussbericht.pdf), p. 51 (consulté le 03.11.2021).

<sup>229</sup> KÄGI/STALDER/THOMMEN, p. 67.

<sup>230</sup> TF, arrêt 1C\_126/2020 du 15 février 2021, consid. 6.2.3.

<sup>231</sup> Voir à ce propos sur le site internet de l'OFEV, sous le titre « *Ersatz- und Ausgleichsmassnahmen zugunsten schutzwürdiger Arten, Lebensräume und Landschaften Fallbeispiele, Umfrage und Empfehlungen* » : <https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/biodiversite/publications/biodiversite--etudes.html> , p. 85 (consulté le 03.11.2021).

<sup>232</sup> Ce chiffre ressort d'une étude menée par l'OFEV, disponible sous le titre « *Ersatz- und Ausgleichsmassnahmen zugunsten schutzwürdiger Arten, Lebensräume und Landschaften Fallbeispiele, Umfrage und Empfehlungen* » : <https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/biodiversite/publications/biodiversite--etudes.html> , p. 85 (consulté le 03.11.2021).

compensations écologiques sur leur territoire<sup>233</sup> ; dans la commune du Val Müstair où le pool de mesures a permis de concrétiser de nombreux projets<sup>234</sup> ; ou encore dans la région du Seeland<sup>235</sup>. A titre comparatif, l'Allemagne favorise également le pool de mesures mais, à la différence de la Suisse, l'auteur du projet est tenu de financer la planification, les coûts liés à l'acquisition de terrains et la mise en œuvre<sup>236</sup>. La solution allemande pourrait être source d'inspiration quant à l'argument économique que nous venons d'évoquer.

Enfin, nous souhaitons évoquer la possibilité d'utiliser le pool de mesures pour entretenir ou réparer les corridors faunistiques (que ce soit au niveau suprarégional ou régional)<sup>237</sup>. Nous avons vu l'importance de ces couloirs pour la faune mais également leur état regrettable (*supra* III/B). C'est pour cette raison que nous espérons que les projets futurs issus du pool serviront à remédier en grande partie aux dommages des corridors faunistiques (d'importance supranationale en l'occurrence) et à les remettre en fonction. Pour rappel, les chiffres de l'OFEV mentionnent que « [l]a fonctionnalité de plus de la moitié des corridors est fortement compromise »<sup>238</sup> (soit 171 corridors, 56 % au total).

## VI. Conclusion

Au terme de notre étude, nous avons pu constater que les outils législatifs existent et qu'ils sont même abondants. Comment se fait-il que ces moyens paraissent insuffisants ? Il semblerait que le droit de l'environnement est un domaine complexe et très diffus<sup>239</sup>. Les seuls art. 18 ss LPN ne peuvent régler tous les problèmes liés à la protection des biotopes et SOLLBERGER va même jusqu'à affirmer que ces dispositions sont lacunaires pour des raisons notamment de manque de clarté, d'absence d'application pratique et de manque d'ambition de vouloir protéger plus d'espèces animales (il mentionne par exemple la chauve-souris dont l'habitat n'est pas limité à un lieu déterminé ; ce même problème avait été traité auparavant, *supra* III/C)<sup>240</sup>.

Bien qu'indéterminé dans sa définition, le biotope correspond à une réalité complexe, dont on réalise de plus en plus la prééminence dans la pesée des intérêts, ainsi que la jurisprudence récente le montre : d'une part, par la prise en compte de la notion en tant que concept

---

<sup>233</sup>[https://www.sg.ch/umwelt-natur/natur-landschaft/oekologischer-ausgleich/\\_jcr\\_content/Par/sgch\\_accordion\\_list/AccordionListPar/sgch\\_accordion/AccordionPar/sgch\\_download\\_list/DownloadListPar/sgch\\_download.ocFile/Vollzugshilfe%20-%20praxistaugliche%20Regelung%20des%20oekologischen%20Ausgleichs%20bei%20raumwirksamen%20Tatigkeiten.pdf](https://www.sg.ch/umwelt-natur/natur-landschaft/oekologischer-ausgleich/_jcr_content/Par/sgch_accordion_list/AccordionListPar/sgch_accordion/AccordionPar/sgch_download_list/DownloadListPar/sgch_download.ocFile/Vollzugshilfe%20-%20praxistaugliche%20Regelung%20des%20oekologischen%20Ausgleichs%20bei%20raumwirksamen%20Tatigkeiten.pdf), p. 9 et 15 (consulté le 03.11.2021).

<sup>234</sup>[http://www.parcs.ch/bvm/pdf\\_public/2018/37120\\_20181012\\_134011\\_ZHAW\\_FreiraumkonzeptValMuestair.pdf](http://www.parcs.ch/bvm/pdf_public/2018/37120_20181012_134011_ZHAW_FreiraumkonzeptValMuestair.pdf), p. 61 (consulté le 03.11.2021).

<sup>235</sup> <https://www.seeland-biel-bienne.ch/fr/sujets/nature-et-paysage/pool-de-mesures-de-remplacement-ecologique/> (consulté le 03.11.2021).

<sup>236</sup> <https://www.luckenwalde.de/Rathaus/Stadtplanung/Informelle-Planungen/%C3%96kologischer-F1%C3%A4chen-und-Ma%C3%9Fnahmenpool-der-Stadt-Luckenwalde/> (consulté le 03.11.2021).

<sup>237</sup> A ce propos, la région Bienne-Seeland vante les mérites du pool de mesures dans son rapport annuel Action Paysage 2014 : [https://www.landschaftswerk.ch/wp-content/uploads/2021/01/2014\\_LBS\\_Jahresbericht.pdf](https://www.landschaftswerk.ch/wp-content/uploads/2021/01/2014_LBS_Jahresbericht.pdf), p. 8 (consulté le 03.11.2021).

<sup>238</sup> <https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/biodiversite/info-specialistes/mesures-de-conservation-de-la-biodiversite/infrastructure-ecologique/passages-a-faune.html> (consulté le 12.10.2021).

<sup>239</sup> En ce sens : ZUFFEREY/ROMY, p. 205.

<sup>240</sup> SOLLBERGER, p. 194.

directement applicable même en zone à bâtir (*supra* II/C) et, d'autre part, par l'obligation pour les projets d'envergure de régler au maximum les conflits d'intérêts dans la planification directrice (*supra* V/B).

Enfin, nous avons pu voir que la protection existe mais que des efforts supplémentaires pourraient être entrepris (notamment une meilleure sensibilisation de la population pour comprendre que certaines « simples surfaces » cachent en réalité une biodiversité très riche et nécessaire à notre bien-être), raison pour laquelle nous soutenons l'idée de SOLLBERGER d'inclure une nouvelle disposition symbolique aux art. 18 ss LPN rappelant la responsabilité fédérale, cantonale et communale de préserver davantage les biotopes<sup>241</sup>. Il n'est pas non plus anodin de rappeler l'importance des avis scientifiques car c'est sur cette base que nous sommes aptes à apprécier la valeur écologique de notre environnement et comprendre sur quel terrain nous nous positionnons pour préserver les ressources vitales qui nous entourent quotidiennement. Il est donc nécessaire d'allier droit et sciences pour sauvegarder l'héritage que nos générations précédentes nous ont légué (il s'agit même d'une véritable responsabilité individuelle au sens de l'art. 6 Cst. pour reprendre GONIN<sup>242</sup>). Finalement, un dialogue sérieux, serein et sincère pourrait limiter beaucoup de litiges futurs liés à la conservation de la biodiversité. D'ailleurs n'est-ce pas ce qu'a voulu montrer le Tribunal fédéral qui apparaît tantôt comme notre plus Haute Juridiction, tantôt comme un guide avec son approche du « compromis » ?

---

<sup>241</sup> SOLLBERGER, p. 199.

<sup>242</sup> GONIN, N 719 ss.