



Carole Hermon (dir.)

Services écosystémiques et protection des sols Analyses juridiques et éclairages agronomiques

Éditions Quæ

Chapitre 3 - Pour une protection des sols en droit : quel apport de la notion de service écosystémique ?

Liliane Icher, Matthieu Poumarède, Bastien Alidor, Hélène Hoepffner, Didier Krajeski et Séverin Jean

Éditeur : Éditions Quæ
Lieu d'édition : Éditions Quæ
Année d'édition : 2018
Date de mise en ligne : 17 mars 2021
Collection : Update Sciences & Technologie
ISBN électronique : 9782759231430



<http://books.openedition.org>

Référence électronique

ICHER, Liliane ; et al. *Chapitre 3 - Pour une protection des sols en droit : quel apport de la notion de service écosystémique ?* In : *Services écosystémiques et protection des sols : Analyses juridiques et éclairages agronomiques* [en ligne]. Versailles : Éditions Quæ, 2018 (généré le 18 mars 2021). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/quae/30765>>. ISBN : 9782759231430.

**LA NOTION DE SERVICE ÉCOSYSTÉMIQUE
PEUT-ELLE FONDER
UN NOUVEAU RÉGIME DE PROTECTION ?**

**Service écosystémique
et financements publics**

La dépense publique en matière environnementale : l'exemple de la protection des sols

Liliane ICHER

Docteure en droit
post-doctorante IDEX T2SEC

La présente contribution s'attachera à étudier comment l'Etat français et les collectivités territoriales¹ peuvent protéger les sols par la dépense publique. A défaut d'encadrement réglementaire préservant ces ressources environnementales², les personnes publiques peuvent engager des fonds publics à cette fin, passant d'une logique de contrainte à une logique d'incitation financière.

Etant donnée l'étendue de cette thématique et la conséquente impossibilité de la traiter entièrement et précisément dans le cadre de ce chapitre, il a fallu procéder à des choix méthodologiques pour délimiter le champ de l'étude. Une analyse sectorielle aurait pu être retenue. La dépense publique à destination de l'activité agricole aurait alors été privilégiée dans la mesure où « les écosystèmes agricoles sont de loin les plus grands écosystèmes aménagés du monde »³ et que le lien entre cette activité et les services a été normativement consacré⁴. Cependant, des études très complètes portant sur les

1. La « dépense publique » renvoie aux dépenses engagées par les administrations publiques. La Sécurité sociale fait également partie des « administrations publiques » mais elle est exclue du champ de cette étude. En effet, il n'est pas prévu qu'elle engage des dépenses publiques pour protéger les sols (bien que la dégradation de l'environnement puisse entraîner des coûts sanitaires tel que le laisse transparaître l'article L. 110-1 II du CE). Cette question dépasse le cadre de la présente contribution.

2. Cf. *supra* Hermon C. « La protection du sol en droit ».

3. FAO, 2007, *La situation mondiale de l'alimentation et de l'agriculture*, p. 2.

4. L'article 2-8° de la loi n° 2016-1087 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (RBNP) – aussi dite « biodiversité » – souligne la « complémentarité entre l'environnement, l'agriculture, L'aquaculture et la gestion durable des forêts, selon

PSE dans ce secteur existent déjà⁵. Il a paru plus novateur de se pencher sur les outils financiers à disposition des personnes publiques pour améliorer la préservation des sols (notamment agricoles). Puis, toujours afin de préciser le champ d'étude, la démarche méthodologique suivante a été privilégiée : deux options de financement public relativement innovantes et diamétralement opposées ont été sélectionnées pour être comparées⁶. D'un côté, les administrations étatiques et locales peuvent convenir de « Paiements pour Services Environnementaux » (PSE) avec des personnes rémunérées pour préserver les sols⁷. De l'autre, elles pourraient créer un référentiel comptable vert intégrant la valeur desdits sols pour encourager leur protection. Les principales caractéristiques de ces deux modalités d'action doivent être dépeintes afin de comprendre en quoi elles sont radicalement différentes.

Avec les PSE, comme son nom l'indique, la préservation de la nature passe par la fourniture d'un service environnemental, qui requiert donc une intervention humaine. L'une des parties⁸ va œuvrer de manière à ce que les écosystèmes puissent fonctionner correctement. En échange, l'autre partie, parce qu'elle estime que cette forme de protection l'environnement lui est profitable – ici, l'Etat ou une

lequel les surfaces agricoles, aquacoles et forestières sont porteuses d'une biodiversité spécifique et variée et les activités agricoles, aquacoles et forestières peuvent être vecteurs d'interactions écosystémiques garantissant, d'une part, la préservation des continuités écologiques et, d'autre part, des services environnementaux qui utilisent les fonctions écologiques d'un écosystème pour restaurer, maintenir ou créer de la biodiversité ».

5. Cf. notamment Langlais A. « Les paiements pour services environnementaux, une nouvelle forme d'équité environnementale pour les agriculteurs ? Réflexions juridiques », *Dr. rural*, n° 413, mai 2013, Etude n° 7, du même auteur, *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux : quels questionnements juridique*, Presses universitaires de Rennes, 2018, à paraître.

6. La fiscalité écologique ne sera pas ici examinée ; nous renvoyons à la lecture des nombreuses études consacrées à ce sujet, ainsi : Bin F. et Viessant C. « Précis de fiscalité de l'environnement », LexisNexis, à paraître, Caudal S. « La fiscalité de l'environnement », LGDJ, 2014, Caruana N. « La fiscalité environnementale. Entre impératifs fiscaux et objectifs environnementaux, une approche conceptuelle de la fiscalité environnementale », L'Harmattan, 2015,

7. Sur la liberté contractuelle des personnes publiques (et par conséquent, leur capacité à conclure ce type de convention), voir notamment Hastings-Marchadier A., « Les contrats de droit privé des personnes publiques et la liberté contractuelle », *AJDA*, 1998, pp. 683-693 et Pontier J.-M., « La liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* 2013, pp. 837-839.

8. Etant entendu que la catégorie des PSE ne recouvre pas que des contrats, cf. *infra* Poumarède M. « Services écosystémiques et contrat. Quelle obligation contractuelle environnementale ».

collectivité territoriale⁹ – s’engage à rémunérer la fourniture de ce service. Le but est donc de rendre relativement moins attrayante l’exploitation d’une ressource naturelle par rapport aux perspectives financières qu’offre sa sauvegarde. En d’autres termes, il s’agit de passer d’une logique de pollueur-payeur, à celle de protecteur-percepteur¹⁰. Cette méthode s’inscrit dans la droite ligne de l’orientation actuellement privilégiée en droit de l’environnement, celle du consensualisme et de l’incitation pécuniaire¹¹ plutôt que celle de l’interventionnisme public adoptée traditionnellement¹². Plus encore, les PSE sont perçus comme des vecteurs de croissance économique parce qu’ils généreraient des investissements et permettraient de créer des emplois¹³. Cet outil pourrait constituer un moyen temporaire de pallier une lacune juridique¹⁴, en l’espèce un régime protecteur des sols. Ces dispositions pourraient même être encore plus efficaces que les normes à portée générale puisqu’elles sont négociées et peuvent donc être ajustées aux besoins spécifiques d’un écosystème donné sur un territoire déterminé.

Autre voie d’action, plutôt que d’agir directement en engageant des dépenses, les personnes publiques pourraient œuvrer dans le sens de la protection des sols en adoptant une comptabilité qualifiée de « verte ». Quelques rappels sont nécessaires à la bonne compréhension de ce que signifie cette proposition. La comptabilité générale regroupe un ensemble de règles, appelé « référentiel », qui est supposé donner, selon la terminologie consacrée, une « image fidèle »¹⁵ de la situation patrimoniale et financière d’une personne morale privée¹⁶. Cependant, en droit public, les règles comptables

9. Langlais A, « Les paiements pour services environnementaux, une nouvelle forme d’équité environnementale pour les agriculteurs ? Réflexions juridiques », *op. cit.*, §12. L’article L. 312-3 du C. env. précise, depuis la loi « biodiversité », que les contrats en question peuvent être conclus avec une personne privée mais aussi l’Etat, une collectivité territoriale ou même un établissement public.

10. Sutterlin O., « Le principe pollueur-payeur », *J.-Cl. Env. et DD*, fasc. 2024, §11.

11. Conseil économique pour le développement durable, Bureau D. (dir.), « les “PSE” : des rémunérations pour les services environnementaux », 2010, n°17.

12. Langlais A., *op. cit.*, §12.

13. De Perthuis C. et Juvet P.-A., *op. cit.*, p. 126.

14. Sutterlin O., *op. cit.*, §11.

15. La comptabilité ne saurait donner une image exacte de l’entité concernée mais doit permettre à ses lecteurs de se faire une idée claire de sa situation patrimoniale et financière.

16. La comptabilité générale privée – à destination des entreprises – a largement influencé les référentiels comptables appliqués aux personnes publiques, voir notamment Collet M., *Finances publiques*, LGDJ, 2016, p. 108. L’exigence d’une image fidèle pour les comptes des personnes publiques a dorénavant valeur constitutionnelle suite à la révision de 2008,

sont plus complexes parce qu'elles doivent saisir les spécificités la décision publique¹⁷. Aussi, la « comptabilité nationale » retrace les engagements juridiques des personnes publiques mais elle va au-delà en recensant des données statistiques sur l'état de l'économie française¹⁸. Il s'agit donc d'« une technique d'enregistrement et d'évaluation des événements affectant la situation financière d'une entité bien définie et de présentation de ces informations dans des états de synthèse [mais elle permet également] de calculer des indicateurs globaux »¹⁹, parmi lesquels le Produit Intérieur Brut (PIB). Cette valeur traduit la production annuelle de richesses sur un territoire qui émane à la fois du secteur public, des entreprises et des ménages. La comptabilité nationale est alors susceptible de fournir une base de décision sur les mesures politiques à prendre. Or, la comptabilité environnementale consiste à intégrer dans les comptes nationaux la valeur des éléments naturels, notamment celle des sols. Le but est de « verdir » le PIB²⁰ pour orienter les choix politiques – dont les dépenses publiques – dans un sens plus écologique. La complexité technique de l'entreprise est régulièrement utilisée comme argument pour s'opposer à l'avancement de ce projet. L'élaboration d'un référentiel de comptabilité verte serait intellectuellement concevable mais trop peu maniable pour devenir un outil opérationnel de gestion et un référentiel contraignant.

S'il ne fallait en choisir qu'un, quel serait l'outil de dépense publique le plus utile à la protection des sols ? *A priori*, les PSE paraissent constituer une solution simple qui permet à l'administration d'entrer en action immédiatement et de cibler précisément les sols. Pourtant,

Kott S. (dir.), *Droit et comptabilité. La spécificité des comptes publics*, Economica, 2017, p. 4. Elle est inscrite à l'article 47-2 de la Constitution.

17. Milot J.-P., « L'information financière sur les finances publiques : périmètre, utilité et portée », *RFFP*, n° 122, avril 2013, p. 137.

18. Contrairement à la comptabilité nationale qui mobilise la méthode des « droits constatés » pour l'ensemble des Administrations Publiques (APU) et qui intègre des données statistiques sur l'ensemble de l'économie française, le référentiel de « comptabilité publique » apparaît moins adapté au verdissement à trois égards : d'abord, il ne prend pas en considération l'ensemble de l'économie ; ensuite, il diffère selon la catégorie d'APU concernée ; il emploie la méthode des « encaissements/décaissements ».

19. Milot J.-P., *op. cit.*

20. Cf. Angel M., *La nature a-t-elle un prix ? Critique de l'évaluation des biens environnementaux*, Les presses Ecole des Mines de Paris, 1998, p. 3. Bien que l'auteur n'adhère pas aux méthodes actuelles de comptabilisation verte, il relève que « le PIB [est inadapté] à la gestion des biens environnementaux : leur détérioration ne se traduisant par aucun échange monétaire, elle n'y est simplement pas comptabilisée (...) comment y remédier ? L'idée proposée par les économistes est de doter l'environnement d'une valeur monétaire ».

lorsque les PSE sont conclus par des personnes publiques, ils créent de nombreuses difficultés juridiques qui les rendent finalement peu attrayants, voire peu praticables (I). Au contraire, « la construction des outils comptables dont sont dotées les administrations publiques semble, à première vue, aussi technique que rébarbative. Elle soulève pourtant des enjeux considérables, tant sur le plan pratique que théorique »²¹. Bien que les difficultés d'élaboration d'un référentiel et de mise en œuvre soient réelles, le potentiel de la comptabilité verte semble sous-estimé. Les opportunités qu'offrirait cette solution, justifient de fournir un effort intellectuel de long terme dont les retombées en termes de dépenses publiques ne seront qu'indirectes (II).

I. LES PSE : LES LIMITES D'UNE DÉPENSE PUBLIQUE ACTUELLE

La sauvegarde des sols par la conclusion de PSE engendre des coûts pour les personnes publiques. Or, ces engagements financiers se révèlent, au mieux peu efficaces en termes de préservation des sols (A), et au pire, risqués en raison des incertitudes juridiques qu'ils portent lorsqu'ils sont pris par des personnes publiques (B). En effet, des problématiques spécifiques apparaissent lorsque le preneur de service environnemental est une personne publique parce que celle-ci est présumée perturber l'équilibre du marché lorsqu'elle intervient dans l'économie. Son action est alors étroitement encadrée par le droit pour éviter qu'il y ait distorsion de concurrence. En revanche, si un PSE au contenu strictement identique est signé par une personne privée, sa décision est censée relever du fonctionnement normal de l'économie. Alors, cette opération ne sera pas entravée par des contraintes juridiques²².

A. L'EFFICACITÉ DISCUTABLE DES DENIERS PUBLICS ENGAGÉS DANS LES PSE

Les PSE ne peuvent constituer qu'une façon marginale de protéger l'environnement, et en l'occurrence, les sols. Si les limites qui vont être développées s'appliquent à tous ces dispositifs, ils posent une

21. Collet M., *op.cit.*, p. 491.

22. Cf. *infra* Poumarède M., « Services écosystémiques et contrat. Quelle obligation contractuelle environnementale ».

question spécifique quand ils sont adoptés par une administration, celle de la « bonne utilisation des deniers publics »²³.

La nature consensuelle des PSE qui est présentée comme étant l'avantage principal de ce mode de sauvegarde, en constitue aussi la faiblesse tel que l'a d'ores et déjà souligné la doctrine : sans consentement de l'éventuel fournisseur de service environnemental, pas de préservation. Afin d'obtenir cet accord, les contraintes – parmi lesquelles la durée de l'engagement²⁴ – peuvent être assouplies réduisant d'autant la protection effective des sols. D'ailleurs, ainsi que le souligne la doctrine, la majorité des PSE existants ne contient que des obligations de moyen et non de résultat écologique. Alors, le fournisseur de service environnemental ne s'oblige qu'à faire ou ne pas faire, peu importe l'effet de la convention sur la nature, ce qui abaisse le niveau d'exigence qu'il a à supporter et facilite par là même l'obtention de son consentement²⁵. Notons que la terminologie usitée – et que l'on continuera d'employer dans cette contribution par souci de cohérence avec le droit positif – n'est donc pas adaptée : le paiement ne vient pas rémunérer la fourniture d'un service environnemental mais une pratique ; cette remarque vaut également pour les mesures agro-environnementales et climatiques (MAEC) prévues par le deuxième pilier de la PAC²⁶.

23. Plus qu'une seule considération politique, il s'agit bien d'une question juridique en ce que le « bon usage des deniers publics » fait partie du droit positif. Quoiqu'imprécisément définie, cette expression est désormais une exigence constitutionnelle (Cons. Constit., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *AJDA*, 2003, p. 1404, note E. Fatôme) et un élément d'appréciation employé par le juge administratif. Mais, en dehors même de la situation contentieuse, le bon usage des deniers publics sert de guide aux décideurs publics lorsqu'ils effectuent le bilan coûts/avantages d'une dépense à venir, Boiteux D., « Le bon usage des deniers publics », *RDP*, n° 5, sep. 2011, pp. 1099-1135.

24. Or, pour être environnementalement efficaces, les PSE doivent contraindre sur une période suffisamment longue pour se calquer sur le temps biologique, Etrillard C., « Paiements pour services environnementaux : nouveaux instruments de politique publique environnementale », *Développement durable et territoires*, vol. 7 n° 1, p. 6.

25. Par souci d'honnêteté, ajoutons que cette limite s'explique aussi par d'autres facteurs. Etant donné la complexité du fonctionnement des sols et les incertitudes scientifiques qui demeurent, rédiger un contrat fixant des obligations de résultat ne saurait être aisé. Rémunérer, mais aussi contrôler, des actions humaines s'avère beaucoup plus simple, Doussan I. et Martin G.-J., « Les PSE à la lumière de la théorie générale des contrats », in *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux : quels questionnements juridiques ?*, Langlais A. (dir.), 2017, à paraître, pp. 1-13.

26. Doussan I. et Martin G.-J., « Les PSE à la lumière de la théorie générale des contrats », *op. cit.*, p. 5.

Toujours pour emporter l'adhésion du producteur de service environnemental, une rémunération est offerte. Et, là encore, les PSE portent en eux les raisons de leurs propres limites : si la motivation desdits fournisseurs est avant tout financière, ceux-ci sont susceptibles de chercher à profiter de la manne que cette nouvelle possibilité offre. Dans un premier temps, les PSE sont susceptibles de provoquer un effet d'aubaine : les bénéficiaires pourraient se porter volontaires simplement parce qu'ils adoptent déjà les comportements encouragés sans être rétribués pour. Cette situation est d'autant plus vraisemblable que les dispositifs ne posent pas de résultats environnementaux précis et exigeants²⁷. Alors, la personne publique qui conclurait un PSE, engagerait une dépense inutile dans la mesure où elle paierait pour maintenir un *statu quo*, pour éviter la menace d'un changement de pratiques néfaste aux sols. Ensuite, une fois la prestation terminée, le producteur de service environnemental pourrait aussi revoir à la hausse ses prétentions financières pour accepter de poursuivre ses efforts (et ce, même si lesdits efforts n'en n'étaient pas réellement *ab initio*). Ce piège est au moins partiellement déjoué en matière agricole. En effet, dans le cadre de la PAC pour bénéficier des aides agro-environnementales du deuxième pilier, les professionnels doivent respecter des normes réglementaires pour pouvoir ensuite prétendre à une rémunération. Ces « normes plancher [...] constituent un garde-fou concernant le contenu environnemental des PSE, lesquels ne peuvent ainsi être éligibles au financement qu'au-delà de la réalisation de ce minimum »²⁸. Les frais supplémentaires engagés par les agriculteurs sont alors compensés par la personne publique.

Au-delà de la question des « retours environnementaux sur investissement » que générerait ce choix, une généralisation des PSE pourrait s'avérer plus coûteuse pour les personnes publiques que ce qui est stipulé.

27. Cette difficulté avait déjà été soulevée dans le cadre d'un autre marché environnemental. Ducret P. et Scolan M., « Le prix du carbone : la valeur d'une expérience », *Vraiment durable*, vol. 4, n° 2, 2013, pp. 47-53.

28. Langlais A., *op. cit.*, §15.

B. LES FRAGILITÉS JURIDIQUES DES PSE CONCLUS PAR LES PERSONNES PUBLIQUES

A la question de l'efficacité des PSE, s'ajoutent des risques juridiques importants. Ceux-ci tiennent au fait que cette opération n'est pas évidente à qualifier en droit – national (1) et européen (2) – quand la partie rémunératrice est une personne publique et quand le contrat ne relève pas des aides de la PAC.

1) Les PSE et la commande publique en droit interne

En droit interne, l'identification du PSE pose un premier ensemble de problèmes juridiques. Pour la personne publique, conclure un PSE ne lui permet pas à proprement parler de « satisfaire un besoin mais [d'] orienter l'activité d'un opérateur privé conformément à l'intérêt général »²⁹. Si le fournisseur de service environnemental sollicite la personne publique pour percevoir une somme lui permettant de poursuivre son activité, le PSE correspond à ce que l'on qualifie de « convention d'objectifs et de moyens » telle que définie dans l'arrêt du Conseil d'Etat « Commune d'Aix-en-Provence »³⁰, reprise par la suite dans la circulaire du 18 janvier 2010³¹. Alors, la rémunération octroyée s'apparente à une subvention³².

En revanche, si la personne publique est à l'initiative – ce qui paraît plus que plausible dans l'hypothèse de l'impulsion d'une politique publique de protection des sols – la rémunération du PSE n'est plus considérée comme une subvention mais elle est assimilée à un prix³³.

29. Nicinski S., « Besoins », *Droit des marchés publics & Contrats publics spéciaux*, Le Moniteur, coll. Moniteur Références, T. 1, II.410, mise à jour n° 71, juill. 2012, p. 4.

30. CE sect., 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, *JCP A* 2007, n° 2111, note Karpenschif M.

31. Circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément. Les conventions d'objectifs sont généralement conclues avec des associations. Cependant, la circulaire de 2010 rappelle à l'article 4 que l'attribution de subventions ne se limite pas à elles.

32. Si la subvention est égale ou supérieure à 23 000 euros par an, elle doit être consignée dans une convention « définissant l'objet, le montant, les modalités de versement et les conditions d'utilisation », article 10, loi n° 2000-321 du 12 avr. 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Ceci ne pose pas de problème dans la mesure où la conclusion d'un PSE nécessite la rédaction d'un contrat qui contient ces éléments.

33. Article 4 b, circulaire du 18 janvier 2010, *op. cit.*. Dans la lignée de la jurisprudence Commune d'Aix-en-Provence, la circulaire donne la prévalence à l'initiative du projet

Dès lors, si la personne publique verse une somme à une personne qui lui délivre une prestation, le contrat intègre le périmètre des marchés publics³⁴. Or, ceci emporte des conséquences lourdes. Les procédures inscrites dans le Code des marchés publics (CMP) doivent être respectées si le contrat entraîne une rémunération du cocontractant supérieure ou égale aux seuils fixés par décret³⁵. Lesdites procédures requièrent en premier lieu la définition précise des besoins pour que la comparaison des projets des concurrents soit effective. Une description trop floue des attentes pesant sur le futur cocontractant de la personne publique peut engager la responsabilité de l'administration vis-à-vis des candidats éconduits³⁶. Or, la complexité du fonctionnement des écosystèmes rend délicate la rédaction d'un appel à la concurrence. Une fois ce stade franchi, les procédures de passation des marchés publics comptent d'autres étapes, assorties de délais, qui doivent être respectées pour ne pas risquer le prononcé de sanctions pécuniaires ou l'annulation de la décision de passer la convention. De plus, si l'on s'inscrit dans le cadre du marché public, le juge administratif peut se fonder sur le bon usage des deniers publics, principe énoncé dès l'article 1^{er} du CMP, pour régler le litige qui lui est soumis. La question de l'efficacité des PSE pour protéger les sols qui a été évoquée précédemment, pourrait dépasser le cadre d'une simple question politique pour devenir un enjeu juridique. Ajoutons que le non-respect de ces règles de passation est susceptible d'entraîner l'ouverture de poursuites pénales à l'encontre des personnes physiques et qu'elles conduisent potentiellement à des peines d'emprisonnement et des amendes des poursuites pourraient même être ouvertes à l'encontre de personnes

comme indicateur de la présence, ou non, d'une convention d'objectifs, Nicinski S., *Le droit public des affaires*, LGDJ, 2016, p. 571.

34. Cf. *infra* Hoepffner H. « La commande publique de compensation environnementale : un impensé de la loi Biodiversité ». La distinction entre les marchés publics et les DSP peut brièvement être décrite ainsi : dans le premier contrat, l'administration satisfait un de ses besoins et rémunère l'autre partie en une fois ; dans le second, elle transfère temporairement l'exécution d'un service public à un tiers qui sera payé régulièrement. Ainsi, il semblerait que le PSE puisse tomber dans l'une ou l'autre de ces catégories ; pour déterminer la nature de la convention, il faut se référer à son contenu.

35. Ces seuils sont multiples et variables. D'abord, ils dépendent du type de marché public en question : ils sont donc susceptibles de changer selon que le contenu du PSE le classe parmi les marchés de biens, de services ou de travaux. Ensuite, ils seraient différents si le PSE était rangé dans la catégorie des DSP. Finalement, les seuils fluctuent régulièrement au fil du temps du temps. Cf. *infra* Hoepffner H. « La commande publique de compensation environnementale : un impensé de la loi Biodiversité ».

36. Nicinski S., *Le droit public des affaires*, *op. cit.*, p. 591.

physiques pour délit d'octroi d'avantage injustifié³⁷ ou corruption et trafic d'influence³⁸. En conclusion, la qualification potentielle des PSE en marchés publics serait chronophage et potentiellement onéreux.

2) Les PSE en droit de l'Union

En droit de l'union, les PSE pourraient être qualifiés d'aides d'Etat ou de Services d'Intérêt Economique Général (SIEG).

Les PSE pourraient constituer des aides d'Etat, par définition, illégales³⁹. En effet, en vertu de l'article 107 § 1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), « sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ». En d'autres termes, il y a aide d'Etat parce qu'« en recevant, alors même qu'il ne satisfait aucun besoin marchand, un financement public visant uniquement à le maintenir ou l'orienter vers des pratiques pro-environnementales, [le fournisseur de service environnemental] est [...] perçu, au regard du droit de l'Union européenne, comme bénéficiant d'un soutien financier auquel aucun acteur économique n'aurait consenti au regard des seules considérations guidant le fonctionnement normal du marché »⁴⁰. Toutefois, ce principe connaît à la fois des dérogations textuelles qui seraient théoriquement applicables à tous les PSE et des exceptions propres.

37. Aussi appelé « délit de favoritisme », article 432-14 C. pén.

38. Article 432-11 C. pén.

39. Ces soutiens financiers illégaux ne se limitent évidemment pas aux PSE, ils peuvent prendre diverses formes. Ainsi, ils incluent les « subventions, exonérations d'impôts et de taxes, exonérations de taxes parafiscales, bonifications de taux d'intérêt, garanties de prêts consenties dans des conditions particulièrement favorables, cessions de bâtiments ou de terrain à titre gratuit ou à des conditions particulièrement favorables, fournitures de biens ou de services à des conditions préférentielles, couvertures de pertes d'exploitation ou toute autre mesure d'effet équivalent » (réponse à une question écrite, JOCE C 125, 17 août 1963) et cette liste n'est pas exhaustive, Vade-mecum des aides d'Etat, édition 2016, fiche 1, p. 21.

40. Caylet S., « Contrats publics et paiements pour services environnementaux », in *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux : quels questionnements juridiques ?*, Langlais A. op. cit.

La première catégorie de dérogations générales est à trouver à l'article 107 § 2 du TFUE⁴¹ : certains soutiens financiers publics ne sont pas considérés comme des aides d'Etat et sont par là même compatibles avec le marché intérieur. Cependant, les mesures financières destinées à protéger l'environnement – et plus précisément, les sols – ne figurent pas dans cette liste⁴². Ensuite, l'article énonce au troisième paragraphe que, sur notification des Etats membres, des aides peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur, et de ce fait, être autorisées par la Commission. Certaines catégories définies seraient assez vastes pour y inclure une politique de protection de l'environnement – et notamment des sols – dont « b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun » (PIIEC) telle que la stratégie Europe 2020⁴³ « c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités [...], quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun » et « e) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil sur proposition de la Commission ». Toutefois, ces exceptions au principe d'incompatibilité sont interprétées de façon restrictive⁴⁴ donc l'autorisation des PSE sur la base de la disposition 107 § 3 du TFUE paraît très incertaine. Finalement, le Règlement Général d'Exemptions par Catégorie (RGEC) du 17 juin 2014⁴⁵ permet de dispenser certaines aides environnementales de la notification des Etats membres prévue à l'article 107 § 3. Il pourrait s'avérer utile

41. Pour être exhaustif, il convient d'ajouter que si toutes les conditions de l'article 107 §1 du TFUE n'étaient pas remplies, la somme versée ne serait plus considérée comme une aide d'Etat. Toutefois, les cas de figure qui correspondent à cette situation paraissent très théoriques et ne seront pas développés plus avant. En effet, il faudrait que le montant ne soit pas accordé par une personne publique ou qu'il ne soit pas distribué à une entreprise ou qu'il soit, au contraire, octroyé à toutes les entreprises pour ne pas créer de distorsion de concurrence.

42. Seuls les cas suivants sont envisagés : « a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels [l'aide est octroyée à une entreprise intermédiaire mais elle ne doit pas en bénéficier, l'avantage doit être répercuté sur certaines catégories de consommateurs finaux], b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires, c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la république fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne ».

43. En 2011, l'UE a lancé la « Stratégie Europe 2020 » qui comprend une liste d'actions à mener pour encourager la croissance au sein de l'Union. Elle comprend notamment des actions environnementales. Le projet est présenté dans le document disponible en ligne : <http://www.construireurope.org/pprod/wp-content/uploads/2014/02/FT-EU2020.pdf>

44. *Vade-mecum* des aides d'Etat, édition 2016, fiche 3, p. 67.

45. Règlement n° 651/2014 du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité.

mais uniquement dans un type très précis de PSE relatifs aux sols : il autorise les Etats et leurs entités publiques à octroyer des fonds sans l'aval des institutions européennes jusqu'à 20 millions d'euros par entreprise et par projet pour les investissements en faveur de l'assainissement d'un site contaminé « sur lequel a été confirmée la présence de substances dangereuses découlant de l'activité humaine, dans des concentrations telles qu'elles présentent un risque important pour la santé humaine ou pour l'environnement compte tenu de l'utilisation effective des terrains et de leur utilisation future autorisée »⁴⁶. Si un PSE correspond à cette disposition du règlement, il faut en plus que la rémunération soit transparente, incitative et publiée⁴⁷.

Contrairement aux dérogations générales dont la mobilisation semble presque impossible en pratique pour les PSE protégeant les sols, l'ensemble des exceptions spécifiques au secteur agricole est régulièrement appliqué.

Aux termes de l'article 42 TFUE, les règles prévues aux articles 107 et suivants du TFUE, ne sont pas automatiquement applicables aux aides PAC ; elles ne le sont que « que dans la mesure déterminée par le Parlement européen et le Conseil ». Ainsi, les aides d'Etat en matière agricole sont le plus souvent régies par des normes spécifiques⁴⁸ comprenant un règlement *de minimis*⁴⁹, des lignes directrices⁵⁰ et un régime d'exemption agricoles⁵¹. Il ressort de la combinaison de ces

46. Article 2 du règlement n° 651/2014, *op. cit.*, alors que le seuil *de minimis* de droit commun est de 200 000€ sur une période de trois exercices fiscaux, art. 3.2 règlement n° 1407/2013 du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis*.

47. Art. 3 et suivants du règlement n° 651/2014, *op. cit.*

48. Si une aide agricole non prévue dans les textes spécifiques à cette activité contient des dispositions environnementales, ce sont les règles relatives aux aides d'Etat environnementales qui s'appliquent, *Vade-mecum* des aides d'Etat, édition 2016, fiche 13, p. 211.

49. Règlement n° 1408/2013 du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis* dans le secteur de l'agriculture.

50. Lignes directrices de l'Union européenne concernant les aides d'Etat dans les secteurs agricole et forestier et dans les zones rurales 2014-2020, 2014/C 204/01.

51. Règlement n° 702/2014 de la Commission du 25 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides, dans les secteurs agricole et forestier et dans les zones rurales, compatibles avec le marché intérieur, en application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

textes que les aides agro-environnementales du deuxième pilier⁵² peuvent concourir à la protection des sols. Ainsi que le souligne le règlement de juin 2014, les investissements sont susceptibles d'être compensés par des aides publiques s'ils poursuivent l'un des objectifs énoncés à l'article 3 même texte⁵³, dont « la mise en œuvre des objectifs agroenvironnementaux et climatiques ». C'est ainsi que certaines aides versées au titre des MAEC peuvent bénéficier aux sols⁵⁴.

En plus des exceptions textuelles (générales ou spécifiques), les versements financiers d'une personne publique peuvent être autorisés s'ils sont reconnus par les juges européens comme étant des Services d'Intérêt Economique Général (SIEG). Bien que cette qualification ne permette pas d'échapper au droit de la concurrence, elle autorise la juste compensation des coûts générés par la satisfaction d'obligation de service public. En effet, depuis le fameux arrêt « Altmark »⁵⁵, un tel soutien financier public échappe au régime des aides d'Etat si quatre conditions sont remplies : « l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public, et ces obligations doivent être clairement définies » ; « les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis, de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes » ; « la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable » ; « lorsque le choix de l'entreprise [...] n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public [...] le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne bien gérée et adéquatement équipée »⁵⁶. Ces critères appellent deux remarques. D'une part, le « bénéfice raisonnable » constitue une incitation financière minimale réduisant

52. Voir spéc. les points 207 et suivants des lignes directrices pour la période actuelle.

53. Article 14.3.d du règlement n° 702/2014, *op. cit.*

54. Cf. *supra* Hermon C. « La protection du sol en droit ».

55. CJCE, 24 juill. 2003, aff. C-280/00, *Dr. adm.* 2003, n° 186.

56. Au regard de cette définition, les MAEC semblent proches des SIEG puisqu'il s'agit de compenser les surcoûts supportés par les agriculteurs qui vont au-delà de leurs obligations normatives pour adopter des pratiques favorables à l'environnement. Mais encore faudrait-il que l'activité menée puisse être dite relever du service public.

par là même l'attractivité des PSE conçu comme SIEG. D'autre part, plus fondamentalement, il n'est pas sûr que la sauvegarde des sols puisse être actuellement interprétée comme relevant du service public, dès lors les PSE ne pourraient pas être conçus comme des SIEG. La liste de ces services n'est pas exhaustive mais elle comprend traditionnellement les postes, transports, télécommunications et énergie. Elle est appelée à s'étendre mais ce mouvement est lent et il faut rester prudent. Pour l'heure, « il est impossible de déterminer *a priori* si la protection de l'environnement est susceptible de participer de l'intérêt économique général au sens de la notion de SIEG. On ne peut pas non plus déterminer les activités environnementales particulières qui peuvent en relever »⁵⁷.

En conclusion, signer des PSE pourrait s'avérer dangereux pour les personnes publiques, en plus d'être relativement coûteux et peu efficace. Il s'agit d'un moyen de protéger l'environnement conçu pour le secteur privé et qui peut être intéressant dans ce cadre⁵⁸, mais ces contrats ne sauraient constituer un outil pertinent pour une politique d'envergure mise en œuvre par les personnes publiques. Au contraire, la comptabilité verte sur la dépense publique pourrait avoir un impact plus fondamental sur la protection des sols.

II. LA COMPTABILITÉ ENVIRONNEMENTALE : LE POTENTIEL D'UNE DÉPENSE PUBLIQUE ÉVENTUELLE

L'intégration des éléments naturels à la comptabilité nationale pourrait constituer une voie médiane prometteuse, une solution qui ne s'apparente ni à une intervention unilatérale publique classique, ni à un alignement sur les méthodes consensuelles et incitatives créées pour le secteur privé.

L'instauration d'un référentiel comptable vert relève d'une méthode de protection de l'environnement globalisante en ce qu'elle intègre la totalité des éléments naturels, les sols et leurs services compris. Malgré la persistance de certaines résistances politiques, le potentiel de cette orientation a bien été identifié, à la fois par ses premiers soutiens universitaires ainsi que par les institutions internationales

57. Peiffert O., *op. cit.*, p. 119.

58. Cf. *infra* Poumarède M. « Services écosystémiques et contrat. Quelle obligation contractuelle environnementale ».

et européennes qui élaborent désormais des référentiels verts (A). Ce type de système comptable vise à fondamentalement repenser les finances publiques, et particulièrement à réorienter les décisions de dépenses dans une direction plus écologique. D'ailleurs, des exemples concrets de verdissement des finances publiques françaises laissent penser que la dynamique est enclenchée, que la valorisation des éléments naturels pourrait bel et bien constituer un développement futur possible de la comptabilité utilisée par les personnes publiques (B).

A. LES LACUNES DE LA COMPTABILITÉ NATIONALE TRADITIONNELLE ET LES PRÉMISSSES DE RÉFÉRENTIELS VERTS À DISPOSITION DES PERSONNES PUBLIQUES

Donner une valeur monétaire à des éléments qui ne font pas l'objet de commerce peut sembler quelque peu artificiel. Pourtant, une convention (au sens de « standard accepté par une communauté »⁵⁹), si abstraite, détachée de la réalité soit-elle, permet de s'accorder sur ce qui deviendra des points de repère. Certes, l'information produite est imparfaite parce qu'elle ne s'adosse pas à des transactions observables⁶⁰ et repose sur des choix politiques – comportant inévitablement une part d'arbitraire⁶¹ – mais, connue et reconnue de tous, elle peut impulser des actions tangibles⁶². Ainsi, la comptabilité nationale est l'un des outils servant de fondement à la prise de décisions concrètes par les personnes publiques⁶³ parce qu'elle permet d'évaluer la situation patrimoniale et financière des personnes publiques mais aussi de calculer le PIB national, c'est-à-dire la création de richesse annuelle sur le territoire. Pour l'heure, ce référentiel ne tient aucun compte des données naturelles. Pourtant, les intégrer aux comptes nationaux permettrait de mesurer le capital naturel d'un Etat mais aussi ses fluctuations. Ceci accroîtrait la légitimité des politiques publiques favorables à l'environnement et,

59. <http://www.cnrtl.fr/definition/convention>

60. Attribuer une valeur ne modifie pas la nature du sous-jacent ; la comptabilisation n'est pas synonyme de marchandisation, Martin G.-J., « Les "biens-environnements" », *op. cit.*, p. 149 et Centre d'analyse stratégique, Chevassus-Au-Louis *et al.*, *op. cit.*, p. 7.

61. « Que valent la Tour Eiffel, le Château de Versailles et le pont du Gard ? Que valent les Alpes ou la Côte d'Azur ? Et notre système éducatif ? (...) La richesse d'un pays est une opinion », Henochsberg M., « Oui, nous sommes solvables ! », *Revue Banque*, juin 2012, supplément, pp. 21 s.

62. Centre d'analyse stratégique, Chevassus-Au-Louis *et al.*, *op. cit.*, p. 7.

63. Greffe X., *Gestion publique*, Dalloz, 1999, p. 376.

a minima, des décisions tendant à lutter contre sa dégradation. Ainsi, quoi qu'il en soit des critiques (1), des propositions de comptabilité verte ont été élaborées (2).

1) Les oppositions à la comptabilité verte

Cette méthode de protection de la nature suscite de vives oppositions qui proviennent aussi bien des militants écologistes que des défenseurs du libéralisme économique. Les réserves soulevées par les uns et par les autres nous semblent peu fondées. Toutes les résistances, quelles que soient leurs inspirations philosophiques, mobilisent d'abord l'argument de la complexité de l'élaboration d'un référentiel comptable environnemental pour s'y opposer⁶⁴. Trois sous-arguments ont été principalement soulevés : tous les éléments naturels n'ont pas été répertoriés ; leur estimation ne saurait être exacte ; il paraît difficile d'anticiper les dynamiques de ces éléments alors que celles-ci pourraient justement aider à donner des estimations⁶⁵. Cependant, ces difficultés ne devraient pas être paralysantes : malgré le risque d'une estimation imparfaite, l'intégration des données naturelles élargirait l'image que l'on peut avoir de la richesse « véritable » par habitant. A l'argument de la complexité technique, s'ajoutent les réserves propres à chaque courant qui s'oppose à la comptabilité environnementale.

De manière schématique, les écologistes considèrent que l'estimation constitue la première étape vers une marchandisation de la nature qui, *in fine*, aboutirait au résultat contraire à celui espéré, à savoir une exploitation des ressources. Or, la comptabilisation n'induit pas nécessairement la possibilité de faire commerce de l'élément évalué. De plus, l'environnement fait déjà l'objet d'estimations ; elles ne sont simplement pas systématiques. En effet, en France, le droit admet la valorisation compensatoire dans le cadre de la séquence « éviter, réduire, compenser » et la valorisation indemnitaire lors d'un contentieux⁶⁶ ; ne manque plus que la valorisation l'on pourrait

64. « L'agrégation d'éléments hétérogènes semble possible jusqu'à un certain point en ce qui concerne le capital physique et humain ou certaines des ressources naturelles », Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social, Stiglitz J., Sen A., Fitoussi J.-P. et al., 2009, p. 68.

65. Hein L. et al., "An Introduction to Ecosystem Accounting", in *Routledge Handbook of Ecosystem Services*, Potschin M. et al. (dir.), Routledge, 2016, p. 218.

66. Cf. *infra* Alidor B. « Compensation et services écosystémiques », Jean S. « L'incidence des services écosystémiques en droit de la responsabilité civile ».

qualifier de « tutélaire » qui tendrait à aider les décideurs politiques dans le choix de leurs actions⁶⁷. Pour ce dernier type de valorisation, l'instauration d'une comptabilité verte semble inévitable.

De manière toute aussi succincte, les tenants du libéralisme économique jugent l'intervention des personnes publiques néfaste pour l'équilibre du marché, il convient donc de la limiter. Ils s'opposent ainsi aux arguments renforçant la légitimité d'action des administrations. Il peut leur être répondu que l'élaboration d'un référentiel environnemental serait bénéfique aussi au secteur privé. En effet, les ménages, mais surtout les entreprises⁶⁸, sont de plus en plus sollicités pour concourir à la protection de l'environnement⁶⁹. Ils auraient également besoin de points de repère conventionnels pour s'approprier des possibilités existantes telles que la création d'Obligations Réelles Environnementales (ORE)⁷⁰ ou la conclusion de PSE. De ce point de vue, il aurait même été souhaitable que l'élaboration d'un système comptable vert soit mis en place avant que les autres mesures n'aient été prises. La faiblesse des argumentaires des opposants à la comptabilité verte explique probablement pour partie que des référentiels environnementaux aient tout de même été élaborés.

67. Martin G.-J., « Les “biens-environnements” », *op. cit.*, p. 140.

68. Dès le sommet de la Terre de Rio, l'application de la comptabilité verte aux sociétés était préconisée, Trébulle F.-G., *op. cit.*, §40. L'intégration de la comptabilité verte aux comptes des personnes privées serait d'autant plus facile que cette dynamique a déjà débuté. D'une part, les entreprises cotées sont dans l'obligation de fournir des informations environnementales depuis la loi Grenelle 2 ; donc elles doivent identifier leurs éléments naturels. D'autre part, certaines appliquent volontairement les référentiels verts internationaux, essentiellement le SEEA de l'ONU, Teller M., « Développement durable et comptabilité », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, Mai 2010, dossier 15.

69. Commission des comptes et de l'économie de l'environnement, *Les comptes de l'environnement en 2013*, déc. 2015, p. 15, p. 16 et p. 18.

70. Par exemple, la CDC biodiversité a investi pour obtenir des unités de compensation mais pour l'heure, elle ne trouve pas suffisamment d'acteurs économiques demandeurs pour les acquérir. Dans le fameux exemple de la restauration de la biodiversité à Cossure, la Caisse a choisi la stratégie de la compensation par l'offre mais elle n'a réussi à vendre que la moitié des unités de compensation produites sur le site, Calvet C., Levrel H., Napoleone C. et Dutoit T., « La réserve d'actifs naturels : une nouvelle forme d'organisation pour la préservation de la biodiversité en France ? », in *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement, Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Levrel H et al. (dir.), Quae, 2015, p. 151. Si les causes de ce résultat sont sans doute multiples, l'une d'entre-elles réside dans le fait que le marché est actuellement illisible.

2) Les propositions de référentiels verts

Les modalités diffèrent d'une initiative à l'autre mais globalement, la démarche est toujours la même : il s'agit de faire un inventaire des données physiques puis de les transformer en données monétaires. « Le capital naturel peut être considéré comme une partie du stock du capital utilisé pour la production, au même titre que les biens d'équipement, les technologies disponibles et les connaissances humaines. La variation de ce stock représente les changements intervenants entre deux "états de la nature". Elle est obtenue en agrégeant les flux entrants (amélioration des capacités de régénération des systèmes naturels, investissement dans la protection de l'environnement) et les flux sortants (surexploitation des ressources, altération des capacités de régulation des systèmes naturels). Si on est économiste, on appelle les flux entrants "investissements" et les flux sortants "amortissements" ! »⁷¹. Concrètement, les projets les plus aboutis ont été menés d'abord au niveau international, puis européen.

Dès 1987, l'ONU a commandé le rapport Brundtland, inspiré par l'article de Nordhaus et Tobin⁷². Ledit rapport relève que les référentiels de l'époque sont incomplets parce qu'ils n'intègrent pas les ressources de l'eau, de la mer et de la « terre »⁷³. Puis, cinq années plus tard, à la conférence internationale de Rio, a été défendue « l'idée selon laquelle il est nécessaire de développer une comptabilité environnementale et repenser les systèmes de comptabilité nationale [pour], à terme, permettre de comptabiliser "toutes les contributions économiques et sociales qui ne sont pas comptabilisées dans les comptes nationaux conventionnels" »⁷⁴. En plus d'inciter les Etats à aller dans cette direction⁷⁵, l'ONU a

71. De Perthuis C. et Jouvet P.-A., *op. cit.*, p. 68.

72. Dès les années 1970, ces auteurs proposaient de calculer le *Measure of Economic Welfare* (MEW) pour ajuster le PIB en y ajoutant les loisirs, les tâches ménagères non rémunérées, mais aussi les externalités négatives telles que la pollution, Nordhaus W. D. and Tobin J., « The Measurement of Economic and Social Performance », in *Is Growth Obsolete?*, NBER, 1973, pp. 509-564.

73. UN report, Brundtland *et al.*, *Our Common Future*, 1987, p. 47. Ce travail précise que, pour chacun de ces milieux, les comptabilités nationales devraient inclure – entre autres – les actifs que représentent la variété des espèces et des gènes, c'est-à-dire, la biodiversité, *ibid.*, pp. 125- 135.

74. Trébulle F.-G., « Droit du développement durable », *J.-Cl. Env. et DD*, fasc. 2400, §40.

75. Voir la sous-section d) du chapitre 8 de l'agenda 21 ; <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>

commencé à élaborer son propre référentiel comptable vert, le *System of Environmental-Economic Accounts* (SEEA), pour leur servir de base de travail. Entre sa première version – en 1993 – et la dernière parue une décennie après, le SEEA a progressivement été affiné. Sa dernière mouture se concentre justement sur l'estimation des écosystèmes⁷⁶, ceux-ci comprenant les sols⁷⁷ et leurs services. Ce travail a servi de base de réflexion au niveau européen.

En 2011, l'Union a lancé la « Stratégie Europe 2020 » qui comprend une liste d'actions à mener dont l'instauration d'un référentiel vert⁷⁸, intégrant là encore la valeur des sols et des services qu'ils rendent⁷⁹. Eurostat est donc actuellement en voie de consolidation d'un système de comptabilité environnementale appelé *Knowledge Innovation Project - Integrated system for Natural Capital and ecosystem services Accounting* (KIP-INCA). Il est encore aujourd'hui à l'état de projet et ne devrait aboutir qu'à l'issue de la Stratégie, soit en 2020. Pour accélérer le processus, Eurostat s'est basé sur des travaux déjà réalisés par d'autres entités et a ainsi pu bénéficier de synergies. Pour la première phase, celle de l'inventaire physique, l'institut statistique a collaboré avec des agences européennes qui avaient effectué le travail de cartographie des éléments naturels sur le territoire continental⁸⁰. Pour la phase d'estimation des éléments recensés, Eurostat s'est inspiré du SEEA de l'ONU⁸¹. Comme le

76. UN, *System of Environmental-Economic Accounting 2012, Experimental Ecosystem Accounting*, CO-edited with the European Commission, the Organisation for Economic Co-operation and Development and the World Bank, 2013.

77. Pour chaque unité écosystémique sont valorisés la faune, la flore, le sol, l'eau et le carbone en fonction de leurs caractéristiques (variété, quantité, etc), UN, *System of Environmental-Economic Accounting 2012, op. cit.*, p. 50.

78. EU reference document on Natural Capital Accounting, *op. cit.*, p. 7.

79. European commission, *Knowledge innovation project (KIP) on Accounting for natural capital and ecosystem services, Scoping paper*, June 2015, p. 3.

80. Il a notamment – mais pas seulement – collaboré avec l'Agence Européenne de l'Environnement (AEE), le Enhancing ecoSystem sERVICES mApping for poLicy and Decision mAKing (ESMERALDA) et le *Mapping and Assessment of Ecosystems and their Services* (MAES) chargés de répertorier, de géolocaliser et d'évaluer les écosystèmes sur le territoire de l'UE, l'*Operational Potential of Ecosystem Research Applications* (OPERAs) qui a pour mission de proposer des stratégies concrètes d'application des connaissances universitaires sur la biodiversité et les écosystèmes, ainsi que le *Land Use and land Cover Survey* (LUCAS), un autre programme d'Eurostat spécialisé dans l'étude des sols, European commission, *Knowledge innovation project (KIP) on Accounting for natural capital and ecosystem services, Scoping paper, op.cit.*, p. 1.

81. *Ibid.*, p. 2. D'ailleurs, KIP-INCA est aussi censée inspirer des initiatives nationales. Ainsi, la France a préparé une « Stratégie Nationale pour la Biodiversité » (SNB) courant sur la même période que la stratégie européenne. Elle reprend les objectifs et actions

référentiel international, KIP-INCA a une conception large du capital naturel qui devrait inclure : les écosystèmes comme les forêts, les rivières ou encore les parcs urbains, les services écologiques qu'ils fournissent, qu'il s'agisse des services d'approvisionnement, de régulation et de maintenance ou les services culturels, les actifs abiotiques épuisables et non épuisables⁸². Soulignons cependant que la proposition qui a été synthétisée dans le tableau ci-dessous, ne constitue qu'un document de travail très sommaire d'Eurostat. Elle reste perfectible, et gagnerait par exemple à inclure davantage les scientifiques spécialisés dans le champ de la biologie pour affiner les catégories d'écosystèmes, de services, d'actifs et de flux et ainsi se rapprocher de la réalité observable⁸³.

européens pour les mettre en œuvre au niveau national et local. Le document ministériel qui en dessine les grands axes, prévoit ainsi que « les valeurs de la diversité biologique » soient incorporées aux comptes nationaux au terme de cette période afin que la préservation de la biodiversité devienne « un enjeu économique positif pour les décideurs ». Or, la Stratégie inclut les sols, Premier ministre, *Stratégie nationale pour la biodiversité 2011-2020*, août 2012, spéc. pp. 7, 14 et 51. Cette intégration paraît d'autant plus pertinente que depuis la loi RBNP, l'article L. 110-I du Code de l'environnement reconnaît que « les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation [et que] ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage ». L'article L. 110-I al. 2 ajoute que « les processus biologiques, les sols et la géodiversité concourent à la constitution de ce patrimoine ». Malgré ces avancées, le travail au niveau national reste encore peu développé. Dans leur dernier rapport sur l'application du droit environnemental européen, les sénateurs ne font que retranscrire l'annexe d'une Communication de la Commission enjoignant la France à « poursuivre l'action en faveur de la cartographie et de l'évaluation des écosystèmes et des services écosystémiques ainsi que l'évaluation et le développement des systèmes de comptabilité du capital naturel », (Sénat, Commission des finances, rapport n° 605, Husson J.-F., *L'application du droit européen de l'environnement*, juil. 2017, p. 79) sans apporter d'éléments nouveaux quant à réalisation d'un référentiel français.

82. Eurostat, *Compilation of comments on draft Natural Capital reference document*, Feb. 2015, p. 11.

83. A titre d'illustrations voici quelques remarques qui ont été formulées par les agronomes participant au présent projet et montrant les limites du référentiel en l'état actuel : évidemment, les ressources marines sont surexploitées mais les océans sont compris comme des écosystèmes épuisables alors que l'eau, sa principale composante, devrait voir sa masse augmenter ; pareillement, l'ozone est considéré comme épuisable alors qu'il se régénère à haute altitude et le « trou » observé dans les années 1980 se résorbe ; au contraire, l'atmosphère devrait apparaître de le tableau comptable.

CAPITAL NATUREL

CAPITAL ECOSYSTEMES			ACTIFS ABIOTIQUES	FLUX ABIOTIQUES
ACTIFS ECOSYSTEMES	→	FLUX DE SERVICES DES ECOSYSTEMES	Radiation solaire	Energie renouvelable (ex : solaire, éolienne, hydraulique)
<u>Etendue, structure et condition des :</u>	G	> <u>Services d’approvisionnement</u> (ex : nourriture et énergie)	Non épuisable	Non épuisable
Forêts, rivières, lacs, océans, zones humides, prairies, terres cultivées, parcs urbains	E N E R A N T	> <u>Services de régulation et d’entretien</u> (ex : climat et pollinisation) > <u>Services culturels</u> (ex : utilisation récréative ou spirituelle de la nature)	Ex : minéraux, combustibles fossiles, couche d’ozone	Ex : engrais phosphatés, protection contre les radiations
<i>Epuisable</i>	→	<i>Epuisable</i>	<i>Epuisable</i>	<i>Epuisable</i>

Source : *EU reference document on Natural Capital Accounting, Prepared as part of the EU MAES process, January 2015, figure 2.1, p. 11. – traduction de l’auteure*

En dépit de ces défauts de conception à son actuel stade de développement, la construction d’une telle convention comptable semble tout à fait indiquée pour sauvegarder les sols parce qu’elle a une vision large de la « nature » incluant entre autres leur valeur, dans tous les types d’écosystèmes, leur biodiversité (sans distinction entre celle dite « ordinaire » et celle dite « remarquable »⁸⁴), et l’ensemble de leurs productions et fonctions, qu’elles nécessitent une action humaine ou non. De plus, puisqu’il ne s’agit finalement que d’une réflexion, l’élaboration d’un référentiel ne requiert pas

84. La différence peut être faite pour faciliter le travail de comptabilisation en procédant par sous-ensemble (Centre d’analyse stratégique, Chevassus-Au-Louis B. et *al.*, *op. cit.*, p. 7) mais le référentiel prendrait les deux en compte.

au préalable l'adoption de norme juridique : les échecs successifs de création de règles contraignantes pour protéger ce milieu⁸⁵ ne constitue pas un frein à la comptabilisation ; mieux encore, cette démarche pourrait conduire le législateur – européen et français – à mesurer les enjeux de la protection des sols, le coût de leur « non protection » et à voter, à l'avenir, des dispositions visant à les préserver.

Le travail nécessaire à l'élaboration d'un nouveau référentiel est colossal en raison, à la fois de la complexité du fonctionnement de l'environnement, et de la quasi-absence de marché permettant d'indiquer la valeur de la nature. Cependant, face à ces difficultés, le potentiel qu'offrirait un tel système comptable pour protéger l'environnement et particulièrement les sols et leurs services, mérite de fournir cet effort intellectuel.

B. LES INTÉRÊTS BUDGÉTAIRES DE LA COMPTABILITÉ ENVIRONNEMENTALE ET LE VERDISSEMENT PROGRESSIF DE LA DÉPENSE PUBLIQUE

L'adoption d'un référentiel comptable vert paraît particulièrement adaptée pour encourager la protection de l'environnement en général, des sols en particulier. Elle serait utile aux personnes publiques qui pourraient mieux évaluer leurs richesses naturelles et ainsi engager des fonds publics pour les préserver. Pour instaurer une comptabilité environnementale qui influence concrètement la décision publique, il faudrait suivre ces étapes : commencer par réfléchir à un référentiel en dehors d'une obligation normative – tel que l'Union le fait actuellement avec le projet KIP-INCA – puis, l'intégrer à la comptabilité nationale. En effet, cette dernière a acquis une valeur obligatoire dans la mesure où les Etats se sont engagés à tenir une telle comptabilité puis à transmettre ces données aux institutions européennes dans le cadre de la discipline budgétaire. Ainsi, chaque année, la France doit calculer son PIB, la dette et le déficit publics⁸⁶ puis la Commission contrôle le respect des règles encadrant les finances publiques nationales. De nombreuses contraintes ont été définies mais les deux plus connues sont les limites posées à l'endettement qui ne devrait pas

85. Cf. *supra* Hermon C. « La protection du sol en droit ».

86. Annexe B du règlement (UE) n° 549/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux dans l'Union européenne.

dépasser 60 % du PIB, et au déficit qui ne devrait pas excéder 3 % du même montant⁸⁷. Ainsi, mécaniquement, si les richesses naturelles étaient incluses au PIB, celui-ci augmenterait et les *ratios* de discipline budgétaire s'en trouveraient réduits. Pour l'exercice 2016, la France avait un taux d'endettement de 96 % et un déficit de 3,4 %⁸⁸. Intégrer les éléments naturels – dont les sols et leurs services – sachant que la France a un patrimoine naturel très riche en raison de son positionnement continental⁸⁹ et de ses terres outre-mer⁹⁰, permettrait très certainement à l'Etat de respecter ses obligations européennes et lui laisserait même une marge de manœuvre financière plus importante⁹¹. Là encore, le caractère conventionnel, et par là même quelque peu artificiel, inhérent à tout système comptable apparaît clairement. Adopter un référentiel constitue indéniablement un choix politique. Mais cette remarque vaut tout autant pour la comptabilité actuelle que pour la comptabilité verte.

En plus de soulager les personnes publiques des contraintes relatives à leurs dépenses, leurs dettes et leurs déficits, la comptabilité environnementale pourrait permettre un verdissement du volet fiscal de leurs finances publiques. D'une part, en identifiant les variations affectant les éléments naturels, une comptabilité verte faciliterait aussi le travail de suppression des subventions – autorisées mais – néfastes pour l'environnement qui est présentement mené. En effet, l'UE encourage ses membres à éradiquer les aides publiques nuisibles ; à ce titre, la France a commandé un rapport sur la question paru en 2010. Ses recommandations principales visent à mieux répertorier les aides dommageables, ce qui nécessite de « progresser dans la méthode de comptabilisation »⁹². D'autre part, toujours grâce aux constats dressés par une comptabilité environnementale, les personnes publiques pourraient réorienter leurs prélèvements

87. Traité de Maastricht, article 1^{er} du protocole n° 12 sur la Procédure de Déficit Excessif (PDE).

88. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2669747>

89. Centre d'analyse stratégique, Chevassus-Au-Louis B. et al., *op. cit.*, p. 44.

90. Office National de la Biodiversité (ONB), *Bilan 2016 de l'état de la biodiversité en France : une nature française sous tension*, mai 2016, p. 1.

91. Ajoutons que l'élaboration d'un référentiel est relativement peu coûteuse dans la mesure où elle induit essentiellement des frais de personnel pour effectuer les recherches théoriques puis la mise en œuvre, Chevassus-Au-Louis B. et al., *op. cit.*, p. 265.

92. Centre d'analyse stratégique, *Les aides publiques dommageables à la biodiversité*, Sainteny G. (dir.), La Documentation française, 2010, pp. 35 s.

obligatoires dans un sens plus écologique. Cette redirection ne semble pas superflue au regard du double effet pervers de la fiscalité actuelle sur la préservation des sols. D'une part, « la fiscalité locale incite à l'artificialisation du territoire. En effet, la quasi-totalité des recettes fiscales des collectivités territoriales sont assises sur la construction, l'existence ou la transaction d'éléments bâtis ou d'infrastructures »⁹³. D'autre part, l'imposition du patrimoine incite à la mobilité en ce qu'elle pénalise les valeurs refuges – c'est-à-dire les investissements longs et peu risqués – et les biens improductifs (ceux qui ne sont pas utilisés dans le cadre d'une activité économique). Au contraire, les acteurs sont encouragés à choisir une plus forte rentabilité à court terme. Or, les espaces naturels – sols compris – sont d'autant plus protégés qu'ils sont exploités moins intensément et qu'ils restent immobiles.

Ainsi, malgré les oppositions politiques qui continuent de freiner le développement et l'utilisation d'un référentiel comptable environnemental, la France s'achemine vers l'intégration des éléments naturels dans la prise de décision en matière de finances publiques. Plusieurs illustrations pourraient être présentées mais deux d'entre-elles apparues très récemment – l'une concernant l'Etat et l'autre concernant les collectivités territoriales – sont particulièrement éclairantes en termes d'encouragement de la dépense publique à des fins de protection de l'environnement. Elles s'appliquent entre autres à la préservation des sols et de leurs services.

Alors même que le PIB ne comprend pas encore les richesses naturelles, l'Etat emprunte – augmente sa dette – spécifiquement pour engager des dépenses vertes. En effet, il vient de créer un titre obligataire, l'Obligation Assimilable du Trésor (OAT) verte⁹⁴, qui indique à ses acquéreurs sur les marchés de capitaux, que les fonds mis à sa disposition couvriront obligatoirement des frais pour protéger l'environnement. Ces capitaux seront utilisés pour lutte contre le changement climatique et contre la pollution mais aussi pour la protection de la biodiversité⁹⁵. Dans le communiqué de presse de l'Agence France Trésor (AFT) annonçant cette nouveauté, l'OAT verte a été présentée comment un produit financier rendant

93. Sainteny G., *Plaidoyer pour l'écofiscalité*, Buchet Chastel, 2012, p. 100.

94. Suite à la COP 21, la ministre de l'Environnement et le ministre de l'Économie et des Finances s'étaient engagés à créer des « *Green Bonds* ».

95. République française, *Document-cadre de l'OAT verte*, 10 janvier 2017.

la place boursière de Paris plus attractive pour les investisseurs. D'ailleurs, l'émission inaugurale du 23 janvier 2017 a rencontré un grand succès auprès des investisseurs puisqu'ils ont consenti à prêter à la France 7 milliards d'euros⁹⁶ à 1,75 % pour une durée de vingt-deux ans⁹⁷.

Concernant l'échelon local, l'article 4 de la loi « montagne » de décembre 2016⁹⁸, ajouté sur amendement sénatorial, énonce que la péréquation tiendra désormais compte à la fois des ressources naturelles, dont les « services, notamment écologiques et environnementaux », et des frais financiers qu'engendrent ces espaces pour les collectivités territoriales⁹⁹. Il organise à la fois une péréquation verticale et horizontale en faveur des personnes publiques dont les charges liées à la préservation des territoires de montagne grèvent le plus lourdement le budget¹⁰⁰ et dont les territoires procurent des services à tous. Bien que le mécanisme prenne aussi en compte la valeur des services rendus par la nature, sa présentation dans les rapports parlementaires insiste davantage sur l'aspect charge financière parce que les territoires montagneux sont en moyenne des espaces à plus faible densité démographique qui, par là même, disposent de ressources fiscales réduites¹⁰¹. Dans le même temps,

96. Le montant total des dépenses vertes éligibles identifiées pour les émissions de l'AFT au cours de l'année 2017 est supérieur à 10 milliards d'euros ; chaque euro levé trouvera donc un emploi.

97. http://www.aft.gouv.fr/articles/lancement-de-l-oat-verte-1-75-25-juin-2039_12865.html

98. Loi n° 2016-1888 du 28 décembre 2016 de modernisation, de développement et de protection des territoires de montagne.

99. Précisément, « la dotation globale de fonctionnement et le fonds national de péréquation des ressources intercommunales et communales intègrent les surcoûts spécifiques induits par des conditions climatiques et géophysiques particulières en montagne et les services, notamment écologiques et environnementaux, que la montagne produit au profit de la collectivité nationale ».

100. En vertu de l'article 72-2 al 4 de la Constitution, « la loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales ». La péréquation verticale correspond à une dotation globale de fonctionnement de l'Etat supplémentaire attribuée aux collectivités locales les plus faibles et la péréquation horizontale au transfert d'une fraction des ressources fiscales des collectivités les plus favorisées vers ces collectivités.

101. L'Association Nationale des Elus de la Montagne (ANEM) et la Banque postale ont réalisé en 2016, pour la première fois, une étude spécifique sur cette question. Il en ressort que « les charges financières par habitant sont supérieures de 29 % par rapport à la moyenne nationale pour les communes de moins de 1000 habitants. Ces dernières représentent 79 % des communes de montagne. Ce *ratio* confirme l'existence de surcoûts spécifiques à la montagne – liés à l'altitude, au climat et à la pente », ANEM, « Les finances des communes de montagne à la loupe », *Pour la montagne*, n° 277, Décembre 2016, p. 2.

la préservation de la nature – notamment le bon fonctionnement des écosystèmes et la sauvegarde des sols – profitent à l'ensemble de la communauté nationale¹⁰². Le principe est adopté mais les modalités pratiques de mise en œuvre n'ont pas encore été rendues publiques¹⁰³. Il faudra donc attendre l'avenir pour savoir concrètement comment la péréquation fonctionnera.

Ces deux exemples d'intégration lente mais croissante de la question environnementale dans les finances publiques françaises nous semblent résulter de ce que les oppositions à la comptabilité verte sont fragiles mais surtout des atouts que présentent cette méthode de protection de la nature. L'édiction d'un référentiel vert est particulièrement séduisante dans le cadre de la sauvegarde des sols. Contrairement à la protection immédiate des services des sols reposant sur les PSE, cette solution n'est pas limitée par le consentement des acteurs privés, permet une valorisation plus large que celle des seuls services écologiques et étend le champ de la préservation des sols au-delà de l'activité agricole. La voie paraît donc pertinente.

Ce problème avait déjà été relevé par la Cour des comptes qui, avant l'adoption de ce texte, intégrait le critère « zone de montagne » à ses analyses en matière de finances locales, Cour des comptes, *Concours financiers de l'Etat et disparités de dépenses des communes et de leurs regroupements*, octobre 2016, par exemple p. 62. La Cour n'a pas rédigé de rapport depuis le vote de la loi.

102. Actu environnement, rapport rédigé par Mmes Genevard A. et Laclais B., *Un acte II de la loi montagne pour un pacte renouvelé de la Nation avec les territoires de montagne*, juillet 2015, p. 73. Ces deux députées ont également été rapportrices sur le projet de la loi.

103. L'échéancier des décrets d'application ne prévoit pas de texte spécifique pour la mise en œuvre de l'article 4.

**Service écosystémique
et droit des contrats**

Services écosystémiques et contrat

Quelle obligation contractuelle environnementale ?

Matthieu POUMARÈDE
Professeur, Université Toulouse Capitole
IEJUC, F-31000 Toulouse

Appréhender la manière dont le contrat, de droit privé¹, peut saisir les services écosystémiques suppose, au premier chef, de déterminer s'ils peuvent être l'objet d'une obligation, c'est-à-dire s'ils peuvent être qualifiés de « prestation » au sens de l'article 1163 du Code civil. Autrement dit, existe-t-il un contrat de prestation de service écosystémique, contrat par lequel un débiteur (le propriétaire d'un fonds, son exploitant) s'engagerait à exécuter un service écosystémique au profit d'un créancier ? Répondre à cette interrogation, suppose que le service écosystémique soit préalablement qualifié.

Essayant nombre de qualifications juridiques, Guillaume Beaussonie² a posé l'hypothèse suivante : un service écosystémique serait une utilité d'un bien propre. Une telle qualification permettrait de concilier protection de l'environnement en tant que tel et pour l'intérêt qu'il présente pour l'homme. Elle mériterait donc d'être confrontée à l'ensemble des services écosystémiques dont on sait l'immense diversité, même classifiée. Particulièrement, si elle peut seoir aux services de régulation et de maintenance, son adéquation aux services d'approvisionnement devrait être éprouvée³, alors que

1. Sur la contractualisation avec une personne publique, v. Labous K. et Gruger H., « Produire de la biodiversité : un avenir pour les agriculteurs », *Dr. Env.*, 2017, 291.

2. Beaussonie G., « La qualification juridique des services écosystémiques », *supra*.

3. Sur cette question, v. notamment Langlais A., « L'appréhension juridique de la qualité des sols agricoles par le prisme des services écosystémiques », *Dr. rural* 2015, Etude 20.

la qualification de fruits (C. civ., art. 583 et s.⁴), voire de produits, paraît mieux leur convenir⁵.

Quoi qu'il en soit, ainsi compris, telles des utilités, les services écosystémiques pourraient-ils être l'objet d'une obligation contractuelle ? L'article 1163 du Code civil disposant que « l'obligation a pour objet une prestation présente ou future », ne semble pas, au premier abord s'y opposer, la prestation pouvant s'entendre, notamment, d'un service⁶ écosystémique. Néanmoins, en quête d'une qualification, Guillaume Beaussonie après avoir montré que le service est une utilité d'un bien propre précise, aussitôt, qu'il s'agirait d'une utilité commune⁷. Aussi, comme telle, elle bénéficierait à tous et non au seul propriétaire du bien, pas davantage, sans doute qu'à un seul et unique créancier ou à un groupe de créanciers identifiés⁸. En conséquence, le service écosystémique paraît rétif à être l'objet d'une obligation contractuelle unissant le seul propriétaire du bien à un tiers, qu'il soit personne privée ou publique⁹.

Plus avant, la définition du service écosystémique rejoint (naturellement) cette qualification juridique mise en avant par Guillaume Beaussonie, notamment, par opposition à la notion de service environnemental. Le premier, le service écosystémique, est un « avantage socioéconomique retiré par l'homme de son utilisation durable des fonctions écologiques des écosystèmes »¹⁰ ou si l'on préfère, un « service rendu par l'écosystème »¹¹.

4. V. intervention de Vanuxem S., « La nature des services écosystémiques en droit privé », IDEX T2SEC, IEJUC, Toulouse, 26 mai 2016.

5. Et, partant, la contractualisation des services d'approvisionnement ne semble ainsi guère poser des difficultés particulières, du moins mal connues.

6. Chantepie G. et Latina M., *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, art. 1163.

7. Beaussonie G., préc.

8. Comp. sur la question de la propriété des services et pour une position assez proche (sous un autre angle), Maris V., *Nature à vendre, Les limites des services écosystémiques*, Quae éd., 2014, p. 60 ; de manière plus générale, voir Deffairi M., *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, IRJS éd., 2015, p. 639 et ss. et les réf. citées.

9. Comp. Langlais A., « Les paiements pour services environnementaux comme nouveau contrat environnemental », in Boutonnet M. (dir.), *Le contrat et l'environnement, Etude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014, p. 185, sp. p. 191

10. V. Glossaire, *infra*.

11. Langlais, A., sp. p. 186

Autrement dit, aucune personne juridique ne semble pouvoir être débitrice d'un service écosystémique¹² ; du moins si l'on admet que les personnes juridiques ne produisent ni même ne coproduisent des services écosystémiques. Après tout, la culture favorisant par exemple la pollinisation, l'on pourrait s'accorder à considérer que la personne juridique en est le coproducteur. Mieux, cela paraît encore plus évident s'agissant des services d'approvisionnement : un fruit n'est-il un « coproduit » de l'écosystème et de la personne juridique ? Toutefois, y compris dans cette dernière hypothèse, les services d'approvisionnement, nous retiendrons que le service demeure écosystémique, en ce sens que si les personnes juridiques participent manifestement au fonctionnement de l'écosystème, si elles peuvent agir en sa faveur, elles ne le fournissent pas et ne peuvent donc en être, directement, débitrices ni codébitrices. Néanmoins, avant de poursuivre, il peut être souligné que s'il devait être retenu que les personnes juridiques coproduisent des services, certaines solutions ci-après développées devraient être en partie reconsidérées.

De même, et corrélativement, une personne juridique (identifiée) ne semble pas pouvoir être créancière, au sens juridique, d'un service écosystémique. Même si, à nouveau, les hésitations sont permises, le bénéfice des services écosystémiques aux personnes juridiques semble devoir être factuel. Que les personnes en retirent un « avantage » est certain, quand bien même cela met en relief une approche anthropocentrée de l'environnement. Mais cet avantage ne peut constituer une créance au profit d'une personne juridique identifiée. Par exemple, si tel service écosystémique (pollinisation des cultures, contrôle des ravageurs) bénéficiera potentiellement davantage au « voisin », de part cette qualité, il n'en est pas créancier, faute de débiteur. Simplement, il en tire avantage, ainsi que l'humanité.

12. V. également Langlais A., « Les paiements pour services environnementaux, une nouvelle forme d'équité environnementale pour les agriculteurs ? Réflexions juridiques », *Dr. rural* 2013, Etude 7 : « dans de nombreuses hypothèses, la réalité de l'objet du contrat semble aléatoire parce que la complexité de l'écosystème rend difficile l'identité parfois mais surtout l'identification du service rendu. Cette difficulté peut également provenir des caractères du service rendu attendu : ce service peut se traduire en une amélioration environnementale à plus ou moins long terme ou bien encore en termes d'atteinte évitée. Or, cette condition est un préalable indispensable pour s'assurer de la réalité de l'engagement ».

Produit de l'écosystème, le service écosystémique bénéficie à une collectivité, voire à l'humanité, loin d'un rapport contractuel obligeant un débiteur (le propriétaire) et un créancier (un bénéficiaire) auquel il ne peut donc être réduit ; ce faisant le spectre de la prétendue marchandisation de la nature s'éloigne, en même temps, revers de cette médaille, que la possibilité d'obliger une personne à rendre un service écosystémique. Il ne peut en effet être l'objet d'une obligation contractuelle. Peut-être est-ce ce que le législateur suggère même si les conventions de vocabulaire étant encore mal assurées¹³, il convient d'être prudent. En effet, les « services écosystémiques » sont les grands absents tant de la compensation, concernant les « atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées » (C. envir., art. L. 110-1), que de l'obligation réelle environnementale qui n'a que pour finalité « le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques » (C. envir., art. L. 132-3).

Si le service écosystémique ne peut être l'objet d'une obligation contractuelle, c'est-à-dire une prestation, faut-il en conclure que le contrat ne serait pas apte à le saisir autrement ? Une telle conclusion serait surprenante alors que le contrat s'est d'ores et déjà « imposé comme mode de protection de l'environnement aux côtés de moyens originellement plus classiques tels que le droit imposé »¹⁴. Et précisément, il est observable que les personnes juridiques, le propriétaire du bien au premier chef voire le preneur et plus généralement l'exploitant, peuvent être en position d'agir sur la quantité ou la qualité de ces services. En effet, il est certain que l'Homme peut rendre des services à la nature. En préservant ou améliorant l'environnement, il favorise alors l'écosystème¹⁵ et

13. V. par ex. les observations de Hermon C. au sujet de la référence aux « biens publics environnementaux », aux « services environnementaux » ou « services écosystémiques » fournis par l'agriculture, « Les travaux préalables de la Commission européenne et les textes portant réforme de la PAC », in « Agriculture et environnement. Un nouveau projet pour la PAC ? », *Revue de l'Union Européenne* 2014, p. 52.

14. Langlais A., préc., p. 199. Comp. dans un domaine voisin Giraudel C., « Un phénomène nouveau, le développement des conventions et des partenariats privés », in *la protection conventionnelle des espaces naturels*, PULIM, 2000, p. 13. Adde Monteillet V., *La contractualisation du droit de l'environnement*, Dalloz, coll. Bibliothèque des thèses, 2017.

15. V. Glossaire : « complexe dynamique formé de communautés de plantes, d'animaux et de micro-organismes et de leur environnement non vivant qui, par leur interaction, forment une unité fonctionnelle ».

sa capacité à fournir des services¹⁶. Tel est le propos des services environnementaux, « services que des acteurs (...) rendent à la société dans son ensemble (...) et qui visent à réduire la pression exercée sur les écosystèmes ou qui améliorent leur fonctionnement » : autrement dit il s'agit cette fois-ci des « services rendus par l'Homme à la nature »¹⁷. A titre préventif ou réparateur, les personnes juridiques peuvent ainsi rendre un service environnemental améliorant le fonctionnement d'un écosystème en favorisant les services et produits.

Ainsi, mieux que le service écosystémique, c'est le service environnemental qui semble apte à prendre les traits de l'objet d'un devoir, voire d'une obligation si un créancier peut être identifié. En effet, le service environnemental est avant tout un service rendu à la société dans son ensemble ; cela justifie au moins, une approche institutionnelle, vecteur d'un sens commun. Mais, dès lors qu'un débiteur peut être identifié, la contractualisation du service environnemental est possible : il s'agit de contractualiser des pratiques agricoles ou des systèmes de production agricole vertueux en termes d'environnement¹⁸ ; le service environnemental est alors du point de vue juridique une « prestation »¹⁹, c'est-à-dire l'objet d'une obligation contractuelle (art. 1163 C. civil) qui contribue à préserver ou améliorer un écosystème, et donc, les services écosystémiques. Une personne juridique, le plus souvent le propriétaire mais également le preneur (et plus généralement l'exploitant) ainsi que le montre Didier Krajieski²⁰, est alors débitrice de ce « service environnemental » (la prestation) au profit d'un

16. Langlais A., « Les paiements pour services environnementaux comme nouveau contrat environnemental », préc..

17. Langlais A., préc..

18. *Contra* Doussan I. et Martin G. J., « Les PSE à la lumière de la théorie générale des contrats », in Langlais A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux : quels questionnements juridiques ?*, Presses universitaires de Rennes, 2018, à paraître. Les auteurs distinguent les pratiques agricoles auxquels s'engagent les débiteurs des services environnementaux qui en seraient le produit : « L'agriculteur s'engage à respecter telle pratique culturale, à limiter tel ou tel intrant, à exclure certains modes d'action ou certains produits, comportements dont on attend et on espère qu'ils produiront des services environnementaux. L'observation est capitale : le service environnemental n'est pas, dans ces hypothèses, l'objet de la prestation de l'agriculteur. »

19. Sur la définition du contenu de cette prestation au regard des règles propres à la qualité d'agriculteur, v. Labous K. et Gruger H., préc..

20. Krajieski D., « Travail du sol, services écosystémiques, et bail rural », *infra*.

créancier, personne privée ou publique²¹ identifiée par le contrat ; ce service environnemental aura alors pour objectif, notamment, de préserver ou restaurer un écosystème et donc, *in fine*, un service écosystémique. Ce dernier, s'il ne peut être objet d'une obligation est le but du contrat (art. 1162 C. civil). Par « but » du contrat, il convient de comprendre que le service écosystémique est la cause subjective du contrat (anc. art. 1133 C. civ.), celle en vue de laquelle les parties ont contracté. Par exemple, l'objet de l'obligation principale d'une convention de pollinisation²² est la mise à disposition de ruches et des colonies d'abeilles (le service environnemental) et leur entretien : il s'agit alors d'intervenir sur un bien afin d'en permettre son usage agricole et/ou environnemental qui sera maintenu en l'état ou amélioré. En effet, le service de pollinisation, service écosystémique, est la cause subjective de cette prestation ; le « but » doit-on désormais dire (art. 1162 C. civ.). Elle n'en est pas l'objet et ne peut l'être dès lors qu'elle est une utilité commune du bien.

C'est donc en considérant que le service environnemental est la « prestation », c'est-à-dire l'objet de l'obligation, principale ou accessoire, tandis que le service écosystémique peut être le « but » du contrat qu'il est possible d'appréhender l'existence d'un contrat de prestation de service environnemental (I) dont le contenu devra être précisé afin qu'il favorise les services écosystémiques (II).

I. LA CONTRACTUALISATION DU SERVICE ENVIRONNEMENTAL

Pour s'assurer de la réalité du contrat de prestation de service environnemental (A), encore faut-il, préalablement, le distinguer des instruments, nombreux, qui sont mobilisés en faveur des services écosystémiques (B).

21. Hoepffner H., « La commande publique de compensation environnementale », *infra*.

22. Billet Ph., « La convention de pollinisation », in M. Boutonnet (dir.), préc., p. 269 : « le contrat concerne donc plus la mise à disposition de ruches que la pollinisation qui en résulte ».

A. DU PSE AU CONTRAT DE PRESTATION DE SERVICE ENVIRONNEMENTAL

Fruit d'une approche économique²³, la qualification célèbre mais générique de « Paiement pour Services Environnementaux » (PSE)²⁴, fait fi de la nature contractuelle (ou non) de l'opération de préservation ou de restauration d'un écosystème²⁵. Puisqu'il s'agit avant tout de « Payer les agriculteurs pour les services environnementaux »²⁶, sont ainsi indistinctement qualifiés de PSE des contrats dont l'obligation principale, ou accessoire, telle une clause environnementale de bail rural, a pour objet un « service environnemental », mais également diverses techniques paracontractuelles conditionnant un « avantage » (aides, indemnisation) à la mise en œuvre de pratiques favorables à l'environnement²⁷. Du point de vue du droit, la catégorie PSE est donc hétérogène : il s'agit alors simplement de qualifier divers processus permettant de préserver l'écosystème et plus avant de protéger l'environnement, quelle que soit la nature des techniques juridiques mobilisées : la loi et le règlement y occupent alors une place naturelle aux côtés du contrat.

Aussi, et quand bien même les frontières sont parfois ténues, le contrat demeure singulier. Membre de la famille PSE, il est particulier en ce que les parties au contrat de prestation de service environnemental n'ont, précisément, pas pour simple objectif de se soumettre à la réglementation en vigueur : il ne s'agit ici pas de se conformer à un texte légal ou réglementaire, quand bien même serait-il prévu une contrepartie. Les parties entendent en effet obliger le débiteur, le plus souvent en contrepartie d'une rémunération convenue entre avec le créancier, à exécuter une « obligation environnementale » qui prend les traits, au cas d'espèce, d'un service environnemental²⁸. Or, ce service environnemental, objet de l'obligation principale ou

23. Langlais A., « Les paiements pour services environnementaux, une nouvelle forme d'équité environnementale pour les agriculteurs ? Réflexions juridiques », préc..

24. V. Doussan I. et Martin G.-J., « Les PSE à la lumière de la théorie générale des contrats », préc., qualifiant les PSE de « concept mal maîtrisé ».

25. Comp. Doussan I. et Martin G.-J., préc.

26. Rapport FAO, *The state of food and agriculture. Paying farmers for environmental services*, 2007.

27. Sur les évolutions et convergences des mécanismes, v. Aznar O. et *alii*, « Mesures agro-environnementales et paiements pour services environnementaux », in Ph. Méral, D. Pesche (coord.), *Les services écosystémiques, Repenser les relations nature et société*, Quae éd.2016, p. 201.

28. V. Langlais A., « Les paiements pour services environnementaux comme nouveau contrat environnemental », préc., selon laquelle des PSE « peuvent se caractériser par une

accessoire ne saurait se confondre avec la seule application des lois et des règlements. Il ne peut s'agir, pour le débiteur de s'engager, vis-à-vis d'un créancier, à respecter les normes légales et réglementaires. L'on peut en effet raisonnablement penser que si tel était le cas, l'obligation serait dépourvue d'objet. L'article 1107 du Code civil le dit au sujet des contrats à titre onéreux : « le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure ». Le seul respect de la loi et des règlements ne semble pas pouvoir s'analyser en un avantage : il s'agit d'une « contrepartie (...) illusoire » au sens de l'article 1169 du Code civil. Pour que l'obligation ait un objet, l'engagement pris, nécessairement conforme à la loi et aux règlements, doit en être distinct, soit qu'il soit différent (parce que la loi et les règlements ne le prévoient pas) soit qu'il soit plus exigeant au regard de la protection de l'environnement. Dans tous les cas, l'obligation contractuelle environnementale ne saurait donc être celle prévue par les lois et règlements.

Plus avant, l'on peut s'interroger dans des termes voisins : une pratique conforme aux usages, aux bonnes pratiques agricoles peut-elle être contractualisée et, éventuellement, rémunérée ? Répondre à cette interrogation implique, au premier chef, que l'on puisse identifier ces bonnes pratiques agricoles, ailleurs dénommées règles de l'art, auxquelles la Politique Agricole Commune fait notamment référence. Au surplus, il convient de se demander si une telle obligation, de respecter les bonnes pratiques agricoles, a un objet au sens de l'article 1163 du Code civil ; le respect des bonnes pratiques agricoles constitue-t-il un « avantage » au sens de l'article 1107 alors même qu'il devrait s'imposer aux exploitants ? Ne s'agit-il pas simplement, là encore, d'une « contrepartie (...) illusoire » (art. 1169 C. civ.) ? La réponse à cette série d'interrogations est essentielle, en ce qu'elle permettra d'identifier la consistance du service environnemental, et donc de dire quand peut être conclu un contrat de prestation de service environnemental à titre onéreux. En effet, de deux choses l'une. Soit toutes les bonnes pratiques agricoles favorables à l'environnement peuvent être qualifiées d'« avantage », alors même que l'exploitant commettrait une faute à ne pas s'y conformer. Dans ce cas, elles peuvent être l'objet d'une

obligation de faire : celle de réaliser des pratiques ou des services environnementaux » ; Comp. Doussan I. et Martin G.-J., préc.

obligation et, ainsi, leur mise en œuvre, rémunérée : elles constituent une contrepartie réelle. Soit, à l'instar du respect de la loi et des règlements, l'obligation de se conformer aux bonnes pratiques agricoles (si elles peuvent être identifiées) n'a pas d'objet ou, vue du créancier, constitue une « contrepartie (...) illusoire ». Alors, un tel contrat serait nul (art. 1169 C. civ.)²⁹.

Le contrat n'a donc pas vocation à embrasser toute sorte de pratiques agricoles favorables à l'environnement. En ce qu'elles ne constituent pas des « avantages » au sens de l'article 1107 du Code civil, sont exclues de son champ les prescriptions légales et réglementaires, mais également, dans la mesure où elles peuvent être identifiées, ne devraient pas faire l'objet d'une obligation environnementale (à titre onéreux) les bonnes pratiques agricoles auxquelles les exploitants doivent se conformer : il s'agirait également là d'une « contrepartie (...) illusoire » susceptible d'entraîner la nullité du contrat de prestation de service environnemental. Autrement dit, ce dernier ne peut valablement contractualiser que des pratiques plus favorables à l'environnement que ne le sont le simple respect des lois et des règlements ou la référence aux bonnes pratiques agricoles.

B. LE SERVICE ENVIRONNEMENTAL CONTRACTUALISÉ : L'OBLIGATION ENVIRONNEMENTALE

La contractualisation du service environnemental passe par la création d'une obligation environnementale à la charge d'un débiteur. Le plus souvent, sans doute, cette obligation environnementale prendra la forme d'une obligation accessoire à un contrat, tel un bail rural (1). L'on parlera alors, couramment, de clause environnementale. Mais, et sans que sa nature ne change, l'obligation environnementale peut être principale (2), se nichant ainsi au sein d'un contrat de prestation de service environnemental, *stricto sensu*.

29. Comp. Labous K. et Gruger H., « Produire de la biodiversité : un avenir pour les agriculteurs », *Dr. Env.* 2017, 291 qui laissent entendre que le « contrat de prestation de services environnementaux » doit conduire les agriculteurs à fournir des « services environnementaux supplémentaires à ceux qu'ils rendent déjà par le seul fait d'exploiter leurs terres ».

1) L'Obligation environnementale accessoire : la clause environnementale

Cette obligation environnementale peut être assurément accessoire à un contrat en ce sens qu'elle n'est pas l'obligation principale du débiteur par ailleurs preneur à bail, producteur, etc. Il s'agira par exemple d'une clause environnementale prévoyant, à l'occasion d'un contrat de fourniture de biens agricoles, l'absence d'OGM. De même, en va-t-il du bail rural environnemental, c'est-à-dire contenant « des clauses visant au respect par le preneur de pratiques ayant pour objet la préservation de la ressource en eau, de la biodiversité, des paysages, de la qualité des produits, des sols et de l'air, la prévention des risques naturels et la lutte contre l'érosion, y compris des obligations de maintien d'un taux minimal d'infrastructures écologiques, peuvent être incluses dans les baux » (art. L. 411-27 C. rural). Malgré les difficultés juridiques de mise en œuvre qui en réduisent la portée pratique, ainsi que le montre par ailleurs Didier Krajieski³⁰, il s'agit ainsi, par le bail rural, d'obliger le preneur à recourir à des pratiques agricoles favorisant le développement de services écosystémiques sur la base des 15 clauses prévues par l'article R. 411-9-11-1 du Code rural et de la pêche maritime sur lesquelles le bailleur s'appuiera pour rédiger les clauses environnementales du bail³¹.

Dans ces hypothèses et d'autres, telle que la conclusion de convention d'occupation temporaire, l'on retrouvera, accessoirement à une obligation principale, une obligation environnementale ayant pour objet un service environnemental dont l'objet, l'étendue et l'intensité variera : absence d'utilisation d'intrants, préservation d'une zone humide, types de fertilisants à utiliser et/ou limitation de produits phytosanitaires, maintien de surface en herbe, dates et techniques de fauches, techniques de travail du sol, protection de la ressource en eau, diversification des assolements, etc.

Il s'agira parfois d'interdiction, le débiteur devant s'abstenir d'utiliser des produits phytosanitaires sur telle parcelle, de mettre en culture telle autre, d'apporter une fertilisation minérale, de pratiquer

30. Krajieski D., préc.

31. Boutonnet M., « Les obligations environnementales et le contrat de bail », in Boutonnet M. (dir.), *Le contrat et l'environnement, Etude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014, p. 57.

l'écobuage, etc. Mais, il pourra tout autant s'agir de prescriptions, tel le maintien de tous les éléments d'aménagement parcellaire d'origine humaine présents sur la parcelle (murets de pierre sèches, haies...), ou des arbres isolés. Plus avant, il s'agira également de prescrire au débiteur des actions telles que l'engagement de maintenir une couverture permanente du sol, maintenir et entretenir des couverts spécifiques à vocation environnementale (jachères florales, bandes enherbées, ...), etc³². Ces interdictions et prescriptions, objets d'une obligation accessoire seront donc adaptées et éventuellement précisées par les parties au contrat en fonction de la configuration des lieux mais également des objectifs visés par les parties, étant rappelé que ni les prescriptions légales et réglementaires ni les bonnes pratiques agricoles ne devraient pouvoir être l'objet d'une obligation environnementale qu'elle soit accessoire ou principale.

2) L'obligation environnementale principale

Le service environnemental peut être l'objet d'une obligation principale. Ici, l'obligation environnementale est l'obligation contractuelle principale du débiteur, qu'il soit le propriétaire, le locataire ou plus généralement tout exploitant de la parcelle : il s'agit alors d'un contrat de prestation de service environnemental, conclu le plus souvent à titre onéreux³³. Si ce type de contrat environnemental³⁴ visant à la préservation et la restauration de l'environnement est sans doute moins fréquent, on en retrouve néanmoins des manifestations, non sans qu'il existe un risque de requalification en bail rural (C. rural, art. L. 411-1). Certaines sont devenues célèbres, tel le cas Vittel étudié à d'innombrables reprises³⁵. La société a notamment conclu des contrats environnementaux avec des fermiers dans l'objectif de continuer à exploiter la source en conformité avec la réglementation. Mais, par-delà ces conventions, l'on peut observer nombre de contrats ayant pour objet de l'obligation principale

32. CEREMA, Direction territoriale Méditerranée, *Le bail rural à clause environnementales et le paysage « agro-environnemental »*, juin 2015, http://www.mediterranee.cerema.fr/IMG/pdf/BRE_Document_Juin_2015.pdf

33. Sur la fixation du prix dans les contrats de prestation de service, v. l'article 1165 du Code civil.

34. Sur la notion de contrat environnemental, v. Boutonnet M., « Le contrat environnemental », *D.* 2015, 217.

35. V. par ex. Pomade A., « Les paiements pour services environnementaux contribuent-ils à l'émergence d'un "gradient de juridicité" ? », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement*, Volume 16 Numéro 1, mai 2016.

un service environnemental : ils se dénomment « convention de gestion », « bail », etc. Certains sont particuliers, tels les conventions de pollinisation³⁶. D'autres font partie d'un complexe de conventions. Ainsi que le décrit Bastien Alidor, l'obligation légale de compensation des atteintes à la biodiversité est génératrice de contrats³⁷. Or, rien n'interdit que l'objet de l'obligation principale de ces contrats soit un service environnemental dès lors que cela concorde avec les mesures de compensations prédéfinies par l'arrêté d'autorisation. Si ce n'est lorsque le maître de l'ouvrage prend en charge « directement » (art. L. 163-1 II C. env.) les mesures de compensation, après, par exemple, avoir acquis le foncier nécessaire (encore que, même dans ce cas, il pourrait conclure un bail rural environnemental), dans la plupart des cas le recours au contrat est en effet nécessaire. Tel est le cas lorsque, « en écologue peu averti »³⁸, il a recours à un « opérateur de compensation », « personne publique ou privée chargée, par une personne soumise à une obligation de mettre en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité, de les mettre en œuvre pour le compte de cette personne et de les coordonner à long terme » (art L. 163-1 III C. env.). Mais, que le maître de l'ouvrage agisse directement ou par l'intermédiaire d'un opérateur de compensation, l'article L. 163-2 du Code de l'environnement souligne que le recours au contrat est indispensable. Il dispose, en effet, que « Lorsque des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité sont mises en œuvre sur un terrain n'appartenant ni à la personne soumise à l'obligation de mettre en œuvre ces mesures, ni à l'opérateur de compensation qu'elle a désigné, un contrat conclu avec le propriétaire et, le cas échéant, le locataire ou l'exploitant définit la nature des mesures de compensation et leurs modalités de mise en œuvre, ainsi que leur durée ». Possiblement, l'objet de l'obligation principale de ce contrat est alors un (ou des) service(s) environnemental(ux), le propriétaire, le locataire ou l'exploitant s'engageant à le conserver, restaurer, réhabiliter, créer, ou faire évoluer des pratiques.

36. Billet Ph., préc.

37. Alidor B., La compensation et les services écosystémiques, *infra*.

38. Lucas M., « Le contrat au service de la compensation écologique », EEI, 2017, Dossier 11.

II. LE CONTENU DU CONTRAT DE PRESTATION DE SERVICE ENVIRONNEMENTAL

Qu'elle soit accessoire ou principale, l'obligation environnementale est le plus souvent personnelle (A), néanmoins, la création et le développement de l'obligation réelle environnementale (B) pourrait constituer une réponse appropriée à l'ancrage foncier de nombreux services environnementaux.

A. L'OBLIGATION ENVIRONNEMENTALE PERSONNELLE

L'obligation environnementale personnelle n'est autre qu'un droit de créance (1) qui présente néanmoins quelques particularités qui rejaillissent sur son exécution (2).

1) La substance de l'obligation environnementale personnelle

Quel que soit le cadre dans lequel le contrat de prestation de service environnemental est conclu, se pose la question de la nature de l'engagement pris par le débiteur, le plus souvent propriétaire, exploitant ou preneur à bail rural. Ainsi qu'on l'a vu, le débiteur s'engage avant toute chose, et le plus souvent, à réaliser une prestation, terme générique désignant l'objet d'une obligation (art. 1163 C. civ.). Pratiquement, le débiteur s'engage donc à faire quelque chose³⁹ : le contrat ou la clause du contrat prescrit alors un comportement ou une abstention. Jusque récemment, cet engagement était désigné dans le Code civil par la qualification d'obligation de faire ou, si le contrat prescrit une abstention, de ne pas faire (ancien art. 1101 C. civ.). Bien que ces qualifications ne soient plus envisagées par le Code civil, qui ne vise plus que la « prestation », sans apporter d'autres précisions, il n'en résulte, de notre point de vue, pas de changement : la prestation à la charge du débiteur du service environnemental peut consister tant en une obligation de faire quelque chose que de ne pas le faire. Par exemple, l'obligation d'entretenir les haies et buissons entre le 15 août et le 30 novembre sera qualifiée d'obligation de faire, tandis que l'interdiction de combler les mares et les fossés est une obligation de ne pas faire ; l'une et l'autre constituent une « prestation » au sens de l'article 1163 du Code civil.

39. Comp. Langlais A., préc. p. 197 selon laquelle le service environnemental peut consister en une « chose » si bien que le contrat pourrait alors s'analyser en une vente « ce qui n'est pas sans poser de soucis ».

Finalement, l'essentiel n'est donc plus là. Il réside davantage dans la création, par le contrat, d'une obligation à la charge du débiteur du service environnemental. Par voie de conséquence, c'est la définition de l'« obligation », pourtant absente du Code civil, qui importe. Une obligation est en effet un lien de droit entre deux personnes, un créancier et un débiteur, en vertu duquel l'une (le créancier) a le droit d'exiger de l'autre (le débiteur)⁴⁰ une prestation. Ainsi définie, il apparaît que l'obligation est donc un engagement personnel : elle conduit à l'exécution d'une prestation par le débiteur ; l'obligation suppose le comportement du débiteur, son action ou son inaction, ainsi que cela a été dit. Le débiteur est donc tenu à exécuter un service environnemental (l'objet de l'obligation principale ou accessoire du contrat, art. 1163 C. civ.) dans le but de préserver ou restaurer un écosystème et donc, *in fine*, un service écosystémique (le but du contrat, art. 1162 C. civ.). En effet, insistons, le service écosystémique, utilité commune d'un bien, ne peut être l'objet d'une obligation ; il n'est tout au plus que le but du contrat, ou, si l'on préfère, sa cause subjective.

Cette remarque doit conduire à écarter une confusion présente en littérature ; il est, en effet, parfois avancé que le débiteur du service environnemental ne serait tenu qu'à une obligation de moyens et non de résultat au motif que « les cahiers des charges imposent généralement aux agriculteurs une série de pratiques, sans imposer d'en contrôler les résultats environnementaux obtenus (augmentation de la biodiversité, amélioration de la fertilité des sols, etc.). Une obligation de résultats (sic), à l'inverse, consisterait à dédommager les agriculteurs si et seulement si les résultats environnementaux attendus étaient obtenus et vérifiés »⁴¹. Est alors préconisée une « approche du paiement liée au résultat en termes de production, restauration du service écosystémique » au motif qu'il s'agirait d'une « approche plus directe qui permet de responsabiliser et de professionnaliser les agriculteurs dans leur contribution à la restauration/préservation des services écosystémiques ». Une telle analyse est pourtant trompeuse ; en considérant que le débiteur

40. Poumarède M., *Droit des obligations*, LGDJ 2014, n^{os} 1 et s.

41. Duval L., Binet T., Dupraz P., Leplay S., Etrillard C., Pech M., Deniel E., Laustriat M., 2016, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune*. Etude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final. Egalement Labous K. et Gruger H, préc.

devrait être tenu d'une obligation de résultat et que ce résultat est la restauration du service écosystémique, cela revient à le rendre débiteur d'un service écosystémique. Or, l'on sait que cela ne peut être le cas, le service écosystémique étant une utilité commune d'un bien. Cela ne signifie pas, pour autant, que le débiteur d'un service environnemental serait seulement tenu à une obligation de moyens⁴². Tout au contraire, le service environnemental est le plus souvent une obligation de résultat, qu'il prenne la forme d'une pratique agricole ou d'un système de production agricole. Sans doute, les difficultés à identifier quels services environnementaux exécutés par le débiteur auront une efficacité sur l'écosystème est réelle. Mais, elles n'influent pas sur les services environnementaux auxquels s'engage le débiteur, en ce sens qu'elles n'en modifient pas l'intensité : les liens entre pratiques auxquelles s'engage le débiteur et résultats environnementaux attendus (revalorisation de l'écosystème) doivent être évalués en amont de la conclusion du contrat (ou au cours de son exécution si cela est prévu ainsi), mais ils ne sont pas de nature à influencer sur l'intensité des obligations du débiteur qui sont, en elles-mêmes, de résultat ou de moyens. En effet, à l'instar de tous contrats, les négociations précontractuelles auront permis aux parties de définir les objectifs à atteindre et le complexe obligationnel aura été prévu en conséquence, y compris les éventuels contrôles au cours de l'exécution du contrat et sanctions afférentes en cas d'inexécution. En effet, les contrats de prestation de service environnemental sont appelés à durer dans le temps, mais doivent également être adaptables au cours de cette durée.

2) L'exécution de l'obligation environnementale personnelle

La prestation à la charge du débiteur ne présente, en tant que telle, pas de particularité notable ; ainsi qu'on l'a dit, il s'agit d'une obligation de faire (ou de ne pas faire), le débiteur s'engageant à exécuter un service environnemental. Tenu à titre principal ou accessoire, son obligation sera de résultat ou de moyens, selon ce que les parties auront prévu. Du point de vue contractuel, la particularité est donc ailleurs. Elle est double.

42. Comp. Doussan I., et Martin G.-J., préc.

D'une part, la nécessaire longue durée du contrat doit être combinée avec une certaine souplesse permettant, éventuellement, d'adapter le service dû par le débiteur au cours de l'exécution du contrat.

Il est certain que l'obtention de résultats environnementaux (les services écosystémiques), cause subjective de la clause environnementale, suppose une durée certaine : les obligations doivent être pérennes. Le Code civil offre désormais un cadre plus sûr aux contrats de durée (art. 1210 et ss. C. civ.), tels les contrats de prestation de service environnemental. En effet, par hypothèse un tel service est tantôt répété dans le temps, tantôt maintenu dans la durée, ce qui suppose, par ailleurs, que son exécution soit contrôlée. Ainsi sera évaluée, sur la base d'un état des lieux initial (faune, flore, etc.), la correcte exécution du service environnemental dans les termes du contrat : ce contrôle pourra être visuel (de la part du créancier), basé sur l'enregistrement des pratiques agricoles par le débiteur (tableau de suivi, etc.), fondé sur un suivi scientifique par un tiers, etc.

Mais, les difficultés réelles à corréler les services environnementaux avec la plus-value environnementale – le maintien ou le développement de l'écosystème et de ses services – recherchée par le créancier impliquent une certaine souplesse⁴³. L'adaptation de l'engagement aux dynamiques environnementales pourra s'obtenir de différentes manières : ici, le contrat sera conclu pour une relative courte durée, mais prévoira les modalités de son renouvellement. Là, une période « d'essai » sera prévue, permettant de tester des pratiques agricoles afin d'engager le débiteur dans des obligations pérennes. Encore, l'on prévoira des clauses d'adaptation permettant, dans une certaine mesure, de faire évoluer les services environnementaux afin de les adapter aux résultats recherchés dans un souci d'efficacité.

Néanmoins, ces processus contractuels pouvant être mis en œuvre pour assurer la pérennité du service environnemental, seront de peu d'utilité en l'absence d'ancrage territorial du contrat.

Telle, d'autre part, est la seconde particularité des contrats de prestation de service environnemental : si le service environnemental peut être lié à la personne, le débiteur, il peut l'être davantage encore au fonds. En effet, souvent, le service environnemental ne présente

43. Lucas M., « Le contrat au service de la compensation écologique », préc.

d'intérêt que s'il est territorialisé : il suppose alors un ancrage foncier⁴⁴ en lien avec la durée : le cycle de production d'une futaie de chênes peut dépasser le siècle ! L'attachement au fonds du service environnemental devient donc souvent une question primordiale afin d'assurer non seulement la pérennité mais également la stabilité des services environnementaux. Si cela pose peu de difficultés lorsque la clause environnementale est accessoire dès lors qu'elle suivra la durée du contrat principal (par exemple à un bail rural), elles s'accroissent lorsque le service environnemental est l'objet d'une obligation personnelle principale : attaché à la personne du débiteur, il ne l'est pas au fonds. Concrètement, en cas de cession du terrain, de disparition du débiteur (décès, liquidation), (etc.) le contrat de prestation de service environnemental pourrait perdre toute efficacité, voire s'éteindre s'il n'a pas été prévu une transmission des obligations aux ayant-causes à titre particulier, voire universels. Telle est la raison pour laquelle, d'aucuns cherchent à mettre en avant la constitution de droits réels au service de l'environnement : il s'agit alors d'attacher le service environnemental à la propriété et non pas seulement à la personne en créant une charge réelle affectant un fonds et comme telle opposable à ses propriétaires successifs. Bien que la plupart des conventions prévoient encore, semble-t-il, des obligations personnelles à la charge d'un débiteur (propriétaire, preneur, exploitant, etc.), plusieurs pistes imparfaites mais cherchant à mettre en œuvre une valorisation durable et stable ont, ainsi, été explorées, dont certaines ont pu être retenues par la doctrine, la pratique ou encore la jurisprudence. C'est ainsi qu'en marge du contrat de prestation de service environnemental ont été imaginés, et parfois utilisés, d'autres contrats : contrats constitutifs d'un droit d'usage voire d'un usufruit, servitudes conventionnelles environnementales⁴⁵, constitution d'un droit réel de jouissance spéciale⁴⁶, bail emphytéotique, constitution d'une fiducie foncière

44. Lucas M., « Le contrat au service de la compensation écologique », préc.

45. Sur ses limites, v. Boutonnet M., « Servitude environnementale conventionnelle ou contrat constitutif d'obligation réelle environnementale », in Boutonnet M. (dir.), *Le contrat et l'environnement, Etude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014, p. 271 ; Sarlat J.-J. et Olivier A., « La servitude conventionnelle environnementale », *Env. et DD* 2011, Etude 7.

46. Civ. 3^e, 31 oct. 2012, n° 11-16.304, *D.* 2012. 2596, obs. Tadros A. ; *D.* 2013. 53, note d'Avout L. et Mallet-Bricout B., et 2123, obs. Reboul-Maupin N. ; *AJDI* 2013. 540, obs. Cohet-Cordey F. ; *RDI* 2013. 80, obs. Bergel J.-L. ; *RTD civ.* 2013. 141, obs. Dross W. ; Civ. 3^e, 28 janv. 2015, n° 14-10.013, *D.* 2015. 599, note Mallet-Bricout B., 988, chron. Méano A.-L., et 1863, obs. Reboul-Maupin N. ; *AJDI* 2015. 304, obs. Le Rudulier N. ; *RDI* 2015. 175, obs. Bergel J.-L. ; *RTD civ.* 2015. 413, obs. Dross W., et 619, obs. Barbier H. ;

environnementale⁴⁷. Dans le même temps est néanmoins née l'obligation réelle environnementale. Cette dernière, consacrée par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, pourrait être, sous conditions, l'obligation principale d'un contrat de prestation de service environnemental.

B. L'OBLIGATION RÉELLE ENVIRONNEMENTALE

L'obligation réelle environnementale. L'obligation réelle environnementale a fait son apparition dans l'article L. 132-3 du Code de l'environnement⁴⁸ en vertu duquel « Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques. » Si les contours d'un tel contrat ne sont pas encore déterminés avec certitude, faute que la notion et le régime de l'obligation réelle environnementale soient réellement connus, rien ne semble s'opposer à ce que cette obligation réelle ait pour objet un service environnemental, même si les conditions très strictes (formalisme, qualité des parties, finalités, etc.) et les précautions prises (droits du preneur, droits des tiers) par les textes ne permettent pas sa généralisation y compris dans le champ de la compensation⁴⁹. Quoi qu'il en soit, l'on aura compris que le mécanisme ainsi institué permet d'une part d'obliger un débiteur, personne physique ou morale, à des obligations de faire ou de ne pas faire, et d'autre part d'attacher ces obligations, en quelque sorte, au fonds, ce qui accroît leur pérennité et leur stabilité. En effet, pour une durée qui pourrait aller jusqu'à 99 ans, les propriétaires successifs du fonds, ayants cause à titre particulier, seront tenus aux obligations de faire et de ne pas faire prévues au contrat de prestation de service

JCP 2015. 148, veille Milleville S. ; JCP N 2015. 1083, note Dubarry J. et Julienne M. ; JCP 2015. 252 note Revet T.

47. V. *Droits réels au profit de la biodiversité : comment le droit peut-il contribuer à la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux ?* Rapport de la mission économie de la biodiversité, Fondation Nicolas Hulot pour la nature et l'homme, 2013.

48. Martin G. J., « Les potentialités de l'obligation réelle environnementale », *Dr. Env.*, oct. 2016, p. 334 et s.

49. Sur les potentialités en matière de compensation, v. néanmoins, Martin G.-J., préc.

environnemental (et publiées au fichier immobilier) : obligation *propter rem*, l'obligation réelle environnementale pèse en effet sur le propriétaire du fonds qui, *es* qualité, devra donc exécuter le service environnemental.

En conclusion, le contrat échoue, en première intention, à saisir les services écosystémiques : utilités communes d'un bien, ils ne peuvent comme tels être l'objet d'une obligation contractuelle dont le propriétaire d'un fonds ou son exploitant pourraient être débiteurs. Ce faisant, cette analyse, qui rejoint l'idée ici mise en avant que le propriétaire (ou l'exploitant) ne coproduit pas les services écosystémiques, laisse ces services hors du commerce.

Mais, le contrat peut, tout de même, les favoriser : il s'agit alors de contractualiser les services que l'Homme peut rendre à la nature, les « services environnementaux », qui prendront, notamment, la forme de pratiques agricoles ou de système de production agricoles plus favorables à l'environnement que ne le sont le strict respect des lois et règlements et l'application des bonnes pratiques agricoles.

Objet d'une obligation principale ou accessoire, les services environnementaux tendent alors à favoriser les écosystèmes et, par voie de conséquence, les services écosystémiques qui apparaissent tels le « but » des contrats de prestation de service environnemental.

Compensation et services écosystémiques

Bastien ALIDOR

Doctorant, Université Toulouse Capitole
IEJUC, F-31000

La protection des sols et des services écosystémiques qu'ils produisent s'est récemment enrichie du mécanisme, connu et renforcé, de la compensation. Toutefois, une brève incursion dans les perspectives offertes par l'utilisation de l'outil contractuel nous permettra d'en nuancer l'apport.

Le mécanisme est connu car il n'est pas nouveau. Depuis les lois du 10 juillet 1976 et du 2 février 1995 (dite « loi Barnier »)¹ la compensation est présentée au sein de l'étude d'impact, première forme d'une prise en compte des impacts de l'activité humaine *ex ante*². Elle est ensuite déclinée sous plusieurs formes dans différents secteurs du droit de l'environnement : en matière de défrichement (art. L. 341-6 C. for.) ou d'atteinte aux objectifs de conservation d'un site Natura 2000 (art. L. 414-4 VII C. env.).

Le mécanisme est renforcé par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages,

1. Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature et loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement. L'article 2, 4° du décret d'application n° 77-1141 du 12 octobre 1977 prévoyait que l'étude d'impact devait présenter « les mesures envisagées par le maître de l'ouvrage ou le pétitionnaire pour supprimer, réduire et si possible compenser les conséquences dommageables du projet sur l'environnement ».

2. Au niveau international, le premier texte à prévoir la compensation est la Convention de Ramsar sur les zones humides internationales du 2 février 1971 qui prescrit de « compenser autant que possible toutes pertes de ressources en zones humides » en cas de retrait d'une zone humide inscrite sur la liste des sites Ramsar (art. 4.2).

dite loi « Biodiversité »³, qui consacre la compensation à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement en s'affranchissant d'une logique sectorielle jusque-là dominante⁴ et en entrant dans les principes généraux du droit de l'environnement. Le principe d'action préventive, qui fait partie de ces derniers, est désormais complété (art. L110-1-II 2° *in fine* C. env.) par l'intégration de la séquence ERC (éviter, réduire, compenser) prévoyant qu'« en dernier lieu », si l'évitement ou la réduction ne sont pas possible, il faudra « compenser les atteintes (...) 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 ». Cette compensation s'opère donc *ex ante*⁵. Malgré quelques virulentes critiques, elle intègre le principe de prévention⁶ : ce point est important car il révèle aussi la dimension exceptionnelle de la mesure de compensation qui n'est que subsidiaire à la mesure de réduction et que très subsidiaire à celle d'évitement⁷. Si le couplage entre prévention et compensation au sein des principes généraux ne suffisait pas, le second alinéa de l'article L. 161-1-I du Code de l'environnement précise bien que les mesures de compensation « ne peuvent pas se substituer aux mesures d'évitement et de réduction ».

3. Van Lang A., « La loi Biodiversité du 8 août 2016 : une ambivalence assumée », *AJDA* 2016, p. 2381.

4. Pour le dépassement d'une logique sectorielle concernant les services écosystémiques Cf. *supra* Doussan I., « Brève histoire de l'intégration de la notion de service écosystémique en droit ».

5. V. Combe M., « Le régime juridique de l'obligation de compensation écologique », *EEI*, n° 6, Juin 2017, dossier 8 : « (...) la compensation *ex ante* désigne l'ensemble des actions mises en œuvre pour contrebalancer les dommages prévus – mais non encore réalisés – par un projet, plan ou programme sur l'environnement qui n'ont pas pu être suffisamment évités ou réduits ».

6. *Contra* Lucas M., 2015, *Étude juridique de la compensation écologique*, LGDJ, T. 11 : pour l'auteur la compensation ne procède pas de la prévention, voy. spéc. p. 67 n° 77 : les mesures de compensation « ne visent pas à empêcher la réalisation du dommage environnemental. Elles ont plutôt pour but de pallier les effets préjudiciables d'un projet ou d'un plan sur l'environnement. Elles n'agissent pas sur la cause mais sur les effets (...). Dans le meilleur des cas, ces mesures seront localisées à proximité immédiate du site endommagé ».

7. Pour l'importance de l'évaluation dans la prévention voy. Jégouzo Y., « De certaines obligations environnementales : prévention, précaution et responsabilité », *AJDA* 2005, p. 1164 ; *adde* Steichen P., « Le principe de compensation : un nouveau principe du droit de l'environnement ? », in C. Cans (dir.), *La responsabilité environnementale. Prévention, imputation, réparation*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz 2009, p. 143. Pour une critique de l'objectif d'« absence de perte nette » voy. Billet Ph., « De la relativité de la neutralité environnementale en matière de compensation écologique », *EEI*, n° 6, Juin 2017, dossier 10.

Concernant le cadre général de la loi nouvelle, le vœu formulé par le ministre de l'environnement au moment où il présenta le projet de loi relatif à la biodiversité était de consacrer un dispositif « à la biodiversité, prise dans son ensemble : depuis les gènes jusqu'au niveau le plus important d'organisation des écosystèmes que sont les paysages, sur terre comme en mer »⁸. Ce souhait exprime une ambition particulièrement forte qui s'est traduite par la consécration de quelques innovations majeures que nous ne développerons pas dans cette contribution mais qu'il convient de souligner (la loi Biodiversité est porteuse de nombreuses innovations qui modifie très largement le paysage juridique⁹). Nous retiendrons que la loi nouvelle prête désormais à la biodiversité une « valeur d'usage » (le terme est employé dans le texte de la loi) et une valeur d'échange qui la fait entrer pleinement dans le giron du droit privé des contrats, véritables vecteurs des échanges économiques¹⁰. L'exposé des motifs du projet de loi souligne, à ce propos, le fait que « la biodiversité est une force économique pour la France » puisqu'elle assure des « services écosystémiques » dont le « coût de (la) disparition » ne peut pas encore être connu¹¹. L'esprit de la loi est donc de laisser aux acteurs économiques, qui n'auront pu ni éviter, ni réduire leur impact sur la biodiversité, une possibilité de produire un équilibre entre atteintes et mesures compensatoires pour tendre vers une sorte de « neutralité »¹², voire « d'additionnalité »¹³ écologique. À ce titre, l'usage du contrat comme vecteur de protection ou de compensation

8. Projet de loi n° 1847 du 26 mars 2014 et relatif à la biodiversité, présenté par Ph. Martin.

9. Pour ce qui est de notre matière c'est la création de l'Agence française pour la Biodiversité (établissement public administratif, elle jouera un rôle incontournable dans la mise en œuvre de la compensation) et la consécration du préjudice écologique qu'il nous faut souligner ; pour des précisions sur les apports de la loi voy. Ch. Cans, O. Cizel, *Loi Biodiversité, ce qui change en pratique*, Éditions Législatives, 2017, spéc. p. 62 et ss..

10. V. *supra* Poumarède M., « Services écosystémiques et contrat. Quelle obligation contractuelle environnementale ? ».

11. Pour un approfondissement de la question économique voy. Faure M., *L'analyse économique du droit de l'environnement*, Bruylant, 2007, préf. M. Prieur.

12. Billet Ph., « La « neutralité environnementale » : esquisses juridiques », in *Mélanges en l'honneur de François Collart-Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 103 et s. ; l'auteur y identifie trois sortes de neutralités :

- la neutralité par évitement traduisant une véritable action préventive par priorité à la source

- la neutralité par compensation permettant le rééquilibrage des atteintes inévitables

- la neutralité par réparation reposant sur une remise en état des lieux affectés.

13. Voy. Lucas M., *Étude juridique de la compensation écologique*, précité, p. 358, n° 430 et s. : « Distinct du critère d'équivalence, ce mécanisme exige schématiquement que la mesure compensatoire crée un « plus » pour contrebalancer un « moins » correspondant aux impacts de l'opération envisagée, de la planification ou du dommage effectif causé ».

n'est pas nouveau et celui-ci s'est développé de manière éparse. Dans la matière, chaque domaine bénéficie d'une protection particulière : le droit de l'eau connaît des contrats de rivière¹⁴, le droit rural met en avant ses baux incluant une clause environnementale¹⁵, le droit des installations classées va de sa spécificité en consacrant en matière de vente immobilière une obligation d'information¹⁶ ou en usant des clauses de passif environnemental. Tant et si bien qu'il est devenu difficile d'être exhaustif dans l'énumération des figures contractuelles susceptibles d'intégrer dans leurs prévisions une préoccupation environnementale. La « contractualisation du droit de l'environnement » ne fait cependant plus aucun doute¹⁷.

Dans le cadre de la compensation, le maître d'ouvrage pourra s'acquitter de son obligation de plusieurs manières. Trois d'entre elles sollicitent le contrat comme mode d'organisation des mesures de compensation. Le premier type de contrat vise la collaboration avec l'« opérateur de compensation », personne publique ou privée chargée de mettre en œuvre les mesures et de les coordonner sur le long terme (art. L. 163-1-III, C. env., il s'agirait là d'un contrat d'entreprise au sens civiliste). Le deuxième fait référence à l'acquisition d'unités de compensation qui suggère une vision dématérialisée¹⁸ de la compensation (contrat de vente). En effet, il s'agit dans ce cas, d'autoriser le maître d'ouvrage à acheter des unités produites sur des « sites naturels de compensation »¹⁹ (art. L. 163-3 C. env.). La dernière est la possibilité laissée au propriétaire par l'article L. 132-3 du Code de l'environnement de créer contractuellement une obligation réelle environnementale ayant pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité.

14. Utilisés dans la mise en œuvre des schémas d'aménagement et de gestion des eaux (SAGE).

15. V. *infra* Krajewski D., « Travail du sol, services écosystémiques et bail rural » ; Etrillard C., « La compensation écologique : une opportunité pour les agriculteurs », *Dr. rur.* n° 441, Mars 2016, étude 10.

16. Art. L514-20 C. env. ; voy. Asscher J., « L'article L514-20 du Code de l'environnement : une obligation d'information tronquée », *Gaz. Pal.* nov-déc. 2007, p. 3941.

17. Voy. Monteillet V., 2017, *La contractualisation du droit de l'environnement*, préf. Pélissier A., Dalloz, Nouvelle Bibl. de Thèses, vol. 168.

18. Martin G.-J., « Les unités de compensation dans la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages », *Droit et Ville*, 2017, à paraître.

19. La terminologie a évolué au gré des travaux parlementaires et la formule a été préférée à celle de « réserve d'actifs naturels », plus prompte à engendrer une polémique.

La flexibilité du contrat permet d'apporter à la prescription administrative de compensation une réponse cohérente, en adéquation avec les qualités pédologiques des milieux subissant une perte de biodiversité. Il n'en reste pas moins une limite de taille tenant à la pérennisation des mesures. La compensation *in situ* ne sera pas toujours possible et la localisation des mesures sera alors tributaire de la disponibilité du foncier. Marthe Lucas a souligné les conséquences probables de cet éparpillement des sites de compensation : « augmentation des effets de lisière, perte de cohérence écologique, difficulté d'en contrôler et d'en évaluer les résultats globaux, accroissement du nombre de partenaires et de contrats »²⁰.

Dans ce contexte, l'approche plutôt économique de la compensation qui vise à remplacer une perte par un gain laisse au juriste une impression de trompe-l'œil. Le dispositif proposé protège-t-il efficacement le sol et les services qu'ils fournissent à la société ? Plus largement, protège-t-il le patrimoine naturel qui « génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage » (nouvel art. L. 110-1-I C. env.) ? Posées ainsi, ces questions appellent la remarque suivante : l'atteinte à un écosystème ou aux fonctions écologiques n'est-elle pas indissociable des services rendus aux activités humaines ?²¹ La compensation *ex ante* ne fait pourtant pas référence à ces derniers. Si tel est bien le cas on assisterait subrepticement à un renversement de paradigme : la vision purement économique attachée à la notion de services écosystémiques céderait devant l'impérieuse nécessité de préserver le milieu naturel, sans prendre en compte les intérêts des personnes humaines. Il n'en demeure pas moins que les articles de la loi ayant trait à la compensation conserve un champ lexical symptomatique d'une approche comptable qu'on a du mal à détacher d'une vision toujours plus anthropocentrée du droit de l'environnement. Dès lors, il devient inévitable de se demander si la notion de services écosystémiques peut apporter quelque chose aux différentes voies de la compensation.

C'est d'abord celles-ci que nous tâcherons d'étudier en rappelant quels sont les nouveaux mécanismes de la compensation et le contrôle auquel ils sont soumis (I). Puis, la loi nouvelle consacrant la

20. Lucas M., « Le contrat au service de la compensation écologique », *EEI* n° 6, Juin 2017, dossier 11.

21. Pour un panorama des services écologiques voy. : http://uicn.fr/wp-content/uploads/2016/09/Brochure_Panorama_des_services-vol1.pdf

notion de « services écosystémiques », il conviendra de la confronter au prisme de la compensation afin de savoir si elle agit sur le mécanisme comme une sorte de catalyseur ou si, au contraire, elle entrave sa bonne réalisation (II).

I. LA COMPENSATION DANS LA LOI BIODIVERSITÉ

La compensation implique une « sécurisation du foncier » (c'est le vocabulaire utilisé par les acteurs de la compensation²²). Autrement exprimé, ce qui posera problème c'est l'utilisation de nouveaux sols disponibles pour mettre en œuvre la compensation. Cette disponibilité n'étant pas assurée, il a été convenu de consacrer plusieurs moyens visant à compenser. Nous verrons donc d'abord les différents mécanismes (A) avant de voir comment la compensation est contrôlée (B).

A. LES MÉCANISMES DE LA COMPENSATION

Le maître d'ouvrage soumis à l'obligation légale peut prendre en charge « directement » (art. L. 163-1-II C. env.) la mesure de compensation. Néanmoins, s'il ne souhaite pas procéder lui-même à la compensation, il aura une option et pourra utiliser deux types de contrats soit en faisant appel à un « opérateur de compensation »²³ (art. L. 163-1 III C. env.), soit par « acquisition d'unités de compensation » (art. L. 161-3 C. env.). Ces deux mécanismes sont complétés par l'obligation réelle environnementale qui peut également être un support juridique de compensation²⁴.

22. V. par exemple le site internet de la CDC Biodiversité : <http://www.cdc-biodiversite.fr/nos-metiers/compensation-ecologique/>

23. Le projet de loi présenté en première lecture devant le Sénat soumettait la qualité d'opérateur à l'agrément de l'autorité administrative (Sénat n° 69, 26 janvier 2016) et son rapport était intéressant : « Compte tenu des enjeux de la compensation, de la technicité des mesures à mettre en œuvre et de leur durée, il est nécessaire d'encadrer cette activité particulière. L'agrément doit notamment permettre de garantir que l'opérateur possède l'expertise technique, les capacités financières et l'indépendance nécessaire, pour mettre en œuvre les mesures de compensation pour le compte d'une personne soumise à une telle obligation. Un tel agrément sécurise la mise en œuvre de la compensation, et complète l'agrément prévu pour les réserves d'actifs naturels ».

24. Sur la nature des contrats (droit public/droit privé) voy. Monteillet V., *La contractualisation du droit de l'environnement*, précité, p. 85, n° 109 et ss..

Dans le premier cas, où le débiteur légal de la compensation (le maître d'ouvrage) contracte avec un opérateur, la relation contractuelle est inopposable à l'autorité administrative. Ce qui signifie très concrètement que seul le maître d'ouvrage sera responsable aux yeux de l'autorité administrative. L'opérateur pourra mettre en œuvre la mesure de compensation soit sur un terrain lui appartenant, soit sur le terrain d'un tiers²⁵. Il n'est que précisé qu'il s'agit de « personnes morales ou personnes privées ». Il est d'ailleurs étonnant de relever que les travaux parlementaires avaient un temps envisagé de soumettre la qualité d'opérateur à l'agrément avant d'abandonner l'idée. Le manque de précision quant au statut de ce nouvel acteur de la biodiversité questionne d'autant plus qu'il est censé mener la compensation pour le compte du maître d'ouvrage qui restera, seul, tenu responsable de sa réalisation.

Dans le deuxième cas, l'achat d'unités de compensation fait nécessairement penser à une dématérialisation de la protection des sols. L'idée générale est d'éviter une « perte nette » de biodiversité en palliant la mise en œuvre d'une compensation techniquement insurmontable en produisant des unités de compensation. C'est ce qui permet au législateur de consacrer une obligation de compensation de résultat. Il importe peu que la compensation par la demande²⁶ soit impossible, l'aménageur pourra toujours envisager l'acquisition d'unités (compensation par l'offre²⁷) : l'intensité de l'obligation visée par la loi doit donc nécessairement être celle relative à la mise en œuvre de l'opération de compensation. Si l'obligation de résultat visait l'efficacité de la mesure (ce que pourrait laisser faussement penser le texte), il deviendrait logiquement impossible de vendre des unités issues de sites dont les résultats écologiques ne sont pas encore atteints... Pour encadrer ce marché émergent le législateur a

25. Cette perspective se heurte à ce que les opérateurs nomment « la maîtrise du foncier » ou la « sécurisation du foncier » : de façon prépondérante ils ne sont pas propriétaires des terres sur lesquelles seront mise en œuvre la mesure et feront appel à des tiers (l'obligation réelle environnementale pourra dans ce cas être utilisée, cf. *infra*).

26. V. la définition donnée par Leray G., « La responsabilité environnementale de l'entreprise à l'épreuve de la compensation », *RLDA* n° 128, 1^{er} juillet 2017 : « (...) un opérateur de compensation sécurise, conformément à un contrat, des terrains pour le compte d'un débiteur à une obligation de compensation ».

27. *Ibid.* : « (...) un opérateur de compensation acquiert des terrains qu'il aménage en « sites naturels de compensation ». De la division fictive de leurs utilités environnementales sont tirées des « unités de compensation », ensuite proposées à des maîtres d'ouvrage soumis à une obligation de compensation environnementale ».

soumis les sites naturels de compensation à agrément²⁸ ; parmi les critères d'obtention, la personne qui met en œuvre la mesure doit avoir les « capacités techniques et financières nécessaires (...) », ce qui laisse à l'autorité administrative une marge d'appréciation suffisante pour juger de la qualité des opérateurs autant que de celle des sites sur lesquels seront effectuées les mesures.

Enfin, la compensation peut aussi être mise en œuvre par le jeu de la nouvelle obligation réelle environnementale²⁹. Il s'agit ici de donner au propriétaire d'un immeuble³⁰ la possibilité de grever son fonds d'une « obligation environnementale *intuiti rei* durable et automatiquement transmissible à ses ayants cause »³¹. Selon les termes d'une première version du projet de loi cet enjeu répondait à un double objectif : « faciliter le développement d'actions pérennes permettant de stopper l'érosion de la biodiversité », d'une part « permettre à un propriétaire de mettre en place simplement sur sa propriété une démarche contractuelle »³², d'autre part. Il fallait trouver, par le contrat, une solution pérenne à la protection du sol objet de propriété. Or, l'obligation réelle est « un outil proposé à un propriétaire privé qui souhaite promouvoir une gestion de son bien conforme à la protection de la nature, en faisant usage de la liberté contractuelle pour adapter les obligations consenties à l'objectif qu'il poursuit, en tenant compte des spécificités du site et des besoins particuliers de protection »³³. Aux termes du nouvel article L. 132-3 du Code de l'environnement, « les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec un collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation,

28. Décret n° 2017-265 du 28 février 2017 relatif à l'agrément des sites naturels de compensation.

29. Herrnberger O., « L'obligation réelle environnementale, le point de vue de la pratique », *EEI* n° 6, Juin 2017, dossier 17.

30. Le terme a une signification particulière en droit civil puisqu'il correspond principalement aux « fonds de terre » et aux « bâtiments » réputés « immeuble par nature » par l'article 518 du Code civil.

31. V. *supra* Beaussonie G., « La qualification juridique des services écosystémiques ».

32. Ass. Nat. n° 1847, 26 mars 2014, projet de loi relatif à la biodiversité.

33. Martin G.-J., « Les potentialités de l'obligation réelle environnementale », *Dr. Env.* n° 249, 2016, p. 334, spéc. p. 335.

la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques ». Le mécanisme, connu à l'étranger³⁴, n'est pas sans rappeler celui de la servitude, ce qui a fait naître et ce qui nourrira certainement un débat récurrent sur la nature juridique du dispositif, à cheval entre le droit des biens et le droit des contrats³⁵. Il ne s'agit ici ni d'une obligation personnelle à l'instar du bail environnemental³⁶, ni d'une servitude qui suppose un rapport entre fonds dominant et fonds servant³⁷ (du moins concernant la servitude de droit privé). Le mécanisme correspond de manière plus générale à une obligation *propter rem*³⁸ ayant le double avantage d'offrir à la fois une certaine liberté dans l'établissement de son contenu (en réalité on parlera bien de liberté contractuelle, désormais prévue par l'article 1102 du Code civil) et en restant opposable *erga omnes* puisqu'elle n'est pas liée à une personne mais à un fonds. C'est dans cette philosophie que le Professeur G.-J. Martin souhaitait inscrire l'obligation réelle en laissant aux opérateurs « un outil marqué par la souplesse, la liberté contractuelle, l'autonomie de la volonté »³⁹. Le contrat abritant l'obligation réelle prendra la forme

34. V. Mekki M., « Les conservation easements en droit américain », in *Le contrat et l'environnement, Étude de droit comparé*, M. Hautereau-Boutonnet (dir.), Bruylant, 2015, p. 115, spéc. p. 123 pour la définition : « (...) droit réel sur un bien foncier qui impose des limites ou des obligations expresses, dont les objectifs comprennent la rétention ou la protection des valeurs naturelles, panoramiques ou des espaces ouverts de la propriété ; l'assurance de sa disponibilité à des fins d'utilisation agricole, forestière, récréative ou d'espace ouvert ; la protection des ressources naturelles, le maintien ou l'amélioration de la qualité de l'air ou de l'eau ainsi que la protection de l'aspect historique, architectural, archéologique ou culturel de la propriété ».

35. V. Denizot A., « L'obligation réelle environnementale ou droit réel de conservation environnementale ? Brève comparaison franco-chilienne de deux lois estivales », *RTD civ.* 2016, p. 949.

36. Le preneur à bail rural peut ajouter à ses obligations traditionnelles des engagements d'ordre écologique, soit dans le même contrat (c'est le bail environnemental prévu à l'article L. 411-27 du Code de l'environnement), soit par acte séparé envers une tierce personne (mesures agri-environnementales souscrites auprès de l'État).

37. Art. 686 C. civ. ; pour une opinion plus nuancée concernant le rapport entre fonds dominant et fonds servant voy. Zenati Fr., Revet Th., *Les biens*, PUF, 3^e éd., §292 et ss. (spéc. p. 461).

38. Celle adjointe au droit réel démembré ; pour un auteur il s'agit de l'« accessoire du droit réel » devant « être cantonné à permettre à son créancier de tirer un meilleur profit des utilités qui lui sont réservées » (cf. DROSS W., *Droit des biens*, Lextenso, Domat, 2^e éd., n° 131) ; une partie de la doctrine y voit cependant l'obligation réelle principale ; voy. par ex. A. TADROS, « La réhabilitation des droits réels *in faciendo* : réjouissance ou maladresse ? », *RDC* 2015, n° 4 *Contra* Dross W., « L'obligation réelle peut-elle se concevoir indépendamment du service d'un droit réel démembré ? », *RTD civ.* 2014, p. 684.

39. Martin, G. J. « La servitude environnementale de droit privé », in *Les servitudes environnementales*, Hutten N., Struillou J.-F. (dir.), *Cah. GRIDAUH* 2015, n° 28, p. 61 ;

d'un acte authentique dont le contenu sera déterminé par les parties. Le propriétaire peut ainsi affecter une utilité de l'immeuble à une fin écologique. Il pourra le faire pour préserver la richesse écologique de son sol ou pour valoriser une ressource, mais la démarche tient de l'altruisme écologique puisqu'aucune réelle incitation n'est prévue par le texte. Cette voie ne sera empruntée que lorsque les personnes privées seront assurées de pouvoir en retirer une satisfaction particulière liée à leur désir de protéger une ou plusieurs ressources de leurs sols. En revanche, l'obligation réelle peut également servir à redonner au débiteur d'une mesure compensation (art. L. 132-3 al. 2 C. env.) une emprise sur sa « dette de compensation ». Cela de deux manières différentes. Dans un premier cas, l'aménageur qui fait appel à un opérateur reste seul tenu pour responsable face à l'administration de la bonne exécution de la mesure de compensation. En grevant son fonds d'une obligation réelle il permet de faire entrer dans la relation ce que d'aucuns ont appelé « un tiers garant »⁴⁰ qui veillera, à la place du maître d'ouvrage, à la bonne exécution de la mesure. Dans un second cas, le propriétaire peut produire lui-même des unités de compensation en cherchant à obtenir l'agrément pour le fonds qu'il aura grevé d'une obligation réelle. Dans ce cas, le propriétaire foncier, ou l'exploitant s'il donne son accord, pourront se positionner sur le marché de la compensation en offrant des unités de biodiversité. Ce modèle de la compensation par l'offre est bien connu aux Etats-Unis⁴¹ et soulèvera inmanquablement la question du contrôle et de l'encadrement réglementaire⁴².

du même auteur : « Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation *propter rem* de protection de l'environnement », *RJE* 2008, p. 123 ; « L'obligation réelle environnementale : un objet juridique non identifié ? », *Annales des Loyers*, Avril 2017, p. 123.

40. Doussan I., « Compensation écologique : le droit des biens aux services de la création de valeurs écologiques et après ? », in *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, Guibet-Lafaye C., Vanuxem S. (dir.), PUAM, 2015, p. 99, spéc. pp. 108 et 109.

41. Il s'agit des Mitigations Banks et des Conservation Banks qui sont des institutions rassemblant l'ensemble des crédits de compensation détenus par des acteurs privés ou des États, afin de les revendre dans le cadre de futurs projets d'aménagement. Voy. Géniaux G., « Le Mitigation Banking : un mécanisme décentralisé au service des politiques de « No net loss », in *Les difficultés de mise en œuvre de la Directive Habitat 2000*, INRA, n° 19, 2002, p. 57.

42. À ce titre, les premières versions du projet de loi Biodiversité prévoyaient l'agrément administratif des opérateurs de compensation. Celui-ci a été abandonné au cours des travaux parlementaires, délaissant ainsi une forme de contrôle.

Ces mêmes perspectives se retrouvent dans l'élaboration de droits réels de jouissance spéciale, assez récemment consacrés par la Cour de cassation⁴³. Cette consécration avait pour objectif de laisser au propriétaire la possibilité de consentir à un tiers le bénéfice d'un droit réel sur son bien lui permettant une jouissance spéciale⁴⁴. Contrairement à ces derniers la loi de 2016 a néanmoins prévu deux formes d'incitation concernant l'obligation réelle : d'une part, le contrat mettant en place une telle obligation est dispensée de droit d'enregistrement et de taxe de publicité foncière⁴⁵ ; d'autre part, depuis le 1^{er} janvier 2017, les communes peuvent exonérer les propriétés non bâties sur lesquelles les propriétaires ont grevé une obligation réelle environnementale de la taxe foncière. Il n'en demeure pas moins, qu'en dépit des nombreuses propositions doctrinales⁴⁶ qui avaient déjà été faites dans le sens d'une consécration de l'obligation réelle, c'est bien la Cour de cassation qui la première ouvrait la porte d'une potentialité nouvelle visant la protection d'un usage écologique de l'immeuble *via* la création d'un droit réel de jouissance spéciale⁴⁷. Enfin, il est besoin de tempérer l'efficacité de cette nouvelle obligation réelle puisqu'elle nécessitera le plus souvent l'accord du preneur à bail rural et que, pour l'heure, il semble difficile d'expliquer aux intéressés l'opportunité directe du

43. Cass. civ. 3^e, 31 octobre 2012, n° 11-16.304, *RTD civ.*, 2013, p. 141, obs. Dross W., *RDC* 2013, p. 584, note Libchaber R. ; Cass. civ. 3^e, 28 janvier 2015, n° 14-10.013, *D.* 2015, p. 599, note Mallet-Bricout B., *RTD civ.* 2015, p. 413, note Dross W., *Defrénois* 2015, p. 419, note Andreu L., Thomassin N., Cass. civ. 3^e, 8 sept. 2016, n° 14-26.953, *RDI*, 2016, p. 598, obs. Bergel J.-L., *RTD civ.* 2016, p. 894, obs. Dross W., voy. également d'Avout L., Mallet-Bricout B., « De l'autonomie, de la durée et des causes d'extinction des droits réels de jouissance spéciale », *D.* 2017, p. 134 (le droit réel de jouissance spéciale peut être calqué sur la durée de vie d'une personne morale) ; la doctrine rapproche parfois la constitution d'un droit réel de jouissance spéciale et la technique de fiducie-gestion, voy. par ex. Mekki M., « Loi biodiversité et droit de la construction », *RDI* 2016, p. 576.

44. V. Reboul-Maupin N., Grimonprez B., « Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée », *D.* 2016, p. 2074.

45. Art. 662 et ss. CGI.

46. Martin G.-J., « Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation *propter rem* de protection de l'environnement », *RJE* 2008, n° spécial, p. 123 ; Avant-projet de réforme du droit des biens, Périnet-Marquet (dir.), v° art. 608 : « Le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un ou plusieurs droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un ou de plusieurs de ses biens » ; Raoult P., Barthod C., Graffin V., « Trame verte et bleue », rapport remis au ministre de l'Écologie dans le cadre du Comité opérationnel n° 11 du Grenelle de l'environnement, le 14 mars 2008, spéc. p. 21 et s..

47. En ce sens v. Mekki M., « Les virtualités environnementales du droit réel de jouissance spéciale », *RDC* n° 1, p. 105.

dispositif⁴⁸. Dans un même sens, la mise en œuvre de l'obligation sera limitée par la préservation des « droits liés à l'exercice de la chasse » et « ceux relatifs aux réserves cynégétiques ». La pratique de la chasse s'oppose donc à la constitution de mesures de compensation par le biais de la constitution d'une obligation réelle.

La compensation comme l'obligation réelle environnementale sont porteuses de grandes promesses, de nombreuses potentialités et de limites, certaines mises en exergue par le contrôle de la compensation.

B. LE CONTRÔLE DE LA COMPENSATION

Pour que l'obligation de compensation ne reste pas un vœu pieux il sera besoin d'établir un véritable suivi. Ce qui implique, pèle mèle, de contrôler l'utilisation de la stratégie ERC mise en œuvre par les maîtres d'ouvrage, d'associer les collectivités territoriales à l'identification des espaces à fort potentiels de gain écologique, localiser en priorité les mesures compensatoires sur des territoires cohérents avec la trame verte et bleue⁴⁹, de suivre localement la mise en œuvre des mesures de compensation⁵⁰, de proposer une grille de lecture harmonisée des méthodes de suivi etc.

Par ailleurs, il paraît naïf de croire que la compensation sera effective si son inexécution totale ou partielle n'est pas accompagnée de sanctions. À ce titre les articles L. 163-4 et L. 171-8 du Code de l'environnement prévoient une panacée que l'on retrouve de manière assez classique dans d'autres pans du droit de l'environnement⁵¹ :

48. Comp. Van Lang A., « La loi biodiversité du 8 août 2016 : une ambivalence assumée », *AJDA* 2016, p. 2381 : « La participation du preneur à la constitution de l'obligation en question peut lui permettre de soumettre son accord à une baisse de son loyer ou autres avantages » (mais dans ce cas c'est le propriétaire qui pourrait ne pas s'y retrouver)

49. L'institution de la trame verte et bleue vise à « enrayer la perte de biodiversité en participant à la préservation, à la gestion et à la remise en bon état des milieux nécessaires aux continuités écologiques, tout en prenant en compte les activités humaines, notamment agricoles, en milieu rural » (art. L. 371-1-I C. env.). Les « trames » représentent des grands ensembles naturels permettant d'avoir une meilleure visibilité de la biodiversité à protéger sur un territoire donné.

50. Cf. Rapport du Sénat n° 517 (2016-2017) de R. Dantec, Commission d'enquête sur les mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagée sur des grands projets d'infrastructures. Le rapport suggère à ce propos la création d'agences régionales pour la biodiversité.

51. Martin G.-J., « Les unités de compensation dans la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages », art. préc. : « (...) rien

la première étape est celle de la mise en demeure, dans un délai déterminé par l'autorité administrative compétente (le préfet, par compétence liée) ; le deuxième étape, conditionnée au non déferrement du débiteur de l'obligation de compensation à la mise en demeure, est celle de l'exécution de la mesure qui se fera soit en faisant appel à un opérateur (rien n'est dit sur la carence du maître d'ouvrage qui ne pourrait pas se tourner vers un opérateur), soit par l'achat d'unité de compensation. Dans tous les cas l'autorité administrative « peut » soumettre une autorisation à la constitution de « garanties financières » destinées à assurer, d'une manière ou d'une autre, la compensation. Un manquement à l'une de ces obligations peut également donner lieu à une procédure de consignation, à une amende administrative et/ou à des sanctions pénales.

En outre, même si la compensation était parfaitement réalisée, la loi ne règle pas le problème de son suivi. L'achat d'unités, par exemple, suggère une difficulté d'évaluation concernant les effets globaux de la mesure et certainement une perte de cohérence écologique. La limitation dans le temps des contrats de compensation n'est pas toujours compatible avec la pérennisation des mesures compensatoires. Si l'opérateur de compensation doit faire face à une mutation de propriété contredisant l'affectation écologique d'un site, est-ce que l'administration pourra ordonner au maître d'ouvrage de recommencer la compensation ?

Le contrôle de ces mesures de compensation soulève donc de nombreux problèmes que l'apport des services écosystémiques à la compensation pourrait accentuer.

ne ressemble à une vraie régulation dans les texte actuels. Plus exactement, la régulation mise en œuvre frappe par son classicisme (...) et son inadaptation aux vrais enjeux qu'elle omet de prendre en compte. Les opérateurs de compensation, en tant que tels, ne font l'objet d'aucun agrément. L'agrément des sites naturels de compensation est, pour sa part, loin de répondre aux besoins. On peut, parfois, avoir le sentiment que les auteurs des textes ont raisonné à propos de ces sites, comme ils raisonnent à propos des installations classées pour la protection de l'environnement, en omettant de prendre en compte la dimension de droit économique, qu'imposerait pourtant l'émergence d'un nouveau secteur marchand ».

II. LA PERTINENCE DE LA COMPENSATION DES SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES

La compensation, dans son objet, n'englobe pas directement les services écosystémiques. Elle est réduite aux fonctions (A) par la lettre de la loi. Il n'en demeure pas moins un lien entre les deux que nous tâcherons de dé-couvrir. Nous envisagerons ensuite les perspectives critiques de ce lien (B) entretenant une certaine ambiguïté entre les notions de fonction et de service.

A. LA RÉDUCTION DE LA COMPENSATION AUX FONCTIONS ÉCOLOGIQUES

Le droit de la compensation *ex ante* ne se préoccupe que des atteintes portées à l'environnement. En effet, les premières moutures du projet de loi concernant la réécriture de l'article L. 110-1 2° du Code de l'environnement faisait référence aux « services et fonctions écosystémiques affectés »⁵², avant que la compensation ne soit cantonnée aux « atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées ». Cette suppression est perçue par Mélodie Fèvre comme « une sorte de malaise face à la manipulation »⁵³ de la notion de services écosystémiques qui renvoie à une confusion entre fonction et service. Or, il s'agit là de deux visions bien distinctes : dans le cadre des fonctions c'est encore la biodiversité que l'on souhaite protéger, dans le cadre des services c'est une utilité particulière et surtout bénéficiant à une activité humaine, donc nécessairement subjective. Dès lors, on comprend pourquoi il serait difficile de compenser directement l'atteinte aux services écosystémiques : le coût du service dépend du bénéfice qu'il produit, le faisant ainsi varier en fonction de l'utilité qu'en retirent

52. Assemblée Nationale, Projet de loi relatif à la biodiversité (première lecture), Texte de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, n° 2064, Annexe au rapport, 26 juin 2014, p. 4

53. V. *supra* Fèvre M., « Les « services écosystémiques », une notion fonctionnelle » ; *adde* Fèvre M., 2016, Les services écologiques et le droit, Une approche juridique des systèmes complexes, Doussan I. (dir.), Université Côte d'Azur, p. 411 et ss. : « (...) les fonctionnalités écologiques et les services écologiques ne correspondraient-ils pas à des enjeux de la biodiversité, qui nécessitent par ailleurs des indicateurs appropriés ? Certaines écologues soulignent en effet que les deux termes n'induisent pas les mêmes incidences, et par conséquent les mêmes exigences s'agissant de la mise en œuvre des mesures compensatoires (...). C'est ce qui expliquerait que les services soient retirés du texte régissant les atteintes soumises à compensation, parce que certaines incidences du concept constituent aujourd'hui des limites à sa mise en œuvre ».

les bénéficiaires. Ceci étant observé, il n'en reste pas moins que, concernant la compensation *ex post* cette fois-ci, le dommage écologique intègre dans sa définition la notion de « service écologique », ce qui complique un peu plus la clarté de la distinction. L'article L. 161-1 4° du Code de l'environnement dispose bien que « constituent des dommages causés à l'environnement au sens du présent titre les détériorations directes ou indirectes mesurables de l'environnement qui affectent les services écologiques, c'est-à-dire les fonctions assurées par les sols (...) ».

De la même façon, l'obligation réelle environnementale n'a que pour finalité « le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques ». Les services écosystémiques ne sont pas évoqués. Pourtant, nous pensons que la consécration d'autres mécanismes permettrait une prise en compte indirecte des services par la compensation. Tel pourrait être le cas si l'on considérait le principe de solidarité.

Désormais érigé au rang de principe, la solidarité⁵⁴ « (...) appelle à prendre en compte, dans toute prise de décision publique ayant une incidence notable sur l'environnement des territoires concernés, les interactions des écosystèmes, des êtres vivants et des milieux naturels ou aménagés » (art. L. 110-1-II 6° C. env.). En appliquant ce principe à l'aire de compensation il est tout-à-fait permis de penser que la personne qui mettra en œuvre la mesure devra tenir compte de l'interdépendance des fonctions écologiques entre plusieurs territoires. Plus encore, le débiteur de compensation devra tenir compte des « interactions des écosystèmes », des « êtres vivants » et des « milieux naturels ou aménagés ». À titre d'exemple, il serait permis de penser qu'une collectivité territoriale ayant une biodiversité riche et devant supporter le coût d'une telle mesure, pourra demander à une collectivité voisine qui bénéficie des services écosystémiques générés par cette biodiversité de participer à sa conservation⁵⁵. Plus généralement, le fonds mitoyen qui bénéficierait

54. À l'instar du principe de compensation naguère, le principe de solidarité écologique était à l'origine un outil permettant de répondre à la question juridique particulière des critères de zonage de l'aire optimale d'adhésion des Parcs nationaux (art. L. 331-1 al. 2 C. env.). Dans ce dernier cadre, l'approche en termes de proximité géographique s'avérait insuffisante.

55. Voir Icher L., « La dépense publique en matière environnementale : l'exemple de la protection des sols et des services », *infra*, à propos de la loi montagne du 28 décembre 2016.

d'une mesure de compensation au travers une amélioration d'un service écosystémique pourrait se voir demander une participation financière par l'aménageur. Depuis son introduction pour les Parcs nationaux le « principe » de solidarité n'a fait l'objet d'aucun développement jurisprudentiel à notre connaissance. Il faudra donc attendre de voir comment le juge se saisira de ce nouvel outil. Si le contenu normatif de ce nouveau principe est encore très incertain, il n'offre pas moins une vision dynamique de la biodiversité permettant la considération des services écosystémiques dans la mise en œuvre des mesures de compensations.

Parmi les principes généraux du droit de l'environnement, le principe de complémentarité⁵⁶ pourrait également rapprocher compensation et services écosystémiques. L'article L. 110-1 II 8° du Code de l'environnement constate que les acteurs économiques⁵⁷ prennent en compte les « interactions écosystémiques garantissant, d'une part, la préservation des continuités écologiques et, d'autre part, des services environnementaux qui utilisent les fonctions écologiques d'un écosystème pour restaurer, maintenir ou créer de la biodiversité ». En laissant de côté l'absence de normativité de la disposition⁵⁸, on peut relever les conséquences bénéfiques qu'apportent certaines activités agricoles. En raisonnant de manière prospective, c'est la place de l'agriculteur-producteur de biodiversité⁵⁹ qu'il convient de questionner. Est-ce que les pratiques se rapprochant d'une agriculture de conservation ou, à tout le moins, d'une agriculture biologique, ne peuvent-elles pas être considérées comme un voie possible de compensation ? Si, à l'avenir, une réponse positive était apportée cela permettrait de reconsidérer pleinement le rôle de l'agriculteur dans

56. Pour la critique de la consécration de la complémentarité au titre de principe fondamental voy. Doussan I., « Vive la complémentarité de l'agriculture et de l'environnement », in Cans Ch., Cizel O., *Loi Biodiversité, ce qui change en pratique, op. cit.*, p. 77.

57. Plus particulièrement les agriculteurs semble-t-il, même si le principe intègre l'article L110 ; voy. Van Lang A., « La loi Biodiversité du 8 août 2016 : une ambivalence assumée », précité.

58. Champeil-Desplats V., « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 21, janv. 2007 ; du même auteur, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, p. 262, n° 422 et s. spéc. n° 431 ; Comp. avec la décision n° 2016-737 DC du 4 août 2016 du Conseil constitutionnel, relative au contrôle a priori de la loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, voy. spéc. le considérant n° 7 relatif à la normativité du principe de non-régression.

59. Labous K., Gruger H., « Produire de la biodiversité : un avenir pour les agriculteurs », *Dr. Env.* n° 259, sept. 2017, p. 291.

la mise en œuvre des mesures compensatoires et dans la protection des sols qu'il exploite. Partant il favoriserait également la protection des services qu'il en retire. Une des conséquences profitables serait un allègement de la pression foncière dans la mise en œuvre des mesures de compensation, déjà évoquée.

B. PERSPECTIVES CRITIQUES DE LA COMPENSATION ÉCO-CENTRÉE

Concernant la réception du nouveau dispositif, la loi Biodiversité a connu une longue gestation mais donne naissance à 174 articles et consacre de nombreux mécanismes qui pourront s'influencer et dont il est, pour l'heure, impossible d'étudier la portée. Le temps de l'exégèse cédera progressivement sa place à celui du contentieux et c'est à ce moment que de nombreuses réponses seront apportées.

D'un point de vue technique, le vocabulaire utilisé par la loi nouvelle révèle une approche essentiellement comptable du droit de l'environnement puisque les mesures de compensation doivent avoir pour objectif, à tout le moins, une « absence de perte nette », voire un « gain de biodiversité » (art. L. 110-1-II 2° C. env.). L'idée, concernant les sites naturels de compensation, est donc de remplacer une unité de biodiversité par une autre. Mais cela implique, en droit, une fongibilité⁶⁰ bien difficile à concevoir en pratique. « Le sol, fait remarquer Mme Desrousseaux, est un bien cessible, appropriable et disponible, mais sa qualité, c'est-à-dire les services écologiques qui y sont liés, ne peut en être détachée de manière à rendre possible leur destruction en un lieu et leur compensation en un autre, sans perdre leur substance »⁶¹. En dépassant cet aspect lié à la notion de fongibilité, on pourra même voir dans la compensation opérée sur un site différent une contradiction avec le principe de solidarité écologique visant la prise en compte de l'interdépendance entre les écosystèmes qui revêt nécessairement une dimension territoriale. Le législateur prenant acte de cette incohérence demande à ce que la compensation s'opère « en priorité » sur le « site endommagé » ou, « en tout état de cause », « à proximité ». Ce caractère de la compensation a conduit la doctrine à une critique parfois très appuyée

60. Zenati Fr., Revet Th., *Les biens*, PUF, 3^e éd., §152 : « La fongibilité est la comparaison de laquelle il résulte que deux biens sont de mêmes espèce et qualité, ce qui rend possible le remplacement de l'un par l'autre ».

61. Desrousseaux M., 2016, *La protection juridique de la qualité des sols*, LGDJ, t. 13, p. 309.

à l'instar de Mme Camproux-Duffrène pour qui « compenser par anticipation, c'est nier le fonctionnement des écosystèmes et la spécificité de chaque écosystème. Compenser n'a pas comme effet de revenir à l'équilibre antérieur puisqu'il existe encore, c'est organiser une destruction future et certaine et en prévoir des contreparties »⁶². L'acquisition d'« unités » renforce cette idée et semble représenter une dénégation complète de la spécificité bio-physico-chimique de chaque sol⁶³ qui fera l'objet d'une mesure de compensation. Toute la question réside dans la pertinence et l'efficacité de ces « contreparties »⁶⁴.

En définitive, les difficultés principales seraient de trois ordres. Il y a d'abord deux logiques qui s'opposent, elles tiennent à l'ontologie du droit de l'environnement : protège-t-on le sol *per se* ou protège-t-on le service rendu ? Plus précisément, en attribuant une valeur d'usage à une fonction écologique le législateur n'a-t-il pas introduit un biais entre fonction et service ? On aurait en effet du mal à concevoir la fongibilité d'une fonction convertissable en unité de biodiversité sans penser que les services écosystémiques ne le seraient pas⁶⁵. La loi n'est pas claire à ce sujet : elle intègre dans le patrimoine naturel la notion de service mais l'exclut quand il s'agit de compensation. Pourtant, il semble difficile de disjoindre les deux au moment où l'on réalise les mesures.

Il y a, ensuite, dans la loi et dans ses décrets d'application, un manque de précisions concernant la mise en œuvre et le contrôle

62. Camproux-Duffrène M.-P., « Le marché d'unités de biodiversité : questions de principe », *RJE* 2008, p. 87 ; *adde* Van Lang A., « La compensation des atteintes à la biodiversité : de l'utilité technique d'un dispositif éthiquement contestable », *RDI* 2016, p. 586.

63. Voy. Berthet E., *Concevoir l'écosystème, un nouveau défi pour l'agriculture*, Paris, Presses des MINES, 2014.

64. V. Maris V., *Nature à vendre, Les limites des services écosystémiques*, Quae, 2014, spéc. p. 58 et ss. : l'auteur y dénonce une « marchandisation de la nature » (« la transformation d'un bien ou d'un service en marchandise implique trois prérequis : que l'objet de l'échange soit réductible, appropriable et substituable. Nous allons voir maintenant que, en ce qui concerne les services écosystémiques, chacun de ces prérequis pose problème ») ; du même auteur, *Philosophie de la biodiversité, Petite éthique pour une nature en péril*, Buchet/ Castel, 2016.

65. V. Martin G.-J., « Les « biens-environnements ». Une approche par les catégories juridiques », *RIDE* 2/2015, t. XXIX, p. 139 : « (...) le bien et les services (par exemple la biodiversité et les services qu'elle fournit) demeurent alors dans leur matérialité hors du commerce juridique, mais dans des titres dématérialisés représentant l'investissement nécessaire à leur production et à leur gestion. Ces titres sont évidemment des biens dans le commerce juridique ».

des mesures compensatoires. Cela tient à la problématique même du sol et des services y étant attachés : l'ancrage à la spécificité d'une terre particulière ne se laisse que très difficilement enfermer dans le cadre général de la loi. La complexité et la spécificité de chaque sol appelleraient presque un régime de compensation particulier que le caractère général et impersonnel de la loi a pour l'instant du mal à protéger. Il y a en plus un manque en terme d'indicateurs qui ne permet de chiffrer et de qualifier les gains de biodiversités corrélatives aux pertes⁶⁶. Le législateur aurait livré le dispositif sans la notice d'utilisation. Pour une grille de lecture commune il faudra très certainement se tourner vers les outils de budgétisation des politiques publiques⁶⁷.

Enfin, la réflexion sur la compensation s'insère dans un champ notionnel nouveau qui n'a, pour l'heure, pas encore subi la patine du temps. Équivalence, service, fonction, additionnalité, solidarité, proximité, gain, perte nette etc. sont autant d'outils avec lesquels le juriste devra construire une protection plus efficace des sols tout en assurant la pérennité des services qu'ils rendent à celles et ceux qui l'exploitent.

66. V. Regnery B., 2013, *Les mesures compensatoires pour la biodiversité. Conception et perspectives d'application*, thèse de doctorat en Sciences de l'Écologie, Université Pierre et Marie Curie.

67. V. *infra* Icher L., « La dépense publique en matière environnementale : l'exemple de la protection des sols et des services ».

La commande publique de compensation environnementale : un impensé de la loi Biodiversité

Hélène HOEPFFNER

Professeur, Université Toulouse Capitole
IEJUC, F-31000

Le Code de l'environnement prévoit, dans certaines hypothèses, qu'un porteur de projet de construction et de travaux d'infrastructures publiques ou de bâtiments privés soit contraint de respecter une séquence dite ERC : éviter, réduire, compenser¹. Celle-ci lui impose, lors de la mise en œuvre d'un projet artificialisant des terres, de minimiser ses impacts environnementaux. Il est tenu d'« éviter les effets négatifs notables du projet sur l'environnement ou la santé humaine et de réduire les effets n'ayant pu être évités ». Puis, si ces effets négatifs « n'ont pu être ni évités ni suffisamment réduits », il doit mettre en œuvre des mesures de compensation c'est-à-dire mener « un ensemble d'actions écologiques permettant de contrebalancer les pertes de biodiversité dues à des projets d'aménagement, lorsque l'aménageur n'a pu ni éviter ces pertes ni les réduire »².

L'obligation de compenser n'est pas nouvelle³. Elle figure dans notre droit depuis la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature. Elle a ensuite été progressivement étendue, notamment par les textes réformant l'étude d'impact⁴. Le résultat de

1. Pour le champ d'application de cette séquence, v. Lucas M., *Etude juridique de la compensation économique*, thèse Strasbourg, 2012, LGDJ Biblio. Droit Urba. Envir., 2015.

2. *Compenser les atteintes à la biodiversité : expériences internationales et enseignements pour la France*, 2012 (en ligne).

3. Sur l'historique de l'évolution de la compensation écologique, v. Lucas M., thèse préc., pp. 11 et ss. et pp. 103 et ss.

4. Loi n° 2010-788 du 12 juill. 2010 portant engagement national pour l'environnement ; décret n° 2011-2019 du 29 déc. 2011 portant réforme des études d'impact ; ordonnance n° 2016-1058 du 3 août 2016 et décret n° 2016-1110 du 11 août 2016 relatifs à la

cet essor est cependant apparu en demi-teinte. On pouvait s'inquiéter de l'éparpillement des dispositifs formalisant cette obligation. D'aucuns n'ont d'ailleurs pas manqué de souligner à quel point la mise en œuvre des mesures compensatoires était laborieuse⁵. Cela a conduit le Gouvernement à publier une doctrine nationale, sous la forme de guides méthodologiques à caractère non contraignant⁶, assortie de lignes directrices⁷ et à mettre en place des groupes de travail ministériels⁸. Cela a aussi conduit à plusieurs réformes et, en particulier, à la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 relative à la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages⁹.

Ce texte donne force de loi à la séquence ERC dans un nouveau chapitre du Code de l'environnement (chap. III du titre VI du livre I^{er}) réglementant la compensation *ex ante*, c'est-à-dire l'ensemble des actions mises en œuvre pour contrebalancer les dommages induits – mais non encore réalisés – par un projet d'aménagement, plan ou programme sur l'environnement qui n'ont pas pu être suffisamment évités ou réduits. En tête de ces nouvelles dispositions, l'article L. 163-1 du Code de l'environnement définit l'obligation de compensation¹⁰. Il en fait une déclinaison du principe de prévention des atteintes à la biodiversité. *In fine*, il précise que « 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 ».

modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes.

5. Lucas M., « La compensation environnementale, un mécanisme inefficace à améliorer », *RJE* 2009, n°1, p. 59.

6. MEDDTL, *Doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel*, mai 2012 ; CGDD, *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, MEDDE, oct. 2013.

7. CGDD, *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, *op. cit.*

8. *Rapport du Groupe de travail « Améliorer la séquence Eviter - réduire - compenser »*, janv. 2015 ; *Moderniser l'évaluation environnementale*, mars 2015.

9. V. not. Grimonprez B., « La compensation écologique d'après la loi biodiversité », *Dr. Patr.*, 1^{er} nov. 2016, n°263 ; Martin, G.-J., « La compensation écologique : de la clandestinité honteuse à l'affichage mal assuré », *RJE*, 2016, n° 4, p. 606 ; Van Lang, A., « La compensation des atteintes à la biodiversité : de l'utilité technique d'un dispositif éthiquement contestable », *RDI* 2016, p. 586 ; dossier de la revue *EEI*, 2017, n° 6 ; Dupont V., Lucas M., « La loi pour la reconquête de la biodiversité : vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique ? », *Cahiers Droit Sciences & Technologies*, 2017, n° 7, p. 143.

10. Combe M., « Le régime juridique de l'obligation de compensation écologique », *EEI* 2017, n° 6, dossier 8.

Le même article détaille ensuite les instruments juridiques permettant de mettre en œuvre cette obligation. Le maître d'ouvrage dispose d'un choix entre trois méthodes pouvant être mises en œuvre de manière alternative ou cumulative. Deux d'entre elles reposent sur la technique contractuelle¹¹. Le maître d'ouvrage peut effectuer lui-même les mesures de compensation, confier, par contrat, l'exécution des mesures de compensation à un « opérateur de compensation » ou se tourner vers un professionnel de la compensation « qui aura, sur ses propres sites, produit de la valeur écologique traduite en titres (les unités de compensation) et les lui acheter pour remplir son obligation »¹².

Il n'y a pas lieu ici de reprendre les analyses de ces contrats réalisées en droit de l'environnement, par le prisme du droit civil¹³. Il s'agit de les confronter au droit des contrats administratifs et, plus précisément, au droit de la commande publique.

Le législateur est resté muet sur la nature juridique de ces contrats, contrairement à ce qu'il a fait il y a quelques années pour les contrats Natura 2000 en soumettant les litiges y afférant à la juridiction administrative (art. L. 414-4-I al 3 C. envir.). A. Van Lang¹⁴ regrette ce silence, estimant que « compte tenu de la finalité de compensation de la biodiversité (assurément d'intérêt général), il eût été judicieux que la loi identifie un contrat administratif, quelle que soit la nature des parties ».

Le présent article entend proposer un autre raisonnement en se posant la question de savoir dans quelle mesure ces contrats de compensation peuvent être qualifiés de contrats de la commande publique¹⁵, c'est-à-dire un contrat par lequel « une personne

11. Lucas M., « Le contrat au service de la compensation écologique », *EEI*, 2017, n° 6, dossier 11 ; Hautereau-Boutonnet M., « La reconquête de la biodiversité par la conquête du droit civil... », *JCP G* 2016, 948 ; Monteillet V., *La contractualisation du droit de l'environnement*, thèse Montpellier, NBT Dalloz 2017, n° 48 et ss.

12. Lucas, M., précité.

13. Cf. *supra* Alidor B. « Compensation et services écosystémiques ».

14. Van Lang A., art. préc. V. également : Monteillet S., thèse préc. p.88.

15. L'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 définit les contrats de la commande publique comme ceux par lesquels une autorité adjudicatrice passe un contrat destiné à satisfaire ses besoins ou ceux des usagers « ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation ou la délégation d'un service public » et dont la passation est soumise à des règles de publicité et de mise en concurrence.

publique cherche à se procurer un bien ou un service, y compris ce service d'une nature un peu particulière qui consiste à gérer avec une relative autonomie une activité ou un équipement »¹⁶. Il est traditionnellement admis que les contrats de la commande publique se répartissent en deux grandes catégories. D'une part, les marchés publics qui sont « les contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs (appelés acheteurs), pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services » (art. 4 ordonnance 23 juillet 2015). D'autre part, les contrats de concessions qui « sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes », c'est-à-dire un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou autorités adjudicatrices (art. 8, ordonnance 29 janv. 2016) « confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix » (art. 5, *ibid*).

Si tel est le cas, lorsqu'ils sont passés par des personnes morales de droit public, ils sont nécessairement des contrats administratifs dans la mesure où les articles 3 des ordonnances du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concessions qualifient les marchés publics et les contrats de concession passés par les personnes morales de droit public de contrats administratifs. Comme en droit de la commande publique, il existerait ainsi une dichotomie entre, d'une part, les contrats conclus par un maître d'ouvrage public, qui seraient administratifs par détermination de la loi et, d'autre part, ceux conclus par un maître d'ouvrage privé, qui seraient des contrats de droit privé¹⁷.

A priori, il ne fait guère de doute que les contrats de compensation, qu'il s'agisse des contrats conclus avec un opérateur de compensation en vue que celui-ci réalise des prestations de compensation ou des contrats ayant pour objet l'acquisition d'unités de compensation tendent à satisfaire le besoin du maître de l'ouvrage débiteur de

16. Delacour E., « Les fondements et les orientations de la commande publique : du marché public à l'achat public », *CMP* 2005, étude 6 ; Eckert G., « Réflexions sur l'évolution des contrats publics », *RFDA* 2006, p. 238.

17. Ce qui signifie que leurs régimes juridiques sont distincts et que leurs contentieux relèvent de deux juridictions différentes.

l'obligation de compensation. Il convient néanmoins de s'en assurer (I). Il convient ensuite de confronter leur régime juridique, issu du Code de l'environnement, aux règles de la commande publique (II).

I. L'IDENTIFICATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE DE COMPENSATION

Pour que le contrat de compensation puisse être qualifié de contrat de la commande publique, il faut d'une part, que le maître d'ouvrage, débiteur de l'obligation de compensation, soit susceptible d'être qualifié de pouvoir adjudicateur (A) et d'autre part, que le contrat ait pour objet de satisfaire le besoin de celui-ci en matière de travaux, de fournitures ou de services (B).

A. LE CRITÈRE ORGANIQUE : LE DÉBITEUR DE L'OBLIGATION DE COMPENSATION, UN POUVOIR ADJUDICATEUR

L'obligation de compenser s'impose au « maître d'ouvrage », c'est-à-dire à « l'auteur d'une demande d'autorisation concernant un projet privé ou l'autorité publique qui prend l'initiative d'un projet » (art. L. 122-1-I-1° C. envir.). A défaut de pouvoir exécuter lui-même cette obligation, il contracte avec un « opérateur de compensation », c'est-à-dire une personne « chargée de mettre en œuvre les mesures de compensation des atteintes à la biodiversité et de les coordonner à long terme » (art. L. 163-1-III), sans néanmoins préciser le statut de celui-ci (public ou privé) ou ses compétences. Cet opérateur de compensation peut ainsi aussi bien être un agriculteur, qu'une association, un bureau d'études, un conservatoire d'espaces naturels ou une collectivité territoriale¹⁸. Il désigne une entité dotée d'un savoir-faire de terrain pour recréer des milieux, déplacer et réimplanter des espèces.

Aux termes des ordonnances des 23 juillet 2015 et 29 janvier 2016 relatives respectivement aux marchés publics et aux contrats de concession, les règles de la commande publique s'imposent aux « pouvoirs adjudicateurs » lorsqu'ils contractent avec un

18. Lucas M., « Collectivités locales et compensation écologique, quelles perspectives ? », *Droit et Ville*, 2017, à paraître.

« opérateur économique ». En droit français, la notion de pouvoir adjudicateur désigne trois catégories d'entités (art. 10, ordonnance 23 juill. 2015) : les « personnes morales de droit public », quels que soient leur forme juridique et leur objet (ex. les collectivités territoriales, les établissements publics) ; les « personnes privées relevant de la catégorie des organismes de droit public » (ex. des sociétés d'économie mixte) ; et « les organismes de droit privé constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun », c'est-à-dire des entités *ad hoc*, créées en vue d'une coopération publique. La notion d'opérateur économique désigne quant à elle « toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services » (art. 13, ordonnance 23 juill. 2015). Il est une entité qui offre une prestation « sur un marché », la jurisprudence française ayant précisé qu'il doit intervenir « sur un marché concurrentiel »¹⁹.

Il ne fait guère de doute que le contrat de compensation, conclu entre un maître d'ouvrage et un opérateur de compensation peut remplir ce critère organique du contrat de la commande publique. Le maître d'ouvrage au sens du droit de l'environnement peut être un pouvoir adjudicateur (ex. une collectivité territoriale). L'opérateur de compensation peut être un opérateur économique au sens du droit de la commande publique car il devrait intervenir sur un marché concurrentiel : celui de la réalisation de prestations de compensation. Tel est le cas de CDC Biodiversité, filiale de la CDC ou du groupement d'intérêt public créé par le Département des Yvelines spécialisé dans la compensation²⁰.

Un doute peut en revanche être émis concernant le gestionnaire d'un site naturel de compensation. Il n'est guère contesté que, selon le sens commun, il y a bien un marché des unités de compensation dès lors qu'il y a une offre et une demande de ce bien particulier qu'est

19. CE, sect., 6 avr. 2007, Cne Aix-en-Provence, n° 284736 : v. not. *CMP* 2007, comm. 191, Eckert G. ; *D.* 2007. 2617, Clamour G. ; *RFDA* 2007, p. 812, concl. Séners F., et 821, note Douence, J.-C. ; CE 3 fév. 2012, Cne Veyrier du Lac, n° 353737 ; *AJDA* 2012, p. 555, Richer L. ; *BJCP* 2012, p. 153, concl. Dacosta B. ; *CMP* 2012, comm. 78, Zimmer W. ; *Dr. Adm.* 2012, comm. 33, Brenet F. ; *RTD eur.* 2012. 940, Muller E.

20. <http://lagazette-yvelines.fr/2017/02/16/biodiversite-collectivites-sassocient-compenser-pertes/>

l'unité de compensation. Mais, il n'y a pas de marché au sens des marchés qui existent en matière financière, de matières premières ou de quotas d'émission de gaz à effet de serre²¹, notamment parce que l'émission de chaque unité n'est pas interchangeable. Elle est attachée aux caractéristiques environnementales de chaque site et le marché sur lequel elle s'achète est nécessairement local. Cette exigence figure expressément à l'article L. 163-1 du Code de l'environnement qui dispose que « les mesures de compensation sont mises en œuvre en priorité sur le site endommagé, ou, en tout état de cause, à proximité de celui-ci, afin de garantir ses fonctionnalités de manière pérenne ». Il nous semble qu'au regard du droit de la commande publique néanmoins, le gestionnaire d'un tel site émettant des unités de compensation exerce bien une activité économique au sens de la jurisprudence européenne qui la définit plus largement comme « toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné »²². Il nous semble donc qu'il doit tout autant être qualifié d'opérateur économique.

B. LE CRITÈRE MATÉRIEL : LA SATISFACTION D'UN BESOIN DE COMPENSATION

Il convient de distinguer les deux catégories de contrats créés par la loi Biodiversité, ceux qui ont pour objet la réalisation d'actions compensatoires (1), ou l'achat d'unité de compensation (2.).

1) Le(s) contrat(s) ayant pour objet la réalisation d'actions compensatoires

a) Le contrat principal

La loi a créé un contrat permettant au maître d'ouvrage de confier la réalisation des actions compensatoires à un « opérateur de compensation » chargé de « mettre en œuvre les mesures de compensation des atteintes à la biodiversité et de les coordonner à long terme » (art. L. 163-1-III C. envir.). Du point de vue du droit de la commande publique, la question se pose de savoir si, compte tenu de son objet et du mode de rémunération de cet opérateur, un tel contrat peut être qualifié de marché public (de travaux, de services

21. V. les arguments de Trébulle F.-G., « Les titres environnementaux », *RJE* 2011, n° 2 p. 203.

22. CJCE 12 sept. 2000, Pavalov, aff. C-180 à 184/98.

ou de fournitures) ou de concession ce qui a des conséquences sur son régime juridique (*cf. infra* 2^e partie).

Aux termes de l'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, le marché public est « un contrat à titre onéreux » ayant pour objet de « répondre aux besoins de l'acheteur en matière de travaux, de fournitures ou de services ». Cela signifie que la rémunération de son titulaire prend la forme d'un prix, c'est-à-dire d'une somme d'argent versée directement par l'acheteur ou, plus généralement, d'une « contreprestation à laquelle procède l'autorité publique pour obtenir la prestation commandée »²³. Plus précisément ensuite, le marché de travaux est le contrat par lequel l'acheteur se procure des travaux immobiliers, ayant une emprise au sol, par l'intermédiaire d'un entrepreneur²⁴. Le marché de fournitures est le contrat par lequel l'acheteur se procure des produits ou biens mobiliers par l'intermédiaire d'un fournisseur²⁵. Le marché de services a « pour objet la réalisation de prestations de services » (art. 5-III).

Le marché public se distingue du contrat de concession par le mode de rémunération de son titulaire. Dans le cadre du second, l'opérateur se rémunère en exploitant l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat. Plus précisément, aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, le critère de distinction réside dans la prise d'un risque d'exploitation. L'opérateur se voit « transfér(er) un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui a fait l'objet du contrat soit ce droit assorti d'un prix ».

Pour répondre à la question sus-posée, il convient de s'interroger sur l'objet d'un contrat ayant pour objet de confier la réalisation des actions compensatoires à un opérateur de compensation et sur le mode de rémunération de ce dernier.

23. CJCE 12 juill. 2001, *Ordre des architectes de la province de Milan*, aff. C-399/98.

24. Il « a pour objet : a) soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au JORF ; b) soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception » (art. 5-I).

25. Il a « pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits » (art. 5-II).

Ce contrat de compensation a pour objet de confier à l'opérateur de compensation le soin de « mettre en œuvre les mesures de compensation des atteintes à la biodiversité et de les coordonner à long terme ». Comme l'explique M. Lucas²⁶, il s'agit d'« un contrat de gestion de mesures compensatoires », ces dernières prenant la forme de compensations physiques et biologiques sur des milieux (ex. restauration/création de zones humides, défrichage et replantation), lesquelles peuvent être assorties de mesures dites d'accompagnement, qui visent à mettre en œuvre des actions complémentaires de type études patrimoniales, acquisitions de connaissances. Au sens du droit de la commande publique, même si certaines de ces opérations de compensation ont une emprise sur le sol, il est douteux de considérer qu'une telle prestation consiste à fournir des travaux. Il s'agit plus vraisemblablement de prestations de services, ainsi que le suggère une jurisprudence considérant que des travaux d'entretien d'espaces verts constituent des services d'entretien²⁷ et que par voie de conséquence, les marchés qui s'y rapportent constituent des marchés publics de services. En pratique néanmoins, on apprend que certains maîtres d'ouvrages se procurent des prestations de compensation par l'intermédiaire d'un marché de travaux dont l'objet est principalement la réalisation d'un travail immobilier. Tel est le cas dans le cadre de l'actuel projet de « cluster » scientifique et technologique Paris-Saclay nécessitant la construction de bureaux, de routes et d'un métro sur des terres agricoles. Ces constructions ayant entraîné la destruction de mares et de zones humides qui contenaient des espèces biologiques rares, elles ont nécessité de recréer des milieux humides artificiels. L'établissement public d'aménagement Paris-Saclay (Epaps) a néanmoins conclu un marché de travaux publics. En effet, la destruction de ces zones humides entraînant un risque d'inondations, il a fait construire un bassin de rétentions d'eaux pluviales. L'avis d'attribution du marché public indique qu'il s'agit de la première destination du bassin. Ce n'est qu'*in fine* qu'est citée « la réalisation d'une mare de compensation » qualifiée de travaux connexes.

Le Code de l'environnement est en revanche muet quant à la rémunération de l'opérateur de compensation. Selon le directeur de la

26. Lucas M., art. préc., *EEI* juin 2017.

27. Au sens de l'annexe I.A. de la directive services n° 92/50 et de l'article 379.I du Code des marchés publics dans sa version antérieure à 2001.

CDC Biodiversité, Ph. Thievent²⁸, un tel contrat « permet au maître d'ouvrage d'externaliser la totalité des risques d'exécution qui sont portés par l'opérateur de compensation »²⁹. Au sens du droit de la commande publique cependant, on peine à croire qu'il s'agisse d'un transfert de risque assimilable à celui qu'assume un concessionnaire de services. Dans le cadre d'un contrat de compensation, l'opérateur est payé par le maître de l'ouvrage pour réaliser des prestations : s'il ne parvient pas à amortir les investissements financés ou les coûts supportés lors de l'exécution du contrat, cela est dû à une mauvaise estimation des coûts lors de la conclusion du contrat et non à une exposition aux aléas du marché. Dans cette perspective, le contrat de compensation peut être rapproché d'un contrat d'entreprise connu en droit de l'environnement consistant à payer un prestataire pour des services environnementaux³⁰. La difficulté est identique : déterminer le juste prix du service³¹, en fonction des investissements consentis pour la protection de la biodiversité.

Nous en concluons que lorsqu'un tel contrat de compensation est conclu entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur de compensation, il doit être qualifié de marché public de services.

b) Les contrats accessoires

A côté de ce contrat, le Code de l'environnement fait allusion à d'autres contrats susceptibles d'être conclus dans la perspective de garantir ce qu'il est appelé « la maîtrise foncière des zones de compensation » lorsque le terrain sur lequel les mesures compensatoires vont être réalisées n'appartient ni au maître d'ouvrage, ni à l'opérateur de compensation (art. L. 163-2) mais, par exemple, à un agriculteur³², à une collectivité publique ou à un

28. Thievent Ph., « La pratique de la compensation écologique », *EEI* 2017, n° 6, dossier 9 ; « La pratique de la CDC Biodiversité : 10 ans d'expérience de gestion de site naturel de compensation », colloque *La compensation écologique en questions, Journées scientifiques de l'Université de Nantes*, 2 juin 2017.

29. Ce qui n'augure rien du fait que le maître d'ouvrage reste responsable de l'exécution de la compensation devant l'autorité administrative (art. L. 163-1-III al.2 C. envir.).

30. V. Monteiller, thèse préc. n° 123 et ss ; Langlais A., « Les paiements pour services environnementaux, une nouvelle forme d'équité environnementale pour les agriculteurs ? Réflexions théoriques », *Envir. et DD* janv. 2013, étude 4.

31. Romi R., « La notion de 'performance écologique' et la rémunération des contrats en matière d'environnement », *Dr. Envir.* 2009, n° 168, p. 3.

32. Etrillard C., « La compensation écologique : une opportunité pour les agriculteurs ? », *RD rur.* 2016, étude 10.

particulier. Il faut alors que le maître de l'ouvrage ou l'opérateur de compensation trouve le(s) terrain(s) disponible(s) pour réaliser la compensation, puis les acquière ou les « maîtrise » grâce à un contrat de location de longue durée et garantisse leur affectation à long terme à cette mission de compensation, une telle recherche étant d'autant plus délicate que la (ou les) parcelle(s) identifiée(s) doit être située(s) à proximité du projet et satisfaire le critère d'équivalence écologique.

La qualification de tels montages contractuels soulève, selon nous, des difficultés.

Lorsque le maître d'ouvrage ou l'opérateur de compensation est une personne privée, ces contrats accessoires semblent être des contrats de droit privé : contrat de vente pour acquérir un terrain ou de bail pour le louer. Il est de surcroît prévu que l'opérateur de compensation, devenu propriétaire, pourrait solliciter le concours des exploitants, en utilisant le bail rural environnemental, dans les conditions prévues par la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt (art. L. 411-27 C. rur.)³³. Lorsque le maître d'ouvrage ou l'opérateur de compensation est une personne publique en revanche, ces contrats accessoires peuvent être des contrats administratifs. Imaginons les configurations où le terrain support de la compensation est acheté. S'il est acheté à une personne privée, il s'agit d'un contrat de vente conclu entre une personne publique et une personne privée : il est un contrat de droit privé, sauf s'il comporte une clause exorbitante du droit commun. Si, au contraire, il est acheté à une personne publique qui vendrait une parcelle de son domaine privé (son domaine public étant inaliénable), la qualification du contrat dépend de la personne publique vendeuse. Si l'Etat cède un terrain de son domaine privé, il s'agit d'un contrat administratif par détermination de la loi (art. L. 3231-1 CGPPP)³⁴. En revanche, si une autre personne publique cède un terrain de son domaine privé, il ne s'agit d'un contrat administratif qu'exceptionnellement, lorsque le contrat de vente comporte une clause exorbitante³⁵.

33. V. l'article de Krajewski D. « Travail du sol, services écosystémiques et bail rural ».

34. CE 8 nov. 1974, Époux Figueras, *Rec.* 545 ; Cass. 16 oct. 1963, SCI Tour Perret, *Bull I* p. 439 ; TC 6 juin 2011, Préfet de Seine et Marne, *BJCP* 2011, p. 481.

35. CE 10 fév. 2016, n° 373664, Sté. Générin ; TC 6 juin 2016, Cne d'Aragnouet, n° 4051, *CMP* 2016, comm. 198, Ubaud-Bergeron M.

Toutes ces qualifications sont toutefois susceptibles d'être discutées si l'on envisage ces contrats relatifs à la maîtrise du foncier comme des accessoires du contrat de compensation, faisant partie d'un ensemble contractuel³⁶. Un ensemble contractuel désigne plusieurs contrats concourant à une même opération économique mais n'ayant pas à proprement parler le même objet : par exemple, un contrat de cautionnement ou de garantie d'un emprunt, qui serait l'accessoire d'un marché public. En application de cette théorie dite des contrats administratifs par accessoire, des contrats qui, considérés isolément, seraient qualifiés de contrats de droit privé, vont être qualifiés d'administratifs parce qu'ils dépendent de tels contrats. Pour identifier un tel ensemble contractuel indivisible, le juge recherche si la conclusion de l'une des conventions est subordonnée à celle de l'autre ou si les prestations de l'une n'ont d'intérêt ou ne sont possibles qu'au regard de l'autre. Il recherche si les conventions sont imbriquées au point ne plus former qu'une convention unique³⁷. Dans le cas d'un contrat de compensation, la question se pose de savoir si, lorsque le contrat principal est un contrat administratif (cf. ci-dessus), le contrat relatif à la maîtrise du foncier ne devrait pas, par application de cette théorie, être qualifié de contrat administratif. Il ne fait en effet guère de doute que la réussite de l'opération de compensation dépend hautement de cette maîtrise du foncier dont elle est indissociable puisqu'à défaut de posséder ou de maîtriser un terrain susceptible d'accueillir la compensation, le maître de l'ouvrage devra se tourner vers la seconde catégorie de contrat proposé par le Code de l'environnement : le contrat d'acquisition d'unités de compensation.

2) Le contrat d'acquisition d'unités de compensation

La loi Biodiversité créé également un contrat portant sur l'acquisition d'unités de compensation dans le cadre d'un site naturel de compensation³⁸. Un tel contrat, lorsqu'il est conclu par un pouvoir adjudicateur, devrait être qualifié de marché public de fournitures, contrat conclu à titre onéreux par lequel un acheteur se procure des produits ou biens mobiliers par l'intermédiaire d'un fournisseur (art. 5-II, ordonnance 23 juill. 2015).

36. Mollion G., « La théorie de l'accessoire dans les contrats publics », *CMP* 2009, étude 10.

37. Concl. Genevois B. sur CE 6 mai 1985, Assoc. Eurolat, n° 41589, *RFDA* 1986, p. 26.

38. Cf. *supra* Alidor B., « Compensation et services écosystémiques ».

Certes, la loi ne précise pas ce qu'est une unité de compensation. Elle n'a pas conceptualisé cette notion, ni précisé les conditions d'émission desdites unités, contrairement à ce qu'elle a pu faire pour les quotas de gaz à effet de serre qu'elle a expressément qualifié de « biens meubles exclusivement matérialisés par une inscription au compte de leur détenteur (...) Ils sont négociables, transmissibles par virement de compte à compte et confèrent des droits identiques à leurs détenteurs » (art. L. 229-15 C. envir.). Mais si l'on se fie à la doctrine civiliste³⁹, ces unités sont des biens dans la mesure où d'après le législateur, elles doivent être acquises, que dès lors qu'elles ne peuvent être immeubles, elles sont meubles et plus exactement des meubles incorporels puisque ces titres ne portent pas sur la nature elle-même mais sur un service permettant de compenser la sa détérioration prévisible : « le bien et les services demeurent alors dans leur matérialité hors du commerce juridique, mais des titres dématérialisés représentent l'investissement nécessaire à leur production et à leur gestion. Ces titres sont évidemment des biens dans le commerce juridique »⁴⁰. Par suite, ces unités de compensation ne relevant ni de la catégorie des travaux, ni des services, elles sont des fournitures. Les contrats portant sur leur acquisition sont des marchés publics de fournitures.

Ces qualifications soulèvent un certain nombre de difficultés qu'il convient à présent d'envisager.

II. LE RÉGIME DES CONTRATS DE COMMANDE PUBLIQUE DE COMPENSATION

Les développements qui vont suivre entendent mettre en évidence quelques difficultés que risque de susciter la combinaison entre les dispositions du Code de l'environnement et du droit de la commande publique, au stade de la passation des contrats de compensation (A) comme à celui de leur exécution (B). Ils ne sont vraisemblablement pas exhaustifs.

39. Trébulle F.G., « Le marché des unités de biodiversité, quelles perspectives ? », *EEI* 2017, n° 6, dossier 1.

40. Martin G.-J., « Les “biens-environnements”. Une approche par les catégories juridiques », *RIDE économique*, 2/2015 (t. XXIX), p. 139.

A. L'ENCADREMENT DE LEUR PASSATION

Comme tout contrat de la commande publique, les contrats de compensation « respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures » (art. 1^{er}, ordonnance 23 juill. 2015). Le respect de ces principes implique notamment de lutter contre les conflits d'intérêts⁴¹, c'est-à-dire de préserver l'impartialité des acheteurs en sanctionnant les procédures dans le cadre desquelles un candidat pourrait être avantagé ou défavorisé en raison des liens qu'ils pourraient entretenir avec lesdits acheteurs. Le secteur de la compensation environnementale n'est pas à l'abri de tels risques de conflits d'intérêts⁴².

Comme tout contrat de la commande publique ensuite, les contrats de compensation environnementale doivent être conclus dans le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par les textes. Cela pourrait soulever trois difficultés. La première, au stade de la définition préalable des besoins de l'acheteur (1), la deuxième, au stade de l'allotissement des prestations objet du marché (2), la troisième au stade du choix de la procédure de dévolution concurrentielle (3).

1) L'obligation de compenser et la définition préalable du besoin de l'acheteur

De prime abord, la définition de l'étendue de l'obligation de compenser les impacts négatifs d'un projet de construction ne devrait pas poser de difficulté puisque les contrats de prestation de service et de gestion doivent reprendre les caractéristiques des mesures de compensations définies par l'arrêté d'autorisation. En réalité, il n'en est rien.

D'un point de vue environnemental, cette définition est complexe. L'objectif d'équivalence écologique que poursuit la compensation

41. Les directives du 26 février 2014 relatives aux marchés publics (2014/24, art. 24) et aux concessions (2014/23, art. 35) contiennent des dispositions explicites en ce sens.

42. Martin G.-J., « Les unités de compensation et l'organisation du marché », présentation dans le cadre d'une journée d'étude consacrée à la compensation organisée par IEJUC, Université Toulouse Capitole, 5 déc. 2016 ; Lucas M., art. préc., *Droit et Ville*, 2017, à paraître.

suppose que la conclusion d'un contrat ayant cette finalité soit précédée d'une étude concrète du milieu affecté, destinée à préciser l'étendue de l'obligation de compensation. Cela pose la question de savoir qui va procéder à cette étude. La conclusion d'un accord amiable entre les parties prenantes à l'opération étant exclue, il conviendra de faire appel à un tiers neutre. Cela pose également la question de savoir quand il faut procéder à cette étude. L'obligation de définir *ab initio* l'étendue de l'obligation de compensation doit être combinée avec la nécessité que les mesures la concrétisant doivent « être effectives pendant toute la durée des atteintes » (art. L. 163-1 C. env.) et avec le fait que les écosystèmes évoluent continuellement.

Or du point de vue du droit de la commande publique, cela a deux conséquences.

D'une part, la difficulté d'identifier *a initio* les mesures de compensation adéquates va se heurter à l'obligation qui incombe à l'acheteur public, avant le lancement de toute consultation, de déterminer « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire » et d'identifier les prestations susceptibles d'y répondre, grâce à des spécifications techniques contenues « dans les documents de marché, définissant les caractéristiques requises d'un matériau, d'un produit ou d'une fourniture » (art. 30 et 31, ordonnance 23 juill. 2015 ; art. 6, décret 25 mars 2016), faute de quoi la procédure de dévolution concurrentielle serait faussée.

D'autre part, la nécessité de recourir aux services d'un tiers pour procéder à une étude du milieu affecté avant la conclusion d'un contrat de compensation risque de nécessiter la conclusion d'un contrat distinct ayant pour objet de la commander.

2) Les opérations de compensation et l'allotissement du marché public

L'exécution d'une obligation de compensation écologique se décompose, le cas échéant, en plusieurs opérations/phases : maîtrise foncière ; réalisation d'études préalables ; réalisation de travaux de génie écologique ; gestion, entretien et suivi des mesures compensatoires ; conclusion de contrats d'assurance en vue d'obtenir une garantie bancaire contre le risque d'inexécution.

Du point de vue du droit de la commande publique, chacune de ces opérations est susceptible de donner lieu à un contrat spécifique (contrat de bail ou de vente ; marché public de prestations de services ; contrat d'assurance) et/ou à l'attribution d'un lot. En droit des marchés publics en effet, la conclusion d'un marché est soumise à la règle de l'allotissement qui est une technique par laquelle une opération est décomposée en plusieurs lots donnant lieu à la passation d'autant de marchés séparés. En principe, l'allotissement est obligatoire pour tous les acheteurs et ce afin de renforcer la concurrence et de permettre l'accès aux marchés publics des PME. Le nombre de lots est choisi librement par l'acheteur, en fonction des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique ou de la configuration géographique. Les candidatures et les offres déposées par les opérateurs économiques sont ensuite appréciées lot par lot. Exceptionnellement cependant, cette règle est écartée lorsque l'acheteur est dans l'impossibilité d'identifier des prestations distinctes en raison de l'objet du marché et qu'il n'est pas en mesure d'assurer lui-même « les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations » (art. 32, ordonnance 23 juill. 2015 ; art. 12, décret 25 mars 2016). Elle est également écartée dans les cas strictement énumérés où l'acheteur est autorisé à conclure un marché public global (art. 33 et s., ordonnance 23 juill. 2015). L'un d'entre eux mérite notre attention : le marché public global de performance, associant « l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations, afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique » (art. 34, ordonnance 23 juill. 2015).

Les mesures de compensation portant sur un processus global de reconstitution d'un écosystème par nature évolutif, les étapes successives ci-dessus décrites nous semblent difficilement dissociables les unes des autres. Dans le but de mener à bien l'opération de compensation, il n'est guère envisageable (ou à tout le moins efficace) de confier à des opérateurs de compensation différents la réalisation des travaux de génie écologique et leur suivi, lequel impliquera une adaptation des mesures en fonction de leurs effets.

De fait, l'outil contractuel le mieux adapté⁴³ apparaît donc comme étant le marché public global de performance.

Il reste néanmoins un obstacle. Dans les régions fortement urbanisées, le maître de l'ouvrage est souvent confronté à la difficulté de faire réaliser son obligation de compensation sur un site d'un seul tenant, remplissant toutes les conditions écologiques requises et, de surcroît, à proximité du lieu de son projet alors même que le Code de l'environnement prévoit que les mesures de compensation doivent être réalisées conformément à l'impératif fixé par le Code de l'environnement (art. L. 163-1-II)⁴⁴. Il est alors contraint de respecter son obligation en diversifiant les sites de compensation et/ou les contrats. Si du point de vue du droit de l'environnement, on peut regretter une perte de cohérence écologique et une difficulté pour contrôler l'effectivité de la compensation, du point de vue du droit de la commande publique, on peut y voir un argument supplémentaire pour imposer un allotissement des prestations en se fondant sur cet élément géographique. Il y aurait alors autant de prestataires que de sites de compensation.

3) Les opérateurs de compensation et la mise en concurrence

Une fois franchies ces étapes préalables, il convient d'organiser une procédure de dévolution concurrentielle permettant de faire se rencontrer cette demande et l'offre de compensation. A cette fin, il incombe d'abord à l'acheteur de choisir la procédure en fonction de la valeur estimée du besoin.

Lorsque celle-ci est égale ou supérieure aux seuils européens⁴⁵, il y a lieu de mettre en œuvre une des procédures formalisées : l'appel d'offres, la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif. Dans la mesure où ces deux dernières procédures

43. Le Bihan Graf Ch., Rosenblieh L., « Les marchés publics de compensation environnementale », *EEI* 2015, n° 6, prat. 6.

44. Quétier F., Quenouille B., Schwoertz F., Gaucherand S., Lavorel S. et Thiévent P., « Les enjeux de l'équivalence écologique pour la conception et le dimensionnement de mesures compensatoires d'impacts sur la biodiversité et les milieux naturels », *Sciences, eaux et territoires*, IRSTEA, HS 25 mars 2012.

45. Actuellement : pour les marchés de travaux, 5 225 000 € HT ; pour les marchés de fournitures et de services de l'État et de ses établissements publics, 135 000 € HT ; pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales et des établissements de santé, 209 000 € HT : art. 42, ordonnance 23 juill. 2015 ; art. 25, décret 25 mars 2016.

permettent d'engager une négociation, leur utilisation est strictement encadrée. Elle est réservée à une série hypothèses listées par l'article 25 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Trois d'entre elles pourraient concerner les marchés de compensation environnementale : celle où « le marché public comporte des prestations de conception », celle où « le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent » et celle où « le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique ».

Lorsque la valeur estimée du besoin est inférieure aux seuils européens, l'acheteur de compensation peut recourir à « une procédure adaptée dont il détermine librement les modalités en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat ». Cette procédure l'autorise, le cas échéant, à négocier avec les candidats, à condition de l'avoir indiqué dans les documents de la consultation.

Enfin, dans les seuls cas prévus par l'article 30 du décret du 25 mars 2016, l'acheteur de compensation pourra conclure un marché sans publicité ni mise en concurrence préalable. Outre l'hypothèse où la valeur estimée du besoin est inférieure à 25 000 euros HT (art. 30, 8°) qui risque fort de ne jamais se rencontrer (si l'on songe qu'une seule unité de compensation sur le site de Cossure a été évaluée à 35 000 €⁴⁶, soit un montant supérieur au seuil plancher de 25 000 €), deux cas sont intéressants. Une attribution de gré à gré est autorisée d'une part, aux termes du 3°, « lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour (...) des raisons techniques » et d'autre part, aux termes du 10°, « pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils européens, lorsque la mise en concurrence est impossible ou manifestement inutile en raison notamment de l'objet du marché public ou du faible degré de

46. Thiévent Ph., colloque Nantes, préc., Etrillard C., « La compensation écologique : une opportunité pour les agriculteurs ? », préc.

concurrence dans le secteur considéré ». Ces hypothèses pourraient se rencontrer dans le secteur de la compensation environnementale. En premier lieu, parce que pour l'instant du moins, il y a encore peu d'opérateurs de compensation agissant sur ce marché (CDC Biodiversité a longtemps été seule). En second lieu, parce que la compensation doit être réalisée « en priorité sur le site endommagé ou, en tout état de cause, à proximité de celui-ci » (art. L. 163-1, C. envir.), ce qui pourrait conduire à réduire voire à exclure toute concurrence dans la mesure où l'offre de compensation est intimement liée à la maîtrise du foncier destiné à l'accueillir.

Il incombe ensuite à l'acheteur de sélectionner les candidats puis les offres, dans les conditions fixées par l'ordonnance du 23 juillet 2015. Ces dispositions apportent des précisions qui peuvent, nous semble-t-il, contribuer à renforcer le dispositif instauré par le Code de l'environnement.

En effet, la définition de l'opérateur de compensation est suffisamment large pour accueillir de très nombreux opérateurs sans garantie de leurs compétences puisque le législateur a renoncé à soumettre cette qualité à la délivrance d'un agrément⁴⁷. Aux termes de l'article 51 de ladite ordonnance au contraire, un acheteur public peut imposer aux candidats des conditions pour pouvoir participer à la procédure de passation, de nature « à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché public. Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution ». Autrement dit, il pourra conditionner une candidature à une véritable aptitude à la restauration écologique.

Par ailleurs, aux termes de l'article 52 de la même ordonnance, le marché doit être attribué à l'opérateur qui a « présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution » destinés à garantir l'existence d'une véritable concurrence. Ces critères sont précisés par l'article 62 du décret d'application du 25 mars 2016 qui dispose qu'ils peuvent comprendre des « aspects environnementaux » et qu'il peut s'agir,

47. Cf. *supra* Alidor B. « Compensation et services écosystémiques ».

par exemple, de critères tels que « les performances en matière de protection de l'environnement », « la biodiversité », « l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public » et, plus généralement, de critères « justifiés par l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution ». Dans cette perspective, il devrait apparaître justifié de restreindre l'accès au marché public en fonction d'un critère géographique qui serait celui de la proximité avec le site endommagé, en fonction de la plus grande performance environnementale ou de la meilleure équivalence écologique.

B. L'ENCADREMENT DE LEUR EXÉCUTION

L'exécution du contrat de compensation soulève à son tour trois difficultés.

1) Contrôle de l'efficacité des mesures de compensation et modification du contrat de compensation

Quelle que soit la méthode choisie pour mettre en œuvre l'obligation de compensation, le maître d'ouvrage reste seul responsable de l'effectivité des mesures de compensation devant l'autorité administrative qui les lui a imposées (art. L. 163-1-III, al. 2 C. envir.). Tenu à une obligation de résultat, il a l'obligation d'assumer toute défaillance du mécanisme compensatoire qu'il a choisi.

Cette obligation se traduit, au profit de l'autorité administrative compétente pour imposer les mesures de compensation, par un pouvoir de contrôle et de sanction. De fait, elle est, aux termes du Code de l'environnement, dotée de toute une série de pouvoirs destinés à contraindre le maître de l'ouvrage de respecter ses obligations (art. L. 163-4 C. envir.)⁴⁸. Elle peut notamment, lorsque les mesures de compensation sont inopérantes, ordonner des prescriptions complémentaires.

Cette disposition est, du point de vue du droit de la commande publique, problématique. Concrètement, cela signifie que l'obligation

48. Pour plus de détails, cf. *supra* Alidor B. « Compensation et services écosystémiques ».

de compensation du maître d'ouvrage peut être modifiée au cours de l'exécution du projet lorsque les mesures de compensation choisies ne produisent pas les effets escomptés et, par suite, que le contrat conclu pour mettre en œuvre ces mesures devra être modifié, soit par le biais d'un avenant conclu d'un commun accord entre le maître de l'ouvrage et l'opérateur de compensation, soit par le biais d'un ordre de service modificatif imposé par le maître de l'ouvrage en vertu de son pouvoir de modification unilatérale⁴⁹, si celui-ci est une personne publique et que le contrat conclu est un contrat administratif. Aux termes de l'ordonnance du 23 juillet 2015 (art. 65) et de son décret d'application (art. 139 et 140) cependant, la modification des marchés publics est très encadrée. En toute hypothèse, « les modifications ne peuvent changer la nature globale du marché public ». Elles ne peuvent pas être substantielles, c'est-à-dire introduire « des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue », modifier « l'équilibre économique du marché public en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché public initial » ou modifier « considérablement l'objet du marché public ». Ces textes listent ensuite une série d'hypothèses où, exceptionnellement, les modifications sont autorisées. Tel est le cas lorsque celles-ci « ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque ». Elles sont alors autorisées, « quel qu'en soit leur montant ». Tel est aussi le cas, dès lors que le montant des modifications n'est pas supérieur à 50 % du montant du marché public initial, lorsque les prestations supplémentaires « sont devenues nécessaires » et à la double condition qu'un changement de titulaire « a) Soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché public initial ; b) Présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'acheteur » ou lorsque « la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir ». Il apparaît ainsi hautement souhaitable que les contrats de

49. CE 2 fév. 1983, UTPUR, *Lebon* 33 ; *RFDA* 1984, p. 45, Llorens F.

compensation contiennent des clauses d'adaptation afin de pouvoir donner un effet utile aux dispositions du Code de l'environnement.

2) Durée de l'obligation de compensation et durée du contrat de compensation

Aux termes de l'article 163-1 du Code de l'environnement, les mesures de compensation doivent « être effectives pendant toute la durée des atteintes ». Le temps de la compensation peut donc être très long, voire perpétuel si l'on songe, par exemple, à la disparition d'une zone humide en raison de la réalisation d'une infrastructure urbaine. Théoriquement donc, les contrats de compensation ainsi que ceux permettant la maîtrise foncière doivent permettre d'assurer la pérennité des mesures compensatoires. Le Code de l'environnement est pourtant peu disert sur la durée des contrats de compensation ou sur celle de l'agrément des sites de compensation. Tout au plus apprend-on que lorsque des mesures sont mises en œuvre sur un terrain n'appartenant ni au maître d'ouvrage, ni à l'opérateur de compensation, un contrat conclu avec le propriétaire et, le cas échéant, le locataire ou l'exploitant définit les mesures de compensation « ainsi que leur durée » (art. L. 163-2) et que les opérateurs candidats à l'obtention d'un agrément d'un site naturel de compensation doivent, dans leur dossier, préciser « la durée d'engagement de l'opérateur de compensation pour le site naturel de compensation envisagé (au minimum 30 ans) et les raisons l'ayant conduit à retenir cette durée » (arrêté du 10 avril 2017 fixant la composition du dossier de demande d'agrément d'un site naturel de compensation prévu à l'article D. 163-3 du Code de l'environnement, art. 2). En pratique, il semble que la durée des contrats de gestion des mesures compensatoires soit quant à elle assez variable⁵⁰. Elle est souvent courte (5 ans) et renouvelée progressivement, afin de permettre aux cocontractants de tester les pratiques.

Si, du point de vue environnemental, ce dispositif n'est pas de nature à garantir la pérennité de la compensation, dans les hypothèses où il y aurait un changement d'opérateur ou à l'issue des contrats, il pose en outre, du point de vue du droit de la commande publique, une difficulté. Certes, les textes ne fixent pas de durée maximale. Mais ils imposent que la durée du contrat soit déterminée dès la

50. Pratique relatée par Lucas M., art. préc. *EEI* 2017, n° 6, dossier 11.

mise en concurrence, qu'elle fasse l'objet d'une stipulation expresse (art. 39, ordonnance 23 juill. 2015) et qu'elle soit fixée « en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique » (art. 16, décret 25 mars 2016). En outre, ils encadrent voire interdisent⁵¹ le renouvellement des contrats au motif que celui-ci donne naissance à un nouveau contrat qui, le cas échéant, doit faire l'objet d'une nouvelle mise en concurrence⁵². Tel est le cas pour les marchés publics : la reconduction est admise dans son principe mais conditionnée au fait que « la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises », de telle sorte qu'elle apparaît alors comme une simple modalité d'exécution du contrat en cours et non comme la conclusion d'un nouveau contrat. En ce sens, l'article 16 du décret du 25 mars 2016 dispose qu'à l'intérieur de la durée fixée par le marché, celui-ci « peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché public. Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché public est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer ». Là encore, il apparaît ainsi hautement souhaitable que les contrats de compensation contiennent des clauses de renouvellement dès leur conclusion faute de quoi il faudra relancer une procédure de mise en compétition.

3) Stabilité des acteurs de la compensation, cession et extinction des contrats

L'efficacité des mesures de compensation implique une certaine stabilité des opérateurs, des sites de compensation et du maître de l'ouvrage, débiteur de l'obligation.

Il faut d'abord envisager l'hypothèse où l'opérateur de compensation change au cours de l'exécution du contrat, en raison d'une défaillance de sa part, d'une procédure de liquidation judiciaire, d'un départ à la retraite etc. ou l'hypothèse où le débiteur de l'obligation de compensation disparaît, par exemple à la suite d'une fusion de collectivités. Le droit de l'environnement ne prévoit pas une telle hypothèse. La question se pose pourtant de savoir si l'obligation

51. V. le cas des concessions : art. 34, ordonnance 29 janv. 2016.

52. CE 29 nov. 2000, Cne de Païta, *Lebon* 573 ; *AJDA* 2001, p. 219, Richer L.

de compensation ne devrait pas être expressément transférée au repreneur de l'activité ou de l'ouvrage. Du point de vue du droit de la commande publique cependant, cela se traduit par une cession de contrat, laquelle est fortement encadrée par les textes précédemment évoqués réglementant la modification des contrats. Aux termes de l'article 139 du décret du 25 mars 2016 en effet, la modification du contrat ayant « pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire » est qualifiée de modification substantielle : elle est donc interdite. Elle doit faire l'objet d'un nouveau contrat lequel doit, le cas échéant, être mis en concurrence. Elle n'est autorisée qu'à titre exceptionnel, « à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché public aux obligations de publicité et de mise en concurrence » ou « en application d'une clause de réexamen » « claire, précise et sans équivoque » figurant dans le contrat initial. La difficulté vient de ce que la jurisprudence n'a pas précisé le degré de détail d'une telle clause. La question se pose de savoir si l'identité du repreneur doit être précisée dès la signature du contrat initial. Si tel devait être le cas, la cession deviendrait quasiment impossible.

Il faut ensuite envisager l'hypothèse où le gestionnaire du site de compensation se voit retirer son agrément. Celle-ci est envisagée par l'article D. 163-7 du Code de l'environnement : « les maîtres d'ouvrage ayant acquis des unités de compensation sont informés de la mise en œuvre de cette procédure dès la mise en demeure ». Rien n'est en revanche prévu quant aux conséquences de ce retrait pour les maîtres de l'ouvrage qui demeurent débiteurs de l'obligation de compensation, en particulier ceux qui auraient déjà acquis des unités de compensation. Certes, ils pourront se tourner vers les assureurs des gestionnaires de sites de compensation. Mais cela ne résoudra en rien les difficultés qu'ils pourraient rencontrer pour pouvoir matériellement exécuter leur obligation de compensation. La question se pose de savoir si l'autorité administrative pourrait leur imposer de recommencer à zéro les opérations de compensations déjà réalisées. Du point de vue du droit de la commande publique cela impliquerait une nouvelle mise en concurrence.

Enfin et pour conclure, on peut se demander ce qu'il advient des mesures de compensation à l'issue des contrats de compensation et/ou à l'issue de la durée de l'agrément, alors même que les atteintes portées à la biodiversité par certains projets ne sont

vraisemblablement pas réversibles. On perçoit ici l'intérêt de l'obligation réelle environnementale qui permet d'attacher à un fond des obligations écologiques. Aux termes cependant de l'article L. 132-3 du Code de l'environnement, la durée de cette obligation doit figurer dans le contrat et ne saurait donc être perpétuelle. Sans doute peut-elle durer 99 ans, durée généralement fixée en droit des obligations pour de telles obligations. Mais au terme du contrat, le signataire retrouve sa liberté : le propriétaire récupère le libre usage de ses terrains. A défaut, comme l'a souligné Mme Gaillard, rapporteur de la loi Biodiversité, il y aurait un risque « qu'aucun contractant n'entre dans la logique de la compensation ».

Travail du sol, services écosystémiques, et bail rural

Didier KRAJESKI

Professeur, Université Toulouse Capitole
IEJUC, F-31000

INTRODUCTION : LE BAIL RURAL, CONTRAT D'EXPLOITATION

La mise à disposition des terres et des bâtiments nécessaires à l'exploitation entre un propriétaire et une personne susceptible de les exploiter a connu différentes formes juridiques à travers le temps. Depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, le législateur français a décidé que ce mode d'exploitation, faire valoir indirect, devait s'incarner dans une forme juridique pour laquelle il limite la part de liberté des parties : le statut des baux ruraux¹. C'est aujourd'hui un mode d'exploitation du foncier très pratiqué. Envisager, du point de vue des activités agricoles, la question du travail des sols et des services écosystémiques conduit donc nécessairement à envisager la question au regard du bail rural parce que, justement, il occupe une partie substantielle du territoire.

Il est évident qu'une telle convention, en raison de son importance, ne peut être ignorée lorsque les pouvoirs publics souhaitent que l'agriculture contribue à la protection de l'environnement. Les lois venant régulièrement réformer l'agriculture en général, et les baux ruraux en particulier, ont donc progressivement intégré des dispositions manifestant cette préoccupation dans le bail rural même si elle n'en constitue pas l'objet principal qui est, et a toujours été, la bonne exploitation des biens loués. Ainsi, la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 est venue directement opposer bonne exploitation et protection

1. Art. L. 411-1 et ss. C. rur.

de l'environnement en limitant le droit du bailleur de demander la résiliation du bail, fondée sur la violation des plus classiques obligations du preneur², en raison du développement par le preneur de « pratiques ayant pour objet la préservation de la ressource en eau, de la biodiversité, des paysages, de la qualité des produits, des sols et de l'air, la prévention des risques naturels et la lutte contre l'érosion »³. Allant un peu plus loin, la loi n° 2006-11 vient donner la possibilité au bailleur d'imposer au preneur des pratiques « ayant pour objet la préservation de la ressource en eau, de la biodiversité, des paysages, de la qualité des produits, des sols et de l'air, la prévention des risques naturels et la lutte contre l'érosion, y compris des obligations de maintien d'un taux minimal d'infrastructures écologiques ». Autrement dit, le bail rural peut comporter des clauses environnementales. Inséré dans l'article L. 411-27, le texte vient, après avoir consacré l'initiative écologique du preneur, consacrer l'initiative écologique du bailleur. Nous verrons cependant que cette dernière initiative est très strictement encadrée. La loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 a modifié le texte mais elle n'a pas abouti à généraliser cette possibilité. La loi n° 2010-874 du 10 juillet 2010 en intégrant, à certaines conditions, les produits de la méthanisation à la liste des activités agricoles a automatiquement étendu le champ du bail rural à cette activité. La loi du 13 octobre 2014 a tenu compte de cette extension dans le dispositif prévu pour l'indemnisation des améliorations⁴. Enfin, on peut évoquer la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 qui articule les nouvelles obligations réelles environnementales et le bail rural⁵.

Dans cet ensemble de normes articulant bail rural et protection de l'environnement, on peut se demander quelles sont les conséquences de l'intégration d'une réflexion appréhendant la relation entre l'humanité et la nature sous l'angle des services écosystémiques. Ils sont définis, dans le présent ouvrage, comme les « avantages

2. On les trouve dans le Code civil, aux articles 1766 et suivants cités par l'article L. 411-27. En substance, pour ce qui concerne l'exploitation, ils imposent de ne pas abandonner la culture, de ne pas changer la destination des lieux loués, de respecter les clauses du bail, d'exploiter raisonnablement les lieux loués.

3. Art. L. 411-27 C. rur., le texte est cité dans sa version modifiée par la loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006.

4. Art. L. 411-73, 2 C. rur.

5. Art. L. 132-3 C. env. Sur la question : Reboul-Maupin N. et Grimonprez B., 2016. Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée, *Dalloz*, 2074. Cf. *infra* Alidor B. « Compensation et services écosystémiques ».

socioéconomiques retirés par l'homme de son utilisation durable des fonctions écologiques des écosystèmes »⁶. De nombreux auteurs travaillant sur ce thème, quelle que soit leur spécialité, ont émis des réserves sur le caractère réellement novateur du concept et des propositions pouvant en émerger⁷. On peut en particulier se demander s'il aboutit à la mise en œuvre de nouvelles actions concrètes. Malgré les réserves dont il peut faire l'objet, il semble bien, cependant, que ce soit le cas. L'étude agronomique des services écosystémiques semble notamment aboutir à des préconisations précises sur les techniques développées par les exploitants agricoles. Ces techniques pourraient permettre de développer le potentiel de services rendus par un écosystème non seulement à l'exploitant ou au propriétaire des biens exploités, mais aussi à des tiers. Il en va ainsi, par exemple, de l'agriculture de conservation. Elle se développe autour de trois principes indissociables⁸ : rotation culturale allongée et diversifiée, couvert organique permanent des sols, perturbation minimale du sol. Elle procure des avantages à l'exploitant agricole qui produit en utilisant moins d'intrants. Elle en procure au propriétaire qui voit son sol retrouver ou augmenter ses qualités productives. Elle en procure enfin aux tiers du fait, au moins, de l'économie de produits réalisée.

On retiendra de l'exemple de l'agriculture de conservation que les avantages retirés des services écosystémiques nécessitent une modification des pratiques agricoles et l'adoption de nouvelles méthodes de production, c'est-à-dire une contribution active de l'exploitant agricole dans sa façon même de produire. Elle met donc directement en question le bail rural dans sa façon d'organiser l'exploitation des biens loués : le preneur peut-il y procéder à sa convenance ? Le bailleur peut-il l'y contraindre ? Peut-on retirer un profit de ces pratiques, indépendamment de celui qu'elles impliquent directement, ou au moins une indemnisation ?

Il convient ici de le rappeler, le bail rural, tel qu'il a été conçu après la deuxième guerre mondiale, s'affranchit du rapport classique dont on trouve encore des manifestations dans le Code civil : à un bail

6. V. sur ce point le glossaire.

7. Fèvre M., 2016. *Les services écologiques et le droit*, Thèse, Université Côte d'Azur, p. 15 et ss. – Doussan I., « Brève histoire de l'intégration de la notion de service écosystémique en droit », *supra*.

8. V. sur ce point *supra* Chabert A. et Sarthou J.-P. « Agriculture de conservation des sols et services écosystémiques ».

caractérisé par une volonté de préserver le bien du propriétaire a été substitué un bail dans lequel on se soucie de la stabilité du preneur et de sa liberté d'exploitation⁹. S'il peut être sanctionné notamment pour n'avoir pas correctement exploité les biens loués¹⁰, il doit être indemnisé des améliorations qu'il a pu procurer¹¹. Il ne faut pas s'y tromper, une préoccupation reste au cœur de la réglementation du statut des baux ruraux : la nécessité d'exploiter les biens loués, en particulier le sol, pour préserver leur capacité à produire¹². Ce qui a changé entre le Code civil et le Code rural et de la pêche maritime, c'est l'augmentation des prérogatives du preneur, et la diminution corrélative de celles du bailleur, pour présider au sort des biens loués pendant la durée de la location.

C'est au regard de ces principes singularisant le bail rural que doivent être envisagées les pratiques favorisant le développement des services écosystémiques. Dans l'ordre logique, elles doivent conduire à aborder deux questions : comment intégrer ces pratiques dans la relation contractuelle que génère le bail rural ? Quelles conséquences découlent de l'intégration de ces pratiques ?

I. LA POSSIBILITÉ D'INTÉGRER DANS LA RELATION CONTRACTUELLE LE RECOURS AUX PRATIQUES AGRICOLES FAVORISANT LE DÉVELOPPEMENT DE SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES

La prise en compte progressive des préoccupations écologiques dans le bail rural a mis en évidence plusieurs éléments qui peuvent ici être déterminants. D'abord, il faut envisager la question du point de vue de chacune des parties. En effet, si l'on est parti d'une possibilité pour le preneur de recourir à ces pratiques, on s'est aussi interrogé sur le droit du bailleur d'imposer ce type de pratiques au preneur. Ensuite, ce qui singularise les pratiques en faveur des services écosystémiques est le fait qu'elles associent de façon indissociable méthode

9. Dupeyron C., 1994. *Droit agricole*, Economica, n° 543 s. – Krajcski D., 2016. *Droit rural*, Deffrénois, n° 147.

10. Art. L. 411-31-I, 2 C. rur. : il faut qu'il soit l'auteur d'agissements de nature à compromettre la bonne exploitation, ce dont le bailleur doit apporter la preuve.

11. Art. L. 411-69 s. C. rur.

12. Sur cette question : Desrousseau M., 2016. *La protection juridique de la qualité des sols*, LGDJ, n° 76 et ss.

d'exploitation agricole et action en faveur de l'environnement. Ce n'est pas simplement une façon de produire avec des égards qui est envisagée, c'est une nouvelle façon d'associer l'écosystème à la production agricole. Ces différents éléments ont nécessairement des conséquences sur la façon d'intégrer les pratiques considérées dans le bail rural.

A. LA POSSIBILITÉ POUR LE PRENEUR DE RECOURIR AUX PRATIQUES AGRICOLES FAVORISANT LE DÉVELOPPEMENT DE SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES

Lorsque l'on envisage la possibilité pour le preneur de recourir aux pratiques agricoles favorisant le recours aux services écosystémiques, on se trouve tout de suite confronté à la double nature de ces pratiques (protection de l'environnement et méthode de production agricole). Si l'article L. 411-27 du Code rural et de la pêche maritime semble être le point d'entrée évident dans le contrat, une lecture plus attentive semble contredire cette idée. *A priori*, les pratiques considérées peuvent aisément entrer dans le champ large (et élargi) du texte (préservation de la ressource en eau, de la biodiversité, des paysages, de la qualité des produits, des sols et de l'air, la prévention des risques naturels et la lutte contre l'érosion). Il convient de rappeler que ce texte se borne à protéger le preneur contre une sanction (la résiliation). Il ne préjuge pas de la façon de recourir en cours de bail à ces pratiques surtout quand elles modifient sa façon de faire de l'agriculture, ce qui est le cas de celles que nous évoquons.

Lorsqu'est en question la façon de produire du preneur et l'étendue de sa liberté sur ce point, il semble plus naturel de se référer à l'article L. 411-29 du Code rural et de la pêche maritime qui a l'avantage de traiter directement la question du changement des pratiques culturelles. Il conduit à une réponse claire à la question de savoir si le preneur peut adopter les pratiques considérées, au besoin malgré l'opposition du bailleur. Pour de nombreux auteurs, ce texte caractérise la liberté d'exploitation du preneur. Pour ce qui nous intéresse, il donne la possibilité au preneur de changer ses pratiques de production.

La procédure prévue suit une logique assez courante en droit rural, et pour tout dire, raisonnable. Le texte privilégie dans un premier temps l'accord des parties et prévoit, dans un second temps, un arbitrage en cas de désaccord. La disposition se concentre sur

les moyens cultureux mis en œuvre par le preneur plus que sur la dimension protectrice de l'environnement de son projet qui n'est pas évoquée. C'est rappeler que le bail rural est avant tout un contrat d'exploitation. Ce qui est pris en considération ici c'est l'aptitude des nouvelles méthodes de production à améliorer les conditions de l'exploitation. Le preneur devra être en mesure d'en apporter la preuve. De ce point de vue, la possibilité d'évaluer ces pratiques pourra être déterminante de leur mise en œuvre en matière de baux ruraux¹³.

Le preneur pourra, en effet, être amené à en discuter devant le tribunal paritaire des baux ruraux si le bailleur, informé des modifications à opérer, saisit la juridiction parce qu'il estime que s'ensuivra une dégradation du fonds. Il paraît donc difficile pour le preneur de s'aventurer vers des pratiques qui n'ont pas fait leurs preuves.

Le preneur à bail rural semble posséder un moyen de recourir aux pratiques considérées pour autant qu'il puisse en démontrer l'efficacité. Le bailleur peut-il les lui imposer ?

B. LA POSSIBILITÉ POUR LE BAILLEUR D'IMPOSER LES PRATIQUES AGRICOLES FAVORISANT LE DÉVELOPPEMENT DE SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES

En raison du lien étroit entre ces pratiques et les méthodes d'exploitation, la question ne semble pas devoir se distinguer de celle consistant à déterminer si le bailleur peut imposer au preneur la façon d'exploiter. Les développements sur la liberté d'exploitation du preneur sont de nature à apporter une réponse claire : le bailleur n'est pas (ou plus¹⁴) maître de la façon dont les biens sont exploités. Il ne peut donc imposer au preneur des méthodes de production. Cependant, la double nature des pratiques considérées semble devoir conduire à amoindrir l'affirmation. Autrement dit, la dimension de protection de l'environnement de ces pratiques pourrait conduire

13. Sur la question de l'évaluation : intervention de Thérond O. « Dynamiques d'opérationnalisation du cadre conceptuel des services écosystémiques : application aux écosystèmes agricoles. », atelier du 3 mai 2016, ATS T2SEC, IEJUC, *Les services écosystémiques rendus par les écosystèmes agricoles*. Une contribution au programme EFSE, résumé de l'étude réalisée par l'INRA, oct. 2017.

14. C'est bien ce que sous-entend l'article L. 411-29 du Code rural et de la pêche maritime lorsqu'il évoque l'article 1766 du Code civil pour en écarter l'application. Ce dernier fixe les obligations du preneur, que nous avons rappelées, dans l'ancienne conception du bail rural.

le bailleur à les imposer plus facilement. Si tel devait être notre constat, le paradoxe ne serait pas des moindres. Nous allons voir, cependant, qu'en l'état actuel des textes les possibilités sont assez réduites. Le bailleur peut, théoriquement, en effet utiliser deux outils pour intégrer des pratiques en faveur de l'environnement dans un bail rural : les clauses environnementales et l'obligation réelle environnementale.

L'insertion de clauses environnementales dans un bail rural intervient dans un cadre étroit, nous l'avons souligné. L'annonce faite dans l'article L. 411-27 paraît tout d'abord large, elle répond en ce sens à la mesure adoptée en faveur du preneur dans le même texte : « Des clauses visant au respect par le preneur de pratiques ayant pour objet la préservation de la ressource en eau, de la biodiversité, des paysages, de la qualité des produits, des sols et de l'air, la prévention des risques naturels et la lutte contre l'érosion, y compris des obligations de maintien d'un taux minimal d'infrastructures écologiques, peuvent être incluses dans les baux ». Cependant, les restrictions interviennent rapidement.

D'abord, cette insertion n'est possible que dans trois cas précisément déterminés par le texte¹⁵. Ensuite, cette insertion ne peut viser que les pratiques qui sont énumérées dans l'article R. 411-9-11-1 du Code rural et de la pêche maritime¹⁶. Les pratiques que le bailleur entend

15. A savoir : - pour garantir, sur la ou les parcelles mises à bail, le maintien de ces pratiques ou infrastructures ; - lorsque le bailleur est une personne morale de droit public, une association agréée de protection de l'environnement, une personne morale agréée «entreprise solidaire», une fondation reconnue d'utilité publique ou un fonds de dotation ; - pour les parcelles situées dans certains espaces mentionnés par l'article L. 411-27.

16. A savoir : le non-retournement des prairies ; la création, le maintien et les modalités de gestion des surfaces en herbe ; les modalités de récolte ; l'ouverture d'un milieu embroussaillé et le maintien de l'ouverture d'un milieu menacé par l'embroussaillage ; la mise en défens de parcelles ou de parties de parcelle ; la limitation ou l'interdiction des apports en fertilisants ; la limitation ou l'interdiction des produits phytosanitaires ; la couverture végétale du sol périodique ou permanente pour les cultures annuelles ou les cultures pérennes ; l'implantation, le maintien et les modalités d'entretien de couverts spécifiques à vocation environnementale ; l'interdiction de l'irrigation, du drainage et de toutes formes d'assainissement ; les modalités de submersion des parcelles et de gestion des niveaux d'eau ; la diversification de l'assolement ; la création, le maintien et les modalités d'entretien de haies, talus, bosquets, arbres isolés, arbres alignés, bandes tampons le long des cours d'eau ou le long des forêts, mares, fossés, terrasses, murets ; les techniques de travail du sol ; la conduite de cultures ou d'élevage suivant le cahier des charges de l'agriculture biologique ; les pratiques associant agriculture et forêt, notamment l'agroforesterie.

voir développer, qui peuvent être une combinaison des différentes possibilités, doivent entrer dans cette liste s'il veut pouvoir les imposer au preneur avec lequel il va conclure un bail rural. Cela ne pose pas de difficultés pour l'agriculture de conservation.

S'il avait été envisagé de généraliser le recours au bail environnemental lors du vote de la loi du 13 octobre 2014, l'idée a été abandonnée en raison des incohérences pouvant résulter d'une multiplication désordonnée des pratiques. La réglementation a tenu compte de ce risque. L'article R. 411-9-11-3 prévoit en effet que si les pratiques sont mises en œuvre en raison de la localisation des parcelles, elles doivent être conformes au document de gestion officiel de l'espace protégé considéré. Dans l'hypothèse où le recours aux clauses environnementales est possible à raison de la qualité du bailleur, il convient de choisir les pratiques qui répondent aux préoccupations environnementales du lieu de situation du bien loué.

Si le recours au bail environnemental apparaît un peu décevant en raison de ses faibles perspectives de diffusion, le recours à l'obligation réelle environnementale l'est encore plus. Selon la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, il s'agit de donner aux propriétaires de biens immobiliers la possibilité de « conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques »¹⁷. On le voit, dans les conditions prévues par le texte, et pour un champ qui n'intègre pas explicitement le développement des services écosystémiques, il s'agit pour un propriétaire de s'obliger lui-même ainsi que ses successeurs. Il ne s'agit pas d'imposer directement à l'exploitant la charge créée. Plus encore, le texte prévoit une protection du preneur en place : le propriétaire ne peut mettre en œuvre l'obligation réelle environnementale sans l'accord préalable du preneur. Son silence gardé pendant deux mois vaut acceptation et son refus doit être motivé. Quoi qu'il en soit, même acceptée, l'obligation ne s'impose

17. Art. L. 132-3 C. env.

pas au preneur, seul le propriétaire en reste tenu. Dans un bail rural¹⁸, la seule façon d'imposer les comportements qu'elle implique serait de mettre en place... des clauses environnementales dans le bail, c'est-à-dire revenir au mécanisme que nous venons d'évoquer et qui semble bien le seul outil vraiment efficace en la matière. Encore faut-il que l'engagement pris par le propriétaire entre dans la liste que nous avons évoquée et que l'on se trouve dans l'une des hypothèses où de telles clauses peuvent être stipulées. En cas de conclusion d'un bail rural postérieurement à la souscription de l'obligation réelle environnementale, la même solution (si c'en est une) sera utilisée car la difficulté est la même : l'obligation ne lie, par sa seule existence, que le propriétaire du bien auquel elle s'applique.

En l'état actuel des textes, il n'est pas surprenant de constater que le preneur pourra assez aisément s'adonner à des pratiques favorisant le développement de services écosystémiques, même en cas de désaccord du bailleur. La difficulté semble, pour lui, résider dans la preuve de l'efficacité de ces pratiques sur les conditions de l'exploitation. Le bailleur ne pourra que difficilement soumettre son preneur à ces pratiques. Dans tous les cas, il reste à se demander quelles conséquences peuvent découler de l'intégration de ces pratiques au bail rural.

II. LES CONSÉQUENCES DE L'INTÉGRATION DE PRATIQUES FAVORISANT LE DÉVELOPPEMENT DE SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES DANS LA RELATION CONTRACTUELLE

Indépendamment des avantages que procurent les services écosystémiques, il s'agit ici de déterminer les conséquences que l'intégration de nouvelles pratiques pourrait avoir sur la relation contractuelle. Ces conséquences diffèrent en fonction de la personne, preneur ou bailleur, qui est à l'origine d'un changement de pratiques.

A. LES CONSÉQUENCES D'UN CHANGEMENT DE PRATIQUES À L'INITIATIVE DU PRENEUR

Dans la relation qui unit le preneur au bailleur, le changement de méthodes de production doit être pris en compte du point de vue

18. Pour une solution externe : Reboul-Maupin N. et Grimonprez B., article précité.

des règlements qui ont lieu à la fin d'un bail. En effet, il constitue certainement une amélioration des lieux loués qui peut entraîner une indemnisation.

En matière de baux ruraux, l'indemnisation des améliorations ne s'envisage qu'au moment de la rupture quelle qu'en soit la cause. La procédure d'indemnisation de ces améliorations est très soigneusement réglementée. En principe ne sont indemnisées que les améliorations présentant une utilité certaine pour l'exploitation et ayant été régulièrement effectuées. Cela signifie que le preneur a respecté la procédure prévue par l'article L. 411-73 du Code rural et la pêche maritime. Cependant, concernant l'indemnisation des améliorations que nous évoquons, il faut tenir compte de leur origine. En effet, l'adoption de ces pratiques relèvent de l'article L. 411-29. Or, selon ce texte, le preneur qui modifie les méthodes culturales sur ce fondement est privé, sauf accord du bailleur, du droit d'obtenir une indemnisation pour les améliorations procurées aux biens loués.

Cet accord du bailleur ne signifie d'ailleurs pas que les parties peuvent librement fixer le montant de l'indemnité due au bailleur. En principe, les textes fixant le calcul de l'indemnité d'amélioration sont d'ordre public¹⁹, mais la jurisprudence semble infléchir ce principe au moins lorsqu'il aboutit à un résultat favorable au preneur²⁰. La conversion à l'agriculture de conservation semble devoir être intégrée, assez naturellement, aux pratiques ayant pour objet d'améliorer la productivité des sols. Il est prévu à l'article L. 411-73, 3, que *« en ce qui concerne les travaux de transformation du sol en vue de sa mise en culture ou d'un changement de culture entraînant une augmentation du potentiel de production du terrain de plus de 20 %, les améliorations culturales ainsi que les améliorations foncières mentionnées à l'article L. 411-28, l'indemnité est égale à la somme que coûteraient, à l'expiration du bail, les travaux faits par le preneur dont l'effet est susceptible de se prolonger après son départ, déduction faite de l'amortissement dont la durée ne peut excéder dix-huit ans. Le montant de l'indemnité peut être fixé par comparaison entre l'état du fonds lors de l'entrée du preneur dans les lieux et cet état lors de sa sortie ou au moyen d'une expertise. En ce cas, l'expert peut utiliser toute méthode lui permettant d'évaluer,*

19. Art. L. 415-12 C. rur., et plus précisément art. L. 411-77.

20. Cass. 3^e civ., 12 mai 2015, n° 13-23.123, *RD rur.* 2015, 229, obs. Crevel S.

avec précision, le montant de l'indemnité due au preneur sortant ». On le voit les conditions de l'indemnisation sont très strictement fixées !

Il est à noter que les textes prévoient une indemnité au profit du bailleur s'il devait résulter de l'intervention du preneur une dégradation des lieux loués²¹.

B. LES CONSÉQUENCES D'UN CHANGEMENT DE PRATIQUES À L'INITIATIVE DU BAILLEUR

Si la mise en œuvre des pratiques favorisant les services écosystémiques passe par l'insertion de clauses environnementales dans le bail, cela produit plusieurs effets sur la relation des parties. Il y a un aménagement au statut classique des baux ruraux sur deux points.

En premier lieu, le loyer dû par le preneur est minoré. En principe, ce loyer est fixé entre des *maxima* et des *minima* prévus par un arrêté préfectoral²². Le texte prévoit des circonstances justifiant la majoration ou la minoration du loyer. Il en va ainsi de l'insertion des clauses environnementales : dans ce cas les *minima* ne s'appliquent pas pour la détermination du loyer.

En second lieu, le preneur s'expose plus facilement à la résiliation du bail ou à son non-renouvellement²³. Une hypothèse de résiliation du bail spécifique a été créée dans l'article L. 411-31 du Code rural et de la pêche maritime. Cet article récapitule les manquements du preneur qui pourraient justifier une demande en justice en résiliation du bail. Il est prévu que le simple non-respect des clauses environnementales peut fonder cette résiliation. A cet égard l'article R. 411-9-11-4 du Code rural et de la pêche maritime prévoit que le bail organise les conditions dans lesquelles le bailleur s'assure annuellement du respect par le preneur des pratiques convenues. Il en résulte une fragilisation du bail car, en principe, il faudrait démontrer des agissements du preneur de nature à compromettre la bonne exploitation du fonds. En théorie, le preneur peut parfaitement exploiter les biens tout en ne respectant pas ces engagements

21. Art. L. 411-72 C. rur.

22. Art. L. 411-11 C. rur.

23. Les causes de résiliation peuvent être invoquées à l'appui d'un refus de renouvellement du bail rural : art. L. 411-53 C. rur.

spécifiques. On peut cependant se demander, s'agissant de pratiques favorisant le développement des services écosystémiques, si la distinction a réellement une utilité tant sont liés, en la matière, l'action en faveur de l'environnement et l'exploitation des terres puisque l'exploitation bénéficie de cette action. Ce lien indissoluble est peut-être la meilleure garantie d'exécution de ces engagements.

**Service écosystémique
et droit de la responsabilité**

L'incidence des services écosystémiques en droit de la responsabilité civile

Séverin JEAN

Maître de conférences, Université Toulouse Capitole
IEJUC, F-31000

L'expression « services écosystémiques »¹ est apparue pour la première fois en droit de la responsabilité à travers la directive du 21 avril 2004, relative à la responsabilité environnementale², transposée³ aujourd'hui aux articles L. 160-1 et suivants du Code de l'environnement. En effet, l'article L. 161-1-I-4° dispose que « constituent des dommages causés à l'environnement au sens du présent titre les détériorations directes ou indirectes mesurables de l'environnement qui : (...) affectent les services écosystémiques (...) ». L'insertion de cette expression au sein de la responsabilité environnementale n'est guère étonnante dans la mesure où, comme le souligne Madame Mélodie Fèvre dans sa thèse⁴, on assiste aujourd'hui à une crise des fonctionnalités des écosystèmes et partant, à une crise des services rendus. Aussi, la responsabilité – environnementale – se présentait comme l'outil juridique efficace, pour ne pas dire « magique », pour assurer la réparation des atteintes à l'environnement et, plus spécialement, de celles portées aux services écosystémiques.

1. Ou « services écosystémiques » dans la mesure où le présent ouvrage les traite comme des synonymes. En ce sens, voir Glossaire.

2. Directive 2005/35/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux.

3. Par la loi n° 2008-757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement.

4. Fèvre M., *Les services écosystémiques et le droit. Une approche juridique des systèmes complexes*, Thèse, 2016, p. 52.

Pourtant, au-delà du faible emploi de la responsabilité environnementale sur le terrain judiciaire⁵, c'est surtout son champ d'application restreint qui peut expliquer l'absence de succès de la responsabilité environnementale. Assurément, en limitant cette responsabilité à certaines ressources⁶, en l'imputant aux seuls exploitants dans le cadre d'une activité professionnelle⁷, en ne retenant que les préjudices écologiques purs⁸, en n'envisageant que les faits générateurs du dommage intervenus avant le 30 avril 2007, en excluant les dommages à l'environnement survenus dans certaines circonstances⁹, il n'est pas étonnant que cette responsabilité environnementale – spéciale – ne soit pas parvenue, du moins pleinement, à satisfaire les objectifs poursuivis au titre desquels figure notamment la remise en état initial des services écologiques¹⁰. Toutefois, il ne faudrait pas dépeindre un tableau aussi maussade car la responsabilité environnementale dispose de quelques atouts : une responsabilité quasiment sans faute¹¹, une réparation exclusivement en nature conforme au but poursuivi, l'absence de gravité exigée au titre des atteintes aux services écosystémiques¹². Autrement dit, il ne s'agit pas de souhaiter la disparition de ce régime spécial de responsabilité environnementale mais de dire qu'il est insuffisant. Cette carence a sans doute conduit le législateur à réagir en consacrant récemment d'une part, la réparation du préjudice écologique au sein du Code civil¹³ et d'autre part, en ajoutant, pour consolider l'édifice, une action de groupe en matière environnementale¹⁴.

5. Doit-on peut-être citer un arrêt récent rendu par la Cour de cassation qui refusa, au visa de l'article L. 162-1 du Code de l'environnement, de retenir la responsabilité environnementale d'une société organisant des randonnées motorisées au motif que la cour d'appel n'avait pas recherché « si l'activité professionnelle de la société (...) faisait partie de celles permettant de retenir une réparation du dommage causé à l'environnement » (Cass. 3^{ème} civ., 29 sep. 2016, n° 15-20048).

6. Cf. art. L. 161-1-I-4° C. env.

7. Cf. art. L. 162-1 C. env.

8. Cf. art. L. 162-2 C. env.

9. Cf. art. L. 161-2 C. env.

10. Cf. art. L. 161-9 C. env.

11. Cf. art. L. 162-1-1° du Code précité. Cela étant le 2° du même article exige une faute ou une négligence de l'exploitant.

12. Cf. art. L. 161-1-I-4° C. env.

13. Cf. les articles 1246 et s. du Code civil issus de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

14. Cf. spécifiquement l'article L. 142-3-1 du Code de l'environnement issu de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle.

Si l'expression « services écologiques » ou « services écosystémiques » n'est pas expressément employée dans la nouvelle action de groupe, il y a tout lieu de penser que cette action joue pleinement en la matière puisque l'article L. 142-3-1-II du Code de l'environnement traite de tous les préjudices résultant d'un dommage dans les domaines visés par l'article L. 142-2 du même Code. Or, étant donné qu'il est question de nature, d'environnement, il est certain que les atteintes aux services écologiques entrent dans le champ d'application de l'action de groupe nouvellement créée. Les choses sont en revanche beaucoup plus claires quand il s'agit de s'intéresser à la responsabilité civile délictuelle tendant à la réparation du préjudice écologique du Code civil. En effet, l'article 1247 du Code civil dispose qu'« est réparable, (...) le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable (...) aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ». Bien que l'article 1247 du Code civil n'use pas de l'expression « services écologiques » ou « services écosystémiques », les bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement constituent assurément un synonyme dans la mesure où les bénéfices correspondent aux services, aux bienfaits que retire l'homme de l'écosystème entendu plus maladroitement au sein du Code civil par la référence à l'environnement. L'orientation « anthropocentrée »¹⁵ du texte ne laisse subsister aucun doute : les services écosystémiques entrent dans le champ de la responsabilité civile délictuelle des articles 1246 et suivants du Code civil. Aussi, la question n'est plus de savoir si les services écologiques sont prévus par l'article 1247 du Code précité, mais de se demander si l'insertion du préjudice écologique, constitué notamment par une atteinte aux dits services, influence la responsabilité civile délictuelle.

La réponse pour le signataire est évidente : assurément. Assurément, parce que l'influence des services écosystémiques se retrouve non seulement au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile (I) mais également au stade du régime de responsabilité civile lui-même (II).

15. Fèvre M., *op. cit.*, p. 37.

I. L'INCIDENCE DES SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES SUR LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

La mise en œuvre de la responsabilité civile exige trois conditions cumulatives : un fait générateur, un dommage et un lien de causalité entre les deux premiers éléments. Or, l'insertion des services écosystémiques au sein de la responsabilité civile est l'occasion de repenser au moins deux de ces conditions fondamentales. D'une part, parce qu'un préjudice exige nécessairement un dommage tandis que ce dernier ne conduit pas assurément à un préjudice, il convient de savoir si les services écosystémiques – les bénéfiques collectifs tirés par l'homme de l'environnement – forment un dommage ou un préjudice. Autrement dit, les services écosystémiques sont l'occasion d'affirmer, une fois de plus, la distinction entre le dommage et le préjudice (A). D'autre part, la responsabilité civile a toujours été pensée à partir des faits générateurs : faits personnels, faits des choses, faits d'autrui. Toutefois, il est frappant de constater que la responsabilité civile, en matière de services écosystémiques, se moque du fait générateur ; seule comptant la nature du dommage. Dès lors, cette indifférence interroge à nouveau sur l'opportunité de construire des régimes de responsabilité civile non plus à partir des faits générateurs mais à partir de la nature des dommages. Dès lors, les services écosystémiques sont l'occasion de repenser, peut-être à son détriment, la responsabilité civile elle-même (B).

A. LES SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES AU SERVICE DE LA DISTINCTION ENTRE LE DOMMAGE ET LE PRÉJUDICE

La rédaction de l'article 1247 du Code civil est l'occasion de mettre en évidence la distinction opérée par une partie de la doctrine entre le dommage et le préjudice¹⁶ ; le dommage constituant le seuil de la lésion, le préjudice établissant les conséquences – patrimoniales ou extrapatrimoniales – de la lésion. En effet, l'article 1247 du

16. « Le dommage, désigne, à proprement parler, la lésion subie, qui s'apprécie au siège de la lésion, tandis que le préjudice, qui est la conséquence de la lésion, apparaît comme l'effet ou la suite du dommage : une atteinte à l'intégrité physique, c'est-à-dire un dommage corporel, peut ainsi engendrer des préjudices patrimoniaux (...) et des préjudices extrapatrimoniaux (...) », Le Tourneau Ph. et al, *Droit de la responsabilité civile et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz-action, 2017-2018, n° 1304. Pour une démonstration plus complète, voir les n° 1304 et ss. du même ouvrage.

Code précité dispose qu'« est réparable (...) le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ». Il faudrait alors comprendre que l'atteinte aux éléments des écosystèmes tout comme les atteintes aux fonctions des écosystèmes ou encore aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement constituent des préjudices écologiques. Pourtant, à bien y regarder, le législateur confond le dommage et le préjudice en mettant sur le même plan l'un et l'autre.

Le préjudice écologique serait d'abord constitué par l'atteinte aux éléments des écosystèmes. Pourtant un écosystème est défini comme « un complexe dynamique formé de communautés de plantes, d'animaux et de micro-organismes et de leur environnement non vivant qui, par leur interaction, forment une unité fonctionnelle »¹⁷. Autrement dit, il s'agirait de porter atteinte à un de ces éléments et partant, par exemple, à une plante composant un écosystème considéré. Le préjudice écologique serait ensuite une atteinte aux fonctions des écosystèmes, c'est-à-dire aux manifestations fonctionnelles des écosystèmes. Le préjudice écologique pourrait enfin être établi en cas d'atteinte aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement, c'est-à-dire des services écosystémiques ou encore des manifestations fonctionnelles des écosystèmes utiles à l'homme. Reprenons alors la distinction entre le dommage et le préjudice soutenue par une partie de la doctrine. Le dommage désigne le seuil de la lésion, c'est-à-dire le bien atteint, tandis que le préjudice vise la détermination des conséquences de la lésion, c'est-à-dire, les utilités perdues du bien du fait de l'atteinte¹⁸. Partant, il est possible d'affirmer que l'atteinte aux éléments des

17. Cf. glossaire Ecosystème(s).

18. La théorie moderne de la propriété (théorisée par les professeurs Zénati-Castaing F. et Revet Th., *Les biens*, PUF, 3^e ed., 2008) la définit de deux manières. D'une part, elle est objectivement définie en ce sens qu'il s'agit de la qualité qu'a un bien d'appartenir à une personne. Cette conception invite à revenir sur la notion de bien. Pour la doctrine de la propriété renouvelée, une chose ne devient un bien, sous réserve de la Loi, que parce qu'il est utile de se l'approprier. D'autre part, elle est subjectivement définie comme le rapport exclusif entre un sujet de droit et un bien dont le rapport permet à son titulaire de retirer toutes les utilités que le bien permet. Aussi, si l'on veut bien admettre que la propriété, structure de tous les droits subjectifs, est protégée par la responsabilité civile (Cf. Jean S., *La protection des droits subjectifs par la responsabilité civile*, Thèse, Toulouse, 2012) en sus de l'exercice d'actions spécifiques, alors on peut retrouver une concordance parfaite entre d'une part, le dommage et le bien, objet du droit subjectif, et d'autre part, le préjudice et l'utilité. Ainsi, le dommage permet de désigner en responsabilité le bien atteint tandis

écosystèmes ne permet que d'identifier le bien atteint, le dommage, à partir du fait dommageable, l'atteinte aux éléments des écosystèmes. *A contrario*, l'atteinte aux fonctions ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme des écosystèmes tend à mettre en lumière non plus le dommage mais les préjudices consécutifs à l'atteinte aux éléments des écosystèmes, c'est-à-dire aux fonctions ou utilités perdues, ou du moins dégradées, des écosystèmes. Il ressort de cette analyse que le législateur, à travers l'article 1247 du Code civil, opère une confusion regrettable entre le dommage et le préjudice ; le dommage ne conduisant pas forcément à un préjudice, l'atteinte aux éléments des écosystèmes n'ayant pas pour conséquence inéluctable la dégradation ou la perte d'une fonction des écosystèmes ou d'un service écosystémique. En d'autres termes, s'il est fondamental en responsabilité civile de mettre en exergue le bien atteint, les écosystèmes donc, il est inutile, au titre des conditions de mise en œuvre, de lister les préjudices réparables pour la simple raison que le propre de la responsabilité civile, une fois engagée, a pour objet la réparation de tous les préjudices comme, par exemple, la dégradation ou la perte de fonctions des écosystèmes ou des bénéfices collectifs tirés par l'homme desdits écosystèmes.

En revanche, le législateur, en mettant sur le même plan les atteintes aux fonctions des écosystèmes et les atteintes aux bénéfices collectifs tirés par l'homme, a au moins le mérite de clarifier la distinction entre ces deux préjudices *a priori* réparables. Madame Fèvre, dans sa thèse, distingue clairement les deux puisque selon elle, « une fonction ne prend la forme d'un service qu'à partir du moment où les pratiques et besoins sociaux reconnaissent ce service comme tel, c'est-à-dire dès lors que la fonction est utile à la satisfaction d'un besoin humain, plus généralement, à l'accomplissement de son bien-être, et non à une entité naturelle »¹⁹. Autrement dit, il s'agit de dire que les écosystèmes ont à la fois des utilités intrinsèques – les fonctions des écosystèmes – et des utilités extrinsèques – les bénéfices collectifs tirés par l'homme – parce qu'elles profitent à l'homme et qu'elles sont perçues ainsi par l'homme. Pour le dire encore différemment, un écosystème dispose de fonctions propres qui profitent à d'autres écosystèmes (utilités intrinsèques) ou à

que le préjudice autorise à identifier les utilités dégradées ou perdues du bien en raison de l'atteinte.

19. Fèvre M., *op. cit.*, p. 49.

l'homme (utilités extrinsèques). Cette distinction fait écho à la proposition faite par le professeur Guillaume Beaussonie de voir dans les services écosystémiques des utilités extrinsèques d'un bien – les écosystèmes – « dont la particularité est de bénéficier à tous, bien au-delà de leur seul propriétaire, qui ne saurait empêcher son déploiement »²⁰. Aussi, c'est sans doute en raison de cette particularité – utilité bénéficiant à tous – qu'il est difficile pour la responsabilité civile de se saisir de ce préjudice réparable dans la mesure où cette dernière est construite sur l'idée que le préjudice réparable doit être personnel alors que les services écosystémiques constituent des bénéfices collectifs.

Si la dégradation ou la perte de fonctions des écosystèmes, en tant que préjudices réparables, se heurte assurément à l'exigence du caractère personnel en matière de responsabilité civile sauf à considérer, comme le professeur Mireille Bacache, que l'adaptation de la responsabilité civile à l'évolution des besoins indemnitaires doit conduire à se contenter d'exiger un préjudice objectif²¹, la problématique est la même lorsqu'il s'agit de s'intéresser à la dégradation ou la perte des bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement. En effet, comme l'indique le professeur Mustapha Mekki, le préjudice écologique peut être concret ou subjectif qu'il soit collectif ou individuel²². Si l'on imagine assez bien qu'une victime puisse, à titre individuel, solliciter, sur le fondement de l'un des faits générateurs de responsabilité civile du Code civil²³ (faits personnels, faits des choses ou faits d'autrui), l'indemnisation de son préjudice personnel à la condition de démontrer qu'il a perdu un service écosystémique, c'est-à-dire une utilité de son bien qui peut être collective mais qui doit être assurément individuelle, en revanche, les choses se compliquent lorsqu'il est question d'obtenir la réparation de la dégradation ou de la perte des services écosystémiques visés par l'article 1247 du Code civil. En qualifiant les bénéfices de l'environnement comme des bénéfices collectifs, on retombe inexorablement en opposition avec la conception classique

20. Beaussonie G., « La qualification juridique des services écosystémiques ».

21. Bacache M., « L'action de groupe en matière environnementale », *EEI* n° 3, Mars 2017, étude 8, n° 24 et ss.

22. Mekki M., « Responsabilité civile et droit de l'environnement. – Vers un droit spécial de la responsabilité civile environnementale ? », *Responsabilité civile et assurances*, n° 5, Mai 2017, dossier 4, n° 17.

23. A l'exception des articles 1246 à 1252 du Code civil.

de la responsabilité civile exigeant le caractère personnel du préjudice. Pourtant, les articles 1246 et suivants du Code civil n'ont aucunement vocation à réparer des préjudices individuels. Il suffit pour s'en convaincre de lister les personnes habilitées à agir – l'Etat ou par exemple l'Agence française pour la biodiversité – ou encore le régime de réparation avec notamment l'affectation possible des dommages et intérêts. Aussi, de deux choses l'une : soit la réparation du préjudice écologique au titre duquel figurent les services écosystémiques conduisent effectivement à la déformation ou, à tout le moins, à l'adaptation de la responsabilité civile des articles 1246 et suivants du Code civil ; soit il ne s'agit pas, à proprement parler, de responsabilité civile. En tout état de cause, les services écosystémiques offrent l'opportunité de repenser non plus seulement les conditions de la responsabilité civile mais la responsabilité civile elle-même.

B. LES SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES AU DÉTRIMENT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE ELLE-MÊME

Celles et ceux qui s'intéressent à la responsabilité civile savent qu'elle a toujours su s'adapter aux nécessités indemnitaires de son temps. Il y a finalement deux manières, parfois cumulatives d'ailleurs, de réussir ce tour de force. Soit en jouant sur le régime de responsabilité civile en facilitant, par exemple, l'indemnisation du préjudice corporel ; soit en s'attaquant aux conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile. Dans cette dernière hypothèse, il est alors possible, par exemple, de choisir un fait générateur plus facile à rapporter, de reconnaître de nouveaux préjudices réparables ou encore de diminuer l'exigence relative à l'établissement du lien de causalité. Aussi, si l'on veut bien admettre que la responsabilité civile, lorsqu'elle poursuit comme finalité l'indemnisation des préjudices qu'ils soient individuels ou collectifs, demeure de la responsabilité civile alors il importe que ces conditions de mise en œuvre s'adaptent à l'objectif visé, à la condition toutefois que ces conditions demeurent. Dès lors, rien n'interdit le rattachement du préjudice écologique, en l'occurrence la dégradation ou la perte des bénéfices collectifs tirés par l'homme, à la responsabilité civile quand bien même serait-elle une responsabilité civile spéciale comme l'a voulu le législateur en lui dédiant un chapitre spécifique au sein du Code civil. Par conséquent, les services écosystémiques ne sont tant intéressants pour rejeter leur rattachement à la responsabilité civile que pour repenser la responsabilité civile elle-même.

La responsabilité civile a toujours été pensée à partir du fait générateur. Ainsi, le Code civil recense des régimes de responsabilité civile reposant sur des faits personnels, des faits des choses ou encore des faits d'autrui. Pourtant, une partie de la doctrine milite, depuis des décennies, pour la construction de régimes de responsabilité civile fondés non plus sur un fait générateur mais en fonction de la nature du dommage²⁴. Le droit positif le fait en réalité déjà au titre de certains régimes de responsabilité civile puisque, par exemple, la victime d'un accident de la circulation obtiendra assurément l'indemnisation des préjudices consécutifs à un dommage corporel quand bien même elle aurait commis une faute – du moment qu'elle n'est pas inexcusable et cause exclusive de l'accident – alors que la même victime verra son indemnisation limitée ou exclue pour les autres dommages²⁵. La détermination d'une *ratio legis* adaptée à la nature du dommage va dans le sens de l'histoire de la responsabilité civile. D'ailleurs, le projet de réforme de la responsabilité civile de la Chancellerie va dans cette direction dans la mesure où, par exemple, des règles spécifiques sont prévues selon que les préjudices résultent d'un dommage matériel ou corporel²⁶. Cela étant, la prise en compte de la nature du dommage n'est pour l'heure envisagée qu'au stade des régimes de certaines responsabilités civiles et non pas à celui des conditions de mise en œuvre. Pourtant, il apparaît possible, avec l'insertion de la réparation des services écosystémiques, de concevoir une responsabilité civile fondée exclusivement à partir du dommage.

L'idée n'est pas nouvelle puisque Boris Starck, dans sa thèse consacrée à la théorie de la garantie, proposait déjà une hiérarchisation des intérêts protégés – à l'allemande – par le truchement de la nature des dommages²⁷. Depuis, une partie de la doctrine estime que l'atteinte au corps – le dommage corporel donc – est l'intérêt protégé supérieur de telle manière qu'il justifierait un traitement spécifique au profit des victimes. Les autres, en revanche, parce qu'ils constituent des intérêts de moindre importance exigeraient, à la fois ou soit, des

24. Starck B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, éd. Rodstein, 1947.

25. Art. 3 et 5 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

26. Cf. les articles 1267 et suivants du projet de réforme de la Chancellerie présenté le 13 mars 2017.

27. Starck B., *op. cit.*

conditions de mise de la responsabilité civile davantage drastiques – une faute par exemple – ou un régime de responsabilité civile moins bienveillant comme, par exemple, l'exigence d'une valeur minimale du dommage lorsque ce dernier est matériel²⁸. Ce qui est frappant en matière de services écosystémiques quand il s'agit d'évoquer la responsabilité civile instituée aux articles 1246 et suivants du Code civil, c'est l'absence d'exigence d'un fait générateur spécifique. Autrement dit, la nature du fait générateur n'importe pas puisqu'il suffit qu'un dommage écologique survienne, c'est-à-dire l'atteinte à un écosystème, pour mobiliser cette responsabilité civile.

En revanche, la rédaction de l'article 1247 du Code civil renseigne sur la place qu'a voulu lui accorder le législateur au titre de la hiérarchisation des intérêts protégés. En effet, cette disposition exige une atteinte « non négligeable » aux éléments des écosystèmes. En d'autres termes, il ne suffit pas qu'un dommage écologique survienne mais un dommage écologique d'une certaine gravité. Si la gravité du dommage n'est pas inconnue en responsabilité civile puisqu'elle permet de différencier le traitement des préjudices au stade de certains régimes de responsabilité – en matière de produits défectueux par exemple – elle n'était, jusqu'à la consécration de la réparation du préjudice écologique dans le Code civil, aucunement requise au titre des conditions de mise en œuvre des régimes de responsabilité civile. Cette nouveauté conduit à affirmer que l'environnement n'est pas – du moins pour la responsabilité civile – l'intérêt protégé le plus important. L'exigence d'une gravité du dommage au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile est condamnable à au moins deux égards. D'une part, comme le suggère Monsieur Huglo, un « petit » dommage peut conduire à de « grands » préjudices tandis qu'un « grand » dommage peut donner lieu à de « petits » préjudices²⁹. D'autre part, la gravité du dommage écologique tend à créer une inégalité de traitement – toujours au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile – puisque la responsabilité civile des articles 1246 et suivants du Code civil ne permet la réparation notamment que de la dégradation ou de la perte des bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement lorsque ces préjudices ne sont pas

28. C'est déjà le cas en matière de produits défectueux où le dommage doit avoir une valeur supérieure à 500 euros.

29. Huglo Ch., « La difficile application de la réparation du préjudice écologique devant le juge », *EEI*, n° 6, Juin 2017, dossier 15, n° 3.

individuels. Or, on peut parfaitement imaginer qu'une victime, pour ces mêmes préjudices, en sollicite l'indemnisation parce qu'ils lui sont personnels et individuels. Si tel est le cas, certes la victime devra se fonder sur un autre régime de responsabilité civile du Code civil, mais la gravité du dommage écologique ne sera pas exigée au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile choisie. Dès lors, cela ne signifie pas que l'intérêt protégé – l'écosystème – ait fait l'objet d'une hiérarchisation tandis que cela conduit à une inégalité de traitement des victimes dans la mesure où les bénéfices collectifs titrés par l'homme peuvent être à la fois des utilités extrinsèques collectives et des utilités extrinsèques individuelles. En définitive, les services écosystémiques ont assurément une incidence sur les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile. Reste à savoir si tel est également le cas lorsqu'on s'intéresse au régime de la responsabilité civile.

II. L'INCIDENCE DES SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES SUR LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ CIVILE

Les services écosystémiques, par le truchement du dommage écologique, ont également une incidence quant au régime de responsabilité civile à au moins deux niveaux. D'une part, lorsqu'il s'agit de s'intéresser aux aspects procéduraux de l'action qui certes ne sont pas rédhibitoires pour l'efficacité de l'action mais qui doivent faire l'objet d'éclaircissement afin d'ailleurs de pouvoir disposer d'un socle cohérent pour prendre en charge le dommage écologique (A). D'autre part, le même constat, avec cette fois-ci beaucoup plus d'inconvénients, doit être dressé quant à la réparation elle-même dont le régime est pour l'heure insatisfaisant ou, tout du moins, peu enclin à donner envie d'agir (B).

A. LES SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES AU STADE DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ CIVILE

L'article 1248 du Code civil prévoit que « l'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'État, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la

défense de l'environnement ». Cette disposition, qui doit notamment permettre l'indemnisation de la dégradation ou de la perte de services écosystémiques, est l'occasion de mettre en évidence les aspects procéduraux de l'action en responsabilité civile³⁰. En effet, à travers l'exigence de la qualité et de l'intérêt agir, c'est la question du cumul des actions qui doit retenir notre attention.

Par principe, le cumul de ces deux conditions procédurales n'est pas exigé dans la mesure où, conformément à l'article 31 du Code de procédure civile, l'intérêt à agir une fois acquis, il n'est pas nécessaire de rechercher une qualité à agir. Ce n'est que par exception, lorsque l'action est dite « attitrée », que le législateur offre, à des personnes déterminées dépourvues d'intérêt personnel à agir, la qualité à agir pour défendre un intérêt. Or, l'article 1248 du Code précité ne procède aucunement de la sorte puisque qualité et intérêt agir sont requis. L'on ne peut qu'espérer qu'il s'agisse d'une maladresse dans la rédaction de la disposition car on voit mal pourquoi le législateur aurait dressé une liste³¹ des personnes ayant la qualité à agir pour exiger d'elles qu'elles démontrent en sus un intérêt à agir. Il est donc plus logique de penser que le législateur a voulu procéder à une dissociation. D'une part, les personnes visées en disposant de la qualité à agir n'ont pas à démontrer l'intérêt à agir ; d'autre part, toutes les autres personnes doivent quant à elles démontrer un intérêt à agir duquel sera déduite la qualité à agir. Pour autant, le recours régulier à une telle action en réparation de préjudices collectifs, sans y adjoindre une action en réparation des préjudices personnels, semble peu probable sauf à considérer que l'altruisme suffira à combattre l'inertie de celles et ceux qui n'ont rien de personnel à y gagner. Aussi, c'est davantage sur un cumul d'actions qu'il faut compter pour tendre notamment à l'indemnisation de la dégradation ou de la perte d'un service écosystémique.

Si l'on met de côté la responsabilité environnementale, qui fait office d'une police administrative peu performante, plusieurs actions civiles peuvent se cumuler puisqu'elles ne poursuivent pas les mêmes fins quand bien même il s'agirait d'obtenir la réparation des préjudices consécutifs à un dommage environnemental. En effet, plusieurs

30. Il n'est pas question ici de développer dans cette contribution mais il est à noter également un risque de confusion entre la recevabilité et le bien-fondé de l'action. En ce sens, cf. Mekki M., *op. cit.*, n°11.

31. *A priori* non exhaustive par l'utilisation de la locution « tel que ».

intérêts peuvent être lésés pour un même dommage corporel : ceux des personnes qui subissent personnellement un préjudice et qui devront alors agir, soit à titre individuel en recourant à l'une des responsabilités civiles prévues par le Code civil à l'exception de celle consacrée aux articles 1246 à 1252 du Code civil, soit par le truchement de l'action de groupe de l'article L. 142-3-1 du Code de l'environnement ; ceux des personnes qui subissent un préjudice collectif et qui devront alors intenter leur action sur le fondement des articles 1246 et suivants du Code civil. C'est à ce stade qu'il est indispensable de procéder à la qualification des préjudices et pour ce faire, pourquoi pas, recourir à une nomenclature des préjudices environnementaux³², afin de bien délimiter les actions possibles. Une fois cette identification réalisée, rien n'interdit le cumul des actions du moins lorsqu'il s'agit de distinguer entre les préjudices collectifs et les préjudices individuels ; la réparation des premiers devant être recherchée sur le fondement des articles 1246 à 1252 du Code civil, les seconds exigeant de recourir soit à une action individuelle fondée sur un fait générateur du Code civil – à l'exception des articles 1246 et suivants précités – soit à une action de groupe portée sur le fondement de l'article 142-3-1 du Code de l'environnement. En revanche, une attention toute particulière doit être portée dans cette dernière hypothèse. Le cumul est possible car parfaitement organisé. En effet, les décisions rendues sur le fondement de l'action de groupe disposent de l'autorité de la chose jugée mais seulement à l'égard des membres du groupe de telle manière qu'elle n'interdit à celles et ceux qui prétendent avoir subi un préjudice personnel d'agir à titre individuel. Plus encore, les membres du groupe ne peuvent se voir opposer l'autorité de la chose jugée de telle sorte qu'ils peuvent encore individuellement agir pour les préjudices personnels qui n'auraient pas été invoqués dans le cadre de la décision fondée sur l'action de groupe. Dès lors, sous réserve d'une délimitation des préjudices réparables et d'une interprétation conforme à la distinction entre l'intérêt et la qualité à agir, le droit s'est doté d'un arsenal juridique opérant pour prendre en charge le dommage environnemental et partant, la dégradation ou la perte des bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement. Cela étant, l'étude, au titre du régime de cette responsabilité civile, montre

32. Neyret L. et Martin G.-J., *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, 2012.

que l'enthousiasme doit être relatif lorsqu'il s'agit de s'intéresser à la réparation des préjudices.

B. LES SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES AU STADE DE LA RÉPARATION

Les atteintes aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement une fois identifiées et mesurées, le Code civil a fait le choix de hiérarchiser les modes de réparation en privilégiant, au titre de l'article 1249 alinéa 1 du Code civil³³, la réparation en nature qui est la forme la plus conforme à l'idée de réparation puisqu'il s'agit de supprimer le préjudice. Aussi, ce n'est qu'à défaut, c'est-à-dire en cas d'impossibilité ou d'insuffisance de la réparation en nature, qu'il est possible de recourir à l'allocation de dommages et intérêts. La réparation en nature n'appelle pas d'observations particulières car elle a le mérite d'être en adéquation avec le préjudice subi. Autrement dit, si la réparation en nature consiste à rétablir le service écosystémique perdu, alors cette responsabilité joue pleinement son rôle.

En revanche, lorsque la réparation se réalise par le truchement de dommages et intérêts, il n'est pas certain que la responsabilité civile permette le rétablissement de la situation de la victime quand bien même, en faisant une entorse au principe de non-affectation des dommages et intérêts³⁴, elle affecterait ces fonds à la réparation de l'environnement. Au-delà de la violation du principe de non-affectation, l'affectation des dommages et intérêts, telle que prévue par le législateur risque de ne pas atteindre l'objectif recherché puisqu'il est à craindre une inadéquation entre le préjudice subi et l'affectation retenue. En effet, l'article 1249 alinéa 2 du Code civil dispose qu'« en cas d'impossibilité ou de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation, le juge condamne

33. Art. 1249, alinéa 1 du Code civil : « La réparation du préjudice écologique s'effectue par priorité en nature ».

34. Cass. crim., 22 fév. 1995, *Bull. crim.* 1995, n° 77. Le juge excéderait ses pouvoirs s'il décidait de l'affectation des dommages et intérêts alloués à la victime. La solution procède non seulement de la fonction des dommages et intérêts car ces derniers ont pour objectif de fournir à la victime les moyens de se procurer des satisfactions de remplacement, mais aussi du principe de libre gestion par chacun de son patrimoine : Cass. 2^{ème} civ., 8 juil. 2004, *Bull. civ.* 2004, II, n° 391 : « le principe de la réparation intégrale n'implique pas de contrôle sur l'utilisation des fonds alloués à la victime qui conserve leur libre utilisation ». Le projet de réforme de la responsabilité civile de la Chancellerie va également dans ce sens puisque l'article 1264 dispose que « la victime est libre de disposer des sommes allouées ».

le responsable à verser des dommages et intérêts, affectés à la réparation de l'environnement, au demandeur ou, si celui-ci ne peut prendre les mesures utiles à cette fin, à l'Etat ». Or, comme le souligne à juste titre la professeure Mathilde Hautereau-Boutonnet, l'affectation à une notion si large qu'est « l'environnement » peut conduire à ce que « les dommages-intérêts soient utilisés pour, non pas réparer le préjudice écologique constaté au litige, mais l'environnement plus généralement, au-delà de ce préjudice »³⁵. Le risque est d'autant plus probable en cas de pluralité de demandeurs à l'action. Dans cette hypothèse, il est certain que la somme allouée au titre de la réparation du même préjudice écologique, une fois divisée entre les différents demandeurs, pourra être affectée non pas nécessairement à la réparation du préjudice écologique subi mais à la réparation de l'environnement de sorte qu'il n'est pas impossible, au final, de considérer que c'est davantage le préjudice collectif qu'écologique qui est réparé. Le risque d'une inadéquation entre l'affectation des dommages et intérêts et le préjudice subi est-il réel ? Assurément quand le recours aux dommages et intérêts est conditionné par l'impossibilité de procéder à la réparation en nature ou par l'insuffisance de cette dernière ! Les juges peuvent d'abord se heurter à une impossibilité de fait en raison de la complexité des mesures à mettre en œuvre pour tenter de réparer le préjudice subi ; les juges peuvent ensuite retenir une impossibilité de droit tenant, par exemple, à la séparation des autorités judiciaires et administratives lorsque les mesures envisagées contredisent sévèrement une autorisation administrative qui aurait été délivrée ; les juges disposent enfin d'un pouvoir très étendu dans la mesure où le seul constat de l'insuffisance des mesures prises offre la possibilité d'allouer des dommages et intérêts. Dès lors, il est regrettable que le législateur ne se soit pas donné les moyens de s'assurer que l'affectation des dommages et intérêts soit en conformité avec le préjudice écologique subi car à la complexité de l'appréhension de notions, comme celle de services écosystémiques au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile, il a ajouté la complexité d'un régime difficilement praticable³⁶. Plus encore, le recours aux dommages et intérêts en cas de pluralité de demandeurs pour une même action en responsabilité civile fondée sur les articles

35. Hautereau-Boutonnet M., « Quelle action en responsabilité civile pour la réparation du préjudice écologique ? », *EEI*, n° 6, Juin 2017, dossier 14, n° 20.

36. Pour quelques solutions pour faire face à ces difficultés, cf. Hautereau-Boutonnet M., *ibid.*, n° 23.

1246 et suivants du Code civil, couplé avec d'autres actions en responsabilité civile recherchant cette fois-ci l'indemnisation de préjudices personnels – par le truchement de l'action de groupe de l'article L. 142-3 du Code de l'environnement ou trouvant un fondement dans un fait personnel, un fait des choses ou d'autrui du Code civil – peut conduire à un *imbroglio* juridique. Au-delà de la difficulté à identifier les chefs de préjudices réparables, c'est l'affectation démultipliée des dommages et intérêts aux différentes victimes qui risque de se heurter au principe de la réparation intégrale si les sommes allouées dépassent le(s) préjudice(s) réparable(s). Or, pour l'heure du moins³⁷, les dommages et intérêts punitifs ne sont pas admis et quand bien même ils le seraient, il conviendrait, au moins pour les actions fondées sur les articles 1246 et suivants du Code civil, qu'ils se justifient non pas eu égard à la gravité du dommage mais eu égard à la gravité du fait générateur nécessairement fautif.

Il ressort de cette analyse que l'intégration des services écosystémiques, par le truchement du préjudice écologique, au sein de la responsabilité civile influence assurément cette dernière soit parce qu'elle oblige à l'adapter, voire la déformer, soit parce qu'elle invite à la repenser. Si pour l'heure cette responsabilité civile semble insuffisamment précisée tant au niveau de ses conditions de mise en œuvre qu'au niveau de son régime pour être efficiente, il faut reconnaître qu'elle ouvre ou ré(ouvre) des réflexions pour matricer une responsabilité civile adaptée aux défis du XXI^{ème} siècle au titre desquels figurent prioritairement le maintien du financement de la politique d'indemnisation des préjudices subis et la préservation d'un intérêt bien supérieur encore au préjudice corporel : l'environnement. Pour ce faire, de nombreuses voies sont possibles en dehors mais aussi au-dedans de la responsabilité civile. Il est rassurant de voir que la responsabilité civile s'adapte, crée de nouveaux outils comme ici en consacrant – à l'occasion du préjudice écologique – une véritable action substantielle et autonome en cessation de l'illicite³⁸, prospecte en imaginant les outils de demain à l'image de la reconnaissance des dommages et intérêts punitifs.

37. Le projet de réforme de la responsabilité civile de la Chancellerie présenté le 13 mars 2017 le prévoit à l'article 1266-1.

38. L'article 1252 du Code civil dispose qu'« indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1248, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage ».