

● Focus

296 Les faux-semblants de la neutralité environnementale



Philippe BILLET,
professeur agrégé de droit public,
directeur de l'Institut de droit de l'environnement
(CNRS, UMR 5600, EVS-IDE),
université Jean-Moulin – Lyon 3

1. Notion. – La « neutralité environnementale » est, sous cette dénomination, inconnue du droit français. Elle trouve une illustration particulière avec le concept de « *Land Degradation Neutrality* » (LDN) développé dans le cadre de RIO+20, sous le terme de « *taux net nul de dégradation des terres* ». Il s'agit d'une déclaration d'objectifs tendant à promouvoir la gestion des terres de façon plus durable pour réduire le taux de dégradation et à augmenter le taux de réhabilitation des terres dégradées : la conjonction des deux actions doit conduire, à un « *land-degradation neutral world* » (Rio+20, 20-22 juin 2012, § 206).

2. Dédié à l'usage des sols, le Code de l'urbanisme a des ambitions modérées dans ce contexte, même s'il promeut « *une utilisation économe des espaces naturels* » (C. urb., art. L. 110-2) et développe de nombreuses dispositions pour inciter à la densification en vue d'éviter l'étalement urbain. La neutralité qui consisterait à libérer des sols proportionnellement à l'augmentation de leur occupation résiste difficilement à l'expansion démographique. On trouve cependant, en droit interne, des traces de cet objectif de neutralité, sous des formes variables, et avec des incidences parfois discutables dès lors qu'elles permettent de justifier des atteintes à l'environnement.

3. Approche conséquentielle. – La « neutralité » peut, à notre sens, se décliner selon trois approches que l'on pourra qualifier de *conséquentielles*, ciblant les effets d'un projet ou d'une activité sur l'environnement aux fins de les annihiler :

- une neutralité « *par suppression* » ou « *par évitement* », consistant à ne pas produire les effets par une conception différente du projet après en avoir mesuré les effets potentiels et la difficulté, voire l'impossibilité, de les annihiler. L'évitement neutralise des effets spéculés en évitant de les produire, traduisant une neutralité « *par anticipation* », une action préventive par priorité à la source ;

- une neutralité « *par compensation* » ou « *par équivalence* », permettant de rééquilibrer les atteintes faute d'avoir pu les éviter, de les compenser, soit à un niveau équivalent, soit à un niveau supérieur, traduisant alors un gain de biodiversité, sur place ou à proximité. La neutralité conditionne l'autorisation et apporte une contrepartie aux atteintes, soit de façon immédiate, soit de façon différée, notamment s'il faut tenir compte des cycles écologiques ;

- une neutralité « *par réparation* » ou par « *restauration* », permettant d'effacer les atteintes en agissant sur les lieux affectés. La neutralité « *différée* » repose ici sur une remise des lieux dans leur état antérieur ou dans un état similaire à celui-ci.

4. Suppression des effets. – La *suppression* trouve primitivement sa place dans l'étude d'impact instituée par la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature (L. n° 76-629, 10 juill. 1976 : JO 13 juill. 1976, p. 4203), première phase de la séquence « *supprimer, réduire et si possible compenser les conséquences dommageables pour l'environnement* » d'un projet. La *suppression* suppose cependant la réalisation d'une atteinte et, partant, une moindre ambition, puisqu'il n'a pas été possible de l'éviter. Sauf à comprendre le terme dans la perspective de la définition du projet, qui impose de le concevoir en analysant et en supprimant ses conséquences avant sa mise en œuvre. Elle va cependant être remplacée par une démarche plus dynamique et anticipatrice : « *éviter* », permettant de parer l'atteinte en l'anticipant (D. n° 2011-2019, 29 déc. 2011 portant

réforme des études d'impact des projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements : JO 30 déc. 2011, p. 22701 – C. envir., art. R. 122-5). Cette neutralité par évitement va prendre un relief particulier, devenant principielle avec la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (L. n° 2016-1087, 8 août 2016 : JO 9 août 2016, @ 2). Celle-ci complète le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement en déclinant ses conséquences : « *Ce principe implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées ; ce principe doit viser un objectif d'absence de perte nette de biodiversité, voire tendre vers un gain de biodiversité* ». Dans cette nouvelle configuration, l'évitement dépasse son ambition environnementale initiale pour s'attacher à la biodiversité et aux services écosystémiques et se voit désormais assigner un objectif : l'absence de perte nette de biodiversité. Cette approche marque cependant une contradiction avec le champ de l'évitement tel que le fixe l'article R. 122-5 du Code de l'environnement en se fondant sur l'article L. 122-1-1 du même code : éviter « *les effets négatifs notables du projet sur l'environnement ou la santé humaine* ». D'absolue par essence, la neutralité par évitement devient relative, partielle : seuls les effets négatifs « *notables* », les plus importants, doivent être évités, ce qui revient à tolérer les effets de moindre incidence, qui n'ont pas à être neutralisés. De ce point de vue, l'évitement se rapproche de la simple réduction, deuxième axe de la séquence ERC, qui admet une neutralité simplement « *partielle* ».

5. Compensation des effets. – Cette relativité de la neutralité trouve une illustration particulière avec la compensation, oméga de la séquence « ERC », critiquée comme permettant au maître d'ouvrage d'éviter d'avoir à se préoccuper des deux premiers termes de la séquence (évitement et réduction). Dès sa première formulation dans la loi de 1976, il s'agit de compenser « *si possible* », formule qui va perdurer (C. envir., art. L. 122-1-1). Quelques précisions plus tard, il s'agit de « *compenser, lorsque cela est possible, les effets négatifs notables du projet sur l'environnement ou la santé humaine qui n'ont pu être ni évités ni suffisamment réduits* », tout en imposant au maître d'ouvrage de justifier de cette impossibilité (C. envir., art. R. 122-5). Elle a longtemps été réduite à cette simple formule, seul le régime des travaux et aménagements dans zones Natura 2000 apportant quelques précisions sur ses objectifs : il s'agit, lorsque des projets sont autorisés « *pour des raisons impératives d'intérêt public majeur* », en dépit d'une atteinte aux objectifs de conservation d'un site Natura 2000 et en l'absence de solutions alternatives, « *de maintenir la cohérence globale du réseau Natura 2000* » (C. envir., art. L. 414-4). Ces mesures doivent permettre « *une compensation efficace et proportionnée au regard de l'atteinte portée aux objectifs de conservation du ou des sites Natura 2000 concernés et du maintien de la cohérence globale du réseau Natura 2000* ». Elles doivent être mises en place « *selon un calendrier permettant d'assurer une continuité dans les capacités du réseau Natura 2000 à assurer la conservation des habitats naturels et des espèces* » (C. envir., art. R. 414-23).

Il faut attendre la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité et le décret du 11 août 2016 relatif à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes (D. n° 2016-1110, 11 août 2016 : JO 14 août 2016, @ 4) pour que la compensation trouve sa maturité, avec des objectifs et des modalités de mise en œuvre. Il s'agit désormais de « *compenser, dans le respect de leur équivalence écologique, les atteintes*

prévues ou prévisibles à la biodiversité occasionnées par la réalisation d'un projet de travaux ou d'ouvrage ou par la réalisation d'activités ou l'exécution d'un plan, d'un schéma, d'un programme ou d'un autre document de planification ». Ces mesures « visent un objectif d'absence de perte nette, voire de gain de biodiversité. Elles doivent se traduire par une obligation de résultats et être effectives pendant toute la durée des atteintes. Elles ne peuvent pas se substituer aux mesures d'évitement et de réduction. Si les atteintes liées au projet ne peuvent être ni évitées, ni réduites, ni compensées de façon satisfaisante, celui-ci n'est pas autorisé en l'état » (C. envir., art. L. 163-1). Ainsi, ces mesures compensatoires « ont pour objet d'apporter une contrepartie aux incidences négatives notables, directes ou indirectes, du projet sur l'environnement qui n'ont pu être évitées ou suffisamment réduites. Elles sont mises en œuvre en priorité sur le site affecté ou à proximité de celui-ci afin de garantir sa fonctionnalité de manière pérenne. Elles doivent permettre de conserver globalement et, si possible, d'améliorer la qualité environnementale des milieux » (C. envir., art. R. 122-13, 1). L'ambition est certaine, qui impose de compenser jusqu'aux incidences indirectes, qu'il faut pouvoir identifier, et de garantir cette compensation sur le long terme. Elle évite également que les maîtres d'ouvrage optent par facilité pour la compensation plutôt que de redéfinir le projet ou prévenir et limiter les atteintes à l'environnement : la compensation ne peut pas se substituer à l'évitement et à la réduction. Par ailleurs, le refus d'autorisation sanctionne le projet dont les atteintes ne pourraient être évitées, réduites et compensées « de façon satisfaisante ». La mise en œuvre du dispositif est facilitée par la consécration de l'expérience de CDC Biodiversité, filiale de la Caisse des dépôts spécialisée dans la compensation écologique : le maître d'ouvrage peut satisfaire à cette obligation selon trois modalités, qui peuvent être alternatives ou cumulatives, une même mesure pouvant par ailleurs compenser différentes fonctionnalités.

6. Modalités de la compensation. – Il peut ainsi y avoir :

- directement (et/ou)
- en confiant contractuellement la réalisation de ces mesures à un opérateur de compensation, tiers garant de la satisfaction de son obligation, même s'il en reste seul responsable devant l'Administration. Cet opérateur met en œuvre les mesures pour son compte et les coordonne sur le long terme (et/ou)
- en acquérant des unités de compensation dans le cadre d'un « site naturel de compensation », préalablement agréé par l'État, afin de mettre en œuvre les mesures « de manière à la fois anticipée et mutualisée ».

Nonobstant la question du suivi administratif de ces mesures (mise en demeure et exécution d'office en cas de carence, sanctions pénales) et de la garantie de leur bonne exécution (constitution de garanties financières), celle de l'équivalence se pose. On peut difficilement envisager une fongibilité, une substituabilité, qui impliquerait qu'un espace ou une espèce puissent être remplacés par un autre espace ou une autre espèce, ce qui nierait les spécificités des uns et des autres. S'il ne doit pas y avoir « de perte nette en biodiversité », des critères doivent être définis pour apprécier cette absence de perte, voire le gain, nonobstant la question du rapport de proximité qui est requis pour la mise en œuvre des mesures, mais qui ne garantit pas nécessairement l'absence de perte.

7. Réparation des effets. – La réparation, enfin, qui tend à un retour « à la normal » en neutralisant les effets d'un dommage à l'environnement. Elle peut emprunter diverses voies, dont la voie juridictionnelle, avec notamment la réparation du préjudice écologique consacré par la loi Biodiversité, que celle-ci définit comme « une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement » (C. civ., art. 1247). Cette réparation doit s'effectuer « par priorité en nature » ; « en cas d'impossibilité de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation », il s'agira alors de « verser des dommages et intérêts, affectés à la réparation de l'environnement ». « Par priorité en nature », la formule laisse supposer que le monétaire pourra chasser le naturel mais, surtout, qu'il pourra ne pas y avoir parfaite équivalence, la réparation pouvant être effectuée en un autre lieu. La neutralisation devra être considérée globalement.

C'est surtout par la voie administrative de la responsabilité environnementale (C. envir., art. L. 161-1 s.) que le mécanisme de la réparation/restauration trouve son application la plus achevée, en dépit d'un champ d'application limité quant aux dommages et aux activités concernés : la réparation est étagée, hiérarchisée et, surtout, doit être exécutée exclusivement en nature.

8. De façon schématique, car la réparation des atteintes portées aux sols diffère de celle qui concerne les espèces et les espaces :

- réparation primaire pour les mesures par lesquelles les ressources naturelles et leurs services retournent à leur état initial ou s'en approchent, en envisageant la possibilité d'une réparation par régénération naturelle (l'état initial désigne ici « l'état des ressources naturelles et des services écologiques au moment du dommage, qui aurait existé si le dommage environnemental n'était pas survenu, estimé à l'aide des meilleures informations disponibles ») ;
- réparation secondaire par des mesures compensatoires complémentaires lorsque la réparation primaire n'aboutit pas à ce retour à l'état initial ou à un état s'en approchant, permettant de fournir un niveau de ressources naturelles ou de services comparable à celui qui aurait été fourni si le site avait été rétabli dans son état initial ;
- mesures de réparation compensatoire pour compenser les pertes intermédiaires de ressources naturelles ou de services survenant entre le dommage et la date à laquelle la réparation primaire ou complémentaire a produit son effet.

9. Soit une obligation de résultat, mais avec une neutralité relative dans certains cas, reposant sur les niveaux de ressources et de services écosystémiques permettant de compenser les pertes et atteintes non réparables en tant que telles. Cette relativité est d'autant plus caractérisée que la régénération naturelle visée par l'article L. 162-8 du Code de l'environnement varie selon les milieux et espèces concernés : il faut ainsi distinguer celle qui concerne les eaux et espèces et habitats naturels protégés, qui impose « le retour des ressources naturelles endommagées ou des services détériorés à leur état initial », de celle qui concerne les dommages affectant les sols, plus anthropisée, qui exige « l'élimination de tout risque grave d'incidence négative sur la santé humaine ». La perspective est minimaliste : il s'agit seulement de supprimer tout risque d'atteinte grave à la santé humaine. Exit les fonctions écologiques, qui servent simplement de critère d'atteinte au sol, et dont le code ne prévoit pas la restauration, contrairement aux eaux et aux espèces et habitats protégés visés par les directives « oiseaux » et « Natura 2000 ».

10. Conclusion. – La « neutralité » est un concept intéressant quant aux objectifs qu'il fixe, mais sa mise en œuvre est imparfaite, faute pour l'ingénierie écologique de permettre d'effacer effectivement les atteintes constatées. Le législateur comme le pouvoir réglementaire, suivis par le juge, ne peuvent pas imposer d'obligation impossible, relativité consommée des meilleures méthodes et technologies « disponibles » et des connaissances scientifiques et techniques « du moment ». Le temps seul peut garantir un retour à un état naturel, pour autant que le milieu ne connaisse pas d'autres perturbations. Il ne s'agira cependant pas nécessairement de l'état antérieur, car les équilibres écologiques sont rétifs au cadre dans lequel la norme veut les contenir.