



Projet de **Décret n°2** relatif aux conditions requises à l'article L. 211-2-1 du Code de l'énergie pour qu'un projet d'installation de production d'énergie renouvelable ou un réacteur nucléaire soit réputé répondre à une raison impérative d'intérêt public majeur, au sens de l'article L. 411-2 du Code de l'environnement.

Consultation du public du 30/10/2023 au 24/11/2023

<https://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/projets-de-decrets-relatifs-aux-conditions-a2933.html>

Toutes Nos Énergies Occitanie Environnement <https://toutesnosenergies.fr/> est un collectif associatif représentant 140 associations de protection de l'environnement et du cadre de vie en Région Occitanie. Interlocuteur régulier des pouvoirs publics, il est depuis 2017 porteur au niveau régional de propositions alternatives susceptibles d'inspirer une stratégie Énergie-Climat de niveau national.

TNE Occitanie Environnement émet un avis défavorable à ce projet de décret, sauf à ce que l'Etat prenne en compte les propositions alternatives, successives, dont il assortit son avis défavorable.

I- Il est rappelé que l'arrière-plan de ce projet de décret est uniquement l'octroi d'une dérogation à l'interdiction stricte de détruire des espèces protégées référée à l'art. L. 411-1 du Code de l'Environnement, laquelle reste soumise à trois conditions cumulatives strictes :

- l'absence de solution alternative de moindre impact ;
- l'absence de nuisance au maintien dans un état de conservation favorable des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle ;
- la réponse à une raison impérative d'intérêt public majeur, objet du décret projeté.

Ce projet de décret pris en application du L 211-2-1 du Code de l'énergie ne saurait donc par lui-même remettre en cause la portée juridique du L 511-1 du Code de l'environnement garantissant les intérêts en matière de santé et d'environnement au sens large.

Son champ d'application ne saurait donc être étendu au-delà du périmètre défini par le L 211-2-1 du Code de l'énergie (dérogation espèces protégées), et il serait important de le rappeler.

I bis- En outre, le projet de décret est inconventionnel.

En effet, il viole le règlement UE N° 2022/25 du 22 décembre 2022, absent des visas et cependant applicable, qui établit un cadre en vue d'accélérer le déploiement des énergies renouvelables : si son article 3 impose qu'au nom d'un intérêt public supérieur les projets qu'il vise « *soient prioritaires lors de la mise en balance des intérêts juridiques dans chaque cas* », il précise cependant que cela « *ne s'applique que si et dans la mesure où des mesures appropriées de conservation des espèces contribuant au maintien ou au rétablissement des populations d'espèces dans un état de conservation favorable sont prises et des ressources financières suffisantes ainsi que des espaces sont mis à disposition à cette fin* ».

Or le projet de décret ne propose aucune « mesure appropriée de conservation des espèces contribuant au maintien ou au rétablissement des populations d'espèces dans un état de conservation favorable » ni d'ailleurs la mise à disposition « des ressources financières suffisantes ainsi que des espaces ».

Ce règlement d'urgence présente une valeur juridique supérieure au projet de décret, qui par conséquent ne doit pas le contredire.

I ter- La Commission européenne dans sa communication du 12 octobre 2021 C (2021) 7301 final, relative à l'application de la directive « habitats » 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 considère que pour l'appréciation de la RIIPM :

« (3-32) ... il convient de souligner que cet intérêt public doit être « majeur ». Cela signifie qu'il ne suffit pas qu'un intérêt public soit de nature sociale ou économique, notamment lorsqu'il est mis en regard de l'importance particulière des intérêts protégés par la directive. Il convient ici de mettre en balance les

intérêts, avec soin. Il apparaît également légitime de partir du principe que dans la plupart des cas, l'intérêt public ne peut être majeur que s'il est à long terme : les intérêts qui ne produisent que des avantages à court terme ne suffiraient pas à contrebalancer les intérêts de conservation des espèces à long terme. « (3-33) L'autorité compétente doit examiner minutieusement, au cas par cas, le caractère « majeur » de l'intérêt public et trouver un équilibre approprié avec l'intérêt public général consistant à atteindre les objectifs de la directive.

Or le pouvoir réglementaire n'a manifestement procédé à aucune balance entre d'une part les avantages à long terme des projets pour la collectivité, du point de vue socio-économique ou environnemental, et d'autre part l'atteinte des objectifs de protection de la biodiversité visés par la directive.

Cette communication de la Commission européenne met en lumière le caractère nécessairement relatif de l'intérêt public majeur ainsi présumé, qui doit être soigneusement pesé au regard de l'opportunité écologique de la réalisation de tout projet.

II- Les conditions de puissance prévisionnelle de l'installation font référence à une présomption de raison impérative d'intérêt public majeur (RIIPM) des projets.

Or cette présomption n'est pas acquise définitivement.

Elle peut être levée dans des cas d'espèce, en raison notamment de l'incompatibilité des secteurs d'implantation projetés avec la biodiversité des espaces considérés (implantation hors aires protégées et notamment zones Natura 2000) ou avec la protection des espèces les plus sensibles à la technologie projetée. Et le principe d'une pesée globale des intérêts intégrant la séquence ERC n'est pas remis en cause par le projet de décret.

Le décret devrait rappeler que le contrôle du juge peut lever la présomption de RIIPM pour des motifs de protection du vivant.

Il bis- en outre, une telle reconnaissance automatique de la RIIPM valant pour tous les projets sans mention de ce qu'il s'agit d'un élément de présomption parmi d'autres critères, contrevient objectivement aux objectifs de la loi du 10 mars 2023 créant les zones d'accélération des énergies renouvelables en son article 15 qui définit les zones d'accélération avec pour objectif « 3°...*de prévenir les dangers ou inconvénients qui résulteraient...pour les intérêts protégés mentionnés aux articles L 211-1 et L511-1 du code de l'environnement* ».

C'est à ce titre que les éléments de cartographie élaborés par les DREAL dans l'optique de la mise en place de ces zones identifient des secteurs non éligibles aux zones d'accélération, au sein desquels il n'est pas recommandé de tenter d'implanter un projet éolien en raison de forts enjeux notamment pour la biodiversité.

Cependant, un porteur de projet supérieur à 9 MW pourra néanmoins « y tenter sa chance » et en dépit des enjeux rédhibitoires, pourra voir son projet profiter automatiquement d'une RIIPM s'il lui est nécessaire de déposer une demande d'autorisation de destruction, alors précisément qu'hors zones d'accélération, les enjeux notamment de biodiversité sont jugés rédhibitoires.

Il s'agit là d'un effet pervers important de l'automatisme prévue par le projet de décret et de l'absence de mise en balance au cas par cas des intérêts présentés par le projet d'une part et de la protection à long terme de la biodiversité d'autre part.

III- Les objectifs maximaux de puissance auxquels le projet de décret fait référence pour bénéficier d'une présomption de RIIPM sont fondés sur les hypothèses obsolètes figurant dans la PPE 2020-2028 en vigueur.

Son référentiel est d'autant moins stabilisé qu'il ne prend pas en compte les objectifs régionaux figurant dans le volet Energie des SRADDET.

III bis- en faisant référence à la seule puissance raccordée, le décret ne gère pas convenablement la difficulté des « stocks ».

En effet, en faisant référence à la puissance totale raccordée à la date de demande de dérogation il ne prend pas en compte le stock des projets autorisés non construits ni de ceux en attente de raccordement, qui est d'un niveau considérable. Ainsi de l'éolien terrestre pour lequel la puissance exploitée approchant des 22 GW contre 10 GW en attente, le potentiel réel installé - sinon raccordé - est de 32 GW dès la fin 2023. Au rythme actuel dès 2025 le seuil haut de la PPE pour 2028 (34,7 GW) sera atteint.

Dès lors le choix de prendre en compte la puissance raccordée et non la puissance effectivement raccordable peut conduire à faire bénéficier un projet inapproprié au plan environnemental d'une RIIPM présumée dans un contexte où pourtant le référentiel de seuil haut de la PPE aura été dépassé.

Au reste, l'article L 211-2-1 du Code de l'énergie fait référence à la contribution globale attendue, et il est bien évident qu'une installation autorisée non encore raccordée participe nécessairement à la « *contribution globale attendue des installations de puissance similaire à la réalisation* » des objectifs de la PPE telle que mentionnée au L 211-2-1 du Code de l'énergie, ces derniers figurant parmi « *les objectifs mentionnés aux 1° et 2° du présent article* » figurant dans la suite de cet article de Loi.

Ainsi, en se bornant à faire référence à la puissance raccordée et donc en omettant de faire référence à la contribution globale attendue, le projet de décret est illégal.

IV- Le décret est oublieux d'une partie des dispositions de l'art. L 211-2-1 du Code de l'énergie auquel pourtant il fait référence

Cet article demande qu'il soit tenu compte du type de source d'énergie renouvelable, de la puissance prévisionnelle totale de l'installation projetée et de la contribution globale attendue des installations de puissance similaire à la réalisation des objectifs mentionnés aux 1° et 2° du présent article.

Or cette contribution globale attendue ne se limite pas aux objectifs quantitatifs de la PPE comme voudrait le faire croire le projet de décret : ils englobent explicitement tous les autres enjeux mentionnés aux 1° et 3° de l'art. L 141-2 du Code de l'énergie https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043976706/

Ainsi, concernant le territoire métropolitain, il est fait référence à « *la programmation pluriannuelle de l'énergie mentionnée à l'article L. 141-2, en particulier les mesures et dispositions du volet relatif à la sécurité d'approvisionnement et les objectifs quantitatifs du volet relatif au développement de l'exploitation des énergies renouvelables, mentionnés aux 1° et 3° du même article L. 141-2* »

Il est donc proposé les évolutions suivantes :

a) au titre du " *en particulier* " inclus dans le texte :

Le décret pourrait avec utilité retenir comme relevant d'un intérêt public majeur les projets qui prouvent un coût de production hors raccordements inférieur à un seuil qu'il pourrait valablement fixer à 65 €/MWh sur la base d'une durée de vie de 20 ans et d'un facteur de charge moyen correspondant à la moyenne des trois années antérieures.

b) au titre de la contribution au volet 1° de l'article L 141-2 (sécurité d'approvisionnement) :

Le décret pourrait avec utilité établir une grille relative à la pilotabilité décroissante des sources renouvelables, les premières citées ayant l'avantage sur les suivants : bioénergies, géothermie, hydroélectricité, solaire, éolien offshore, éolien terrestre. Cette grille serait croisée au plan local avec la proposition c).

c) au titre de la contribution au volet 3° de l'article L 141-2 (développement des énergies renouvelables et des installations de stockage) :

Le décret pourrait avec utilité poser le principe que chaque projet doit être pesé au regard d'alternatives renouvelables locales - quand elles existent - après consultation de la collectivité territoriale sur laquelle l'installation est envisagée puis après consultation des collectivités limitrophes.

V- Puissances requises pour bénéficier d'une réputation de « *répondre à une raison impérative d'intérêt public majeur* »

Nous nous bornons ici au territoire métropolitain continental :

1. Electricité photovoltaïque :

Le seuil de 2,5 MWh envisagé correspond à environ 0,6 ha de panneaux qui selon les configurations techniques peuvent mobiliser des surfaces comprises entre 2 et 3 hectares.

Ce seuil est acceptable s'il correspond à des situations permettant d'éviter d'artificialiser des sols et de nuire aux espèces protégées relevant des classes suivantes : insectes, batraciens, herpétofaune ...

Tel est bien le cas si le projet a vocation à s'implanter sur des friches industrielles, des carrières abandonnées non renaturalisables, des délaissés routiers, ferroviaires, aéroportuaires ... au potentiel de 49 GW tel que recensé par l'Ademe en 2019. A fortiori si elles sont proches des centres de consommation, permettant ainsi de limiter le kilométrage linéaire des travaux de raccordements au réseau public. Sous ces conditions strictes ce seuil pourrait avec utilité être porté à 1 MWh autrement dit moins de 1 hectare.

Les projets portés relatifs à des zones agricoles et pastorales ou à des zones sensibles telles que zones forestières et terres relevant de la loi Montagne ou de la loi Littoral ne doivent pas bénéficier d'un seuil de puissance prévisionnelle minimale. Compte tenu de leurs impacts environnementaux, ils en effet typiquement l'une des situations où la présomption d'intérêt public majeur doit être levée, et être remplacée par un traitement au cas par cas.

2. Eolien terrestre :

• concernant le seuil de 9 MW :

Le décret vise par ce seuil des projets de très faible puissance, typiquement 3 éoliennes de 3 MW unitaires. Il sort ainsi du référentiel figurant à l'art. D 314-23 du Code de l'énergie pris en application du L 314-18 qui précise les seuils de puissance permettant à un opérateur de bénéficier du régime de soutien libellé « complément de rémunération », à savoir 18 MW. Ce dernier est régulièrement rappelé par la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE) afin de limiter tous effets de mitage et, ainsi, de maîtriser les prix de l'électricité.

Il est donc proposé de rehausser ce seuil minimal de puissance prévisionnelle à 18 MW, tant pour un nouveau parc éolien que pour le seuil de puissance finale après éventuelle remotorisation (repowering) de parc existant, afin de limiter le mitage éolien des campagnes de France.

Etant rappelé que la présomption d'intérêt public majeur peut être levée pour tout projet ne fournissant pas les garanties requises au regard de l'art. L511-1 du Code de l'environnement, et en particulier l'évitement des zones naturelles sensibles incluant les zones forestières et les zones humides, l'absence de nuisance aux espèces protégées y compris le risque de dérangement et l'absence de bouleversement de la vie des riverains par une distance minimale appropriée par application complète du L 515-44 du Code de l'environnement.

• concernant les renouvellements d'installations, réf. L. 181-14 du code de l'environnement :

Par la mention « *que ce renouvellement engendre ou non une modification de la puissance installée et de la localisation des installations* », le décret projeté présume qu'un renouvellement et en particulier un repowering éolien est une opération purement technique, dépourvue d'impacts sur le patrimoine environnemental relevant de l'intérêt public.

De récents exemples portés devant la justice montrent qu'il n'en est rien, en raison des réhausses de hauteur et de leurs impacts visuels, des nuisances acoustiques accrues, ou encore des augmentations de diamètre rotor et des diminutions des gardes au sol qui ont des effets sur la mortalité de nombreuses espèces volantes.

Ainsi, la plus grande vigilance doit être exercée sur de tels projets qui sont par excellence les projets sur lesquels il peut avec raison être levée la présomption d'intérêt public majeur.

En outre l'article L 211-2-1 du Code de l'énergie n'autorise pas un tel distinguo au sein d'une même source d'énergie renouvelable, les conditions doivent être les mêmes pour tous les projets et donc se rapporter à la même puissance prévisionnelle totale.

Cette disposition est particulièrement illégale.

C'est pourquoi il convient de retirer du décret la deuxième phrase du 2° de l'article R 211-3 projeté.

3. Production de biogaz par méthanisation :

Le seuil projeté semble quoique sans le dire considérer que seuls les grands projets relèvent de l'intérêt public majeur, les projets plus petits relevant plutôt d'une activité connexe à l'activité agricole privée.

Cet a priori correspond à peu près à la répartition actuelle des puissances installées : 50% des installations et 70% de la production de biogaz ont en effet une production unitaire annuelle supérieure à 15 GWh PCS (<https://www.statistiques.developpement-durable.gouv.fr/edition-numerique/chiffres-cles-energies-renouvelables-2021/19-biomethane>)

Il doit cependant être fait observer que les projets de méthanisation les plus importants sont aussi ceux qui soulèvent le plus d'interrogations dans le public, au titre de la logistique associée et des nuisances olfactives et acoustiques parfois exercées sur les riverains. Ainsi, au cas par cas, ici encore il pourrait être levé la présomption d'intérêt public majeur, ce quel que soit le seuil retenu.

4. Energie solaire thermique :

Le seuil de 2,5 MW est compatible avec une gestion équilibrée du chauffage thermique d'origine solaire à l'échelle intercommunale, à l'échelle de bourgs-centres, ou encore à l'échelle de zones d'activités quel qu'en soit le mode de gestion.

5. Electricité nucléaire :

Les seuils apparaissant à l'article 2 du décret projeté sont appropriés aux enjeux.