

CONSEIL D'ÉTAT
Assemblée générale

Séances des 15 et 22 septembre 2022

Section des travaux publics

Section sociale

N° 405732

rapporteurs

EXTRAIT DU REGISTRE
DES DÉLIBÉRATIONS

AVIS sur un projet de loi
relatif à l'accélération des énergies renouvelables

NOR : ENER2223572L

1. Le Conseil d'Etat a été saisi le 8 août 2022 d'un projet de loi relatif à l'accélération des énergies renouvelables. Ce projet de loi a été modifié par cinq saisines rectificatives reçues les 8, 12, 14, 15 et 21 septembre en ce qui concerne le texte du projet. Ces saisines rectificatives ont eu pour objet de reprendre, pour une bonne partie des articles, les rédactions résultant d'échanges avec le Conseil d'Etat, de retirer deux dispositions posant des difficultés ne pouvant être immédiatement résolues, de modifier certaines dispositions et d'ajouter un article de ratification de deux ordonnances dans le domaine de l'énergie.

2. Le projet de loi, qui comprend vingt articles, est organisé en cinq titres, respectivement consacrés aux projets d'énergies renouvelables et aux projets industriels nécessaires à la transition énergétique (Titre Ier), à l'énergie photovoltaïque (Titre II), à l'énergie éolienne en mer (Titre III), aux mesures de soutien aux installations et à la production d'énergie renouvelable (Titre IV) et à des dispositions diverses (Titre V). Le Conseil d'Etat ne propose pas de modifier cette structure, qui lui paraît satisfaisante. Il propose simplement de modifier l'intitulé du projet de loi ainsi que ceux de ses titres afin qu'ils reflètent plus exactement les mesures proposées.

3. L'étude d'impact du projet est apparue inégale, insuffisante sur plusieurs articles, voire inexistante sur certaines dispositions pourtant importantes. Les insuffisances relevées tiennent, d'abord, à l'absence d'état des lieux, de données précises concernant les situations sur lesquelles portent les mesures, ce qui, dans certains cas, correspond à des oublis réparables, mais, dans d'autres cas, semble accréditer l'idée que l'évolution proposée des textes repose sur des présupposés plus que sur des constats étayés : tel est, en particulier, le cas de l'idée selon laquelle le contentieux serait une cause déterminante des délais constatés pour la mise en œuvre d'un projet. Ensuite, l'étude d'impact manque de justifications en ce qui concerne certains choix importants, ainsi que d'analyses juridiques, même sommaires, des points délicats des dispositions proposées. Elle ne met pas davantage en perspective les marges de progrès existant à droit constant pour l'accélération des projets. Enfin, le droit de l'Union européenne et le droit

international n'ont pas été toujours suffisamment pris en compte.

Il convient que l'étude d'impact soit complétée sur les différents points qui viennent d'être mentionnés avant le dépôt du projet de loi au Parlement.

4. Les consultations préalables obligatoires ont été effectuées. Les organismes consultés n'ont toutefois disposé que de très brefs délais pour rendre leurs avis et le Gouvernement comme le Conseil d'Etat n'ont disposé que de délais encore plus brefs pour les prendre en compte. La régularité formelle des consultations a été certes assurée mais l'esprit qui préside à l'obligation de consulter ne peut être considéré, dans ces conditions, comme respecté.

5. Au-delà de ces remarques liminaires, et outre de nombreuses améliorations de rédaction qui s'expliquent d'elles-mêmes, ce projet de loi appelle, de la part du Conseil d'Etat, les observations suivantes.

Sur les mesures destinées à accélérer les projets d'énergies renouvelables et les projets industriels nécessaires à la transition énergétique (titre Ier)

Adaptations temporaires de la procédure d'autorisation environnementale

6. Le projet de loi prévoit, pour les projets de développement des énergies renouvelables ou des projets industriels identifiés comme nécessaires à la transition énergétique et pour une période limitée à quatre ans, des adaptations de la procédure d'autorisation environnementale.

Le Conseil d'Etat estime que la création d'un régime spécifique pour ces projets, aux fins d'en améliorer l'instruction, peut répondre à l'intérêt général qui s'attache à la protection de l'environnement, qui est un objectif de valeur constitutionnelle, et à la lutte contre le dérèglement climatique.

Il admet que les adaptations envisagées ne soient pas codifiées, comme il est d'usage lorsqu'elles présentent un caractère temporaire et limité à certains projets.

7. Le Conseil d'Etat s'interroge, toutefois, sur la pertinence d'un vecteur législatif pour des adaptations ou précisions, telles que les dispositions prévoyant d'anticiper les préparatifs des enquêtes publiques ou la possibilité de joindre, en cours d'enquête ou de consultation publique, les avis rendus hors délai, qui ont plutôt vocation à relever de précisions réglementaires ou d'instructions.

Il propose ainsi de réécrire ces dispositions afin de retenir les seules adaptations apportées aux dispositions législatives de droit commun régissant les régimes d'autorisation environnementale et d'évaluation environnementale, dont il convient de préserver la lisibilité, et de retirer les dispositions qui relèvent du pouvoir réglementaire ou qui se rapportent à des situations déjà existantes ne justifiant pas des précisions temporaires limitées aux projets visés par le projet de loi.

Champ de la participation du public par voie électronique

8. Par parallélisme avec ce qui est déjà prévu à l'article L. 123-2 du code de l'environnement pour les permis de construire et les permis d'aménager, le projet de loi prévoit d'inclure dans le champ de la participation du public par voie électronique les projets soumis à permis de démolir ou à déclaration préalable en vertu du titre IV du code de l'urbanisme et qui font l'objet d'une évaluation environnementale après un examen au cas par cas. Le Conseil d'Etat relève

qu'une telle catégorie de décisions est nouvelle et résulte notamment de l'entrée en vigueur récente du dispositif de rattrapage, ou « clause filet », prévu à l'article R. 122-2-1 du code de l'environnement et de ce que le Gouvernement envisage de soumettre à déclaration préalable de petites installations photovoltaïques. Ces dispositions ne présentent pas de difficultés juridiques d'ordre constitutionnel ou conventionnel.

Modification des procédures d'urbanisme applicables aux projets d'installations d'énergie renouvelable

9. Afin de faciliter la modification de documents d'urbanisme qui s'opposeraient à l'implantation de projets d'installations d'énergie renouvelable, le projet de loi prévoit de faire relever de la procédure de modification simplifiée, pendant une durée de quatre ans à compter de la promulgation de la loi, le changement d'orientations définies par les projets d'aménagement et de développement durables (PADD), la réduction des espaces boisés classés, ainsi que la modification des règles applicables aux zones agricoles, naturelles ou forestières qui sont actuellement soumis à la procédure plus lourde de révision.

Le Conseil d'Etat constate que la procédure de modification simplifiée, si elle allège les débats et réduit le nombre des consultations, préserve celle des personnes publiques associées et prévoit une mise à disposition du public ainsi qu'une évaluation environnementale au cas par cas lorsque la modification est susceptible d'avoir des incidences sur l'environnement, assurant ainsi le respect de la Charte de l'environnement.

10. L'intégration des projets d'installations d'énergie renouvelable dans le champ de la procédure dite de « déclaration de projet », lorsqu'ils ne sont pas compris dans un projet d'aménagement urbain, vise également à en faciliter la réalisation puisque la déclaration de projet emporte mise en compatibilité du document d'urbanisme qui y ferait obstacle. En l'espèce, elle permet aussi de l'accélérer puisque les dispositions proposées autorisent l'Etat de prendre une déclaration portant atteinte au PADD du document d'urbanisme sans passer par la procédure de révision. Cette exception, elle aussi limitée tant dans son objet que dans sa durée, n'appelle pas d'objection du Conseil d'Etat.

11. Les dispositions qui organisent une procédure de concertation commune à une déclaration de projet qui y est soumise et à la mise en compatibilité du document d'urbanisme en amont de l'enquête publique et mutualisent ainsi une obligation procédurale sous certaines conditions n'appellent pas d'observation du Conseil d'Etat.

Reconnaissance du caractère de « raison impérative d'intérêt public majeur » à certains projets d'installations d'énergie renouvelable et à certains projets déclarés d'utilité publique

12. Des dérogations à l'interdiction posée par l'article L. 411-1 du code de l'environnement de porter atteinte, de quelque manière que ce soit, aux espèces protégées ainsi qu'à leurs habitats peuvent, aux termes du 4° du I de l'article L. 411-2 du même code, être délivrées, à condition «... qu'il n'existe pas d'autre solution satisfaisante (...) et que la dérogation ne nuise pas au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle », et pour un motif tiré, notamment, de « c) (...) l'intérêt de la santé et de la sécurité publiques ou pour d'autres raisons impératives d'intérêt public majeur, y compris de nature sociale ou économique (...) ». Ces trois conditions, qui transposent l'article 16, paragraphe 1, de la directive du 21 mai 1992, dite « directive Habitats », sont distinctes et

cumulatives.

La réalisation de projets d'aménagement et d'équipement nécessite souvent de telles dérogations, qui ne peuvent cependant être sollicitées qu'à un stade relativement avancé des projets, de sorte qu'un projet assez abouti peut être mis en échec si la dérogation qu'il doit obtenir ne lui est pas accordée ou est annulée parce qu'il ne répond pas à une raison impérative d'intérêt public majeur, alors même que les deux autres conditions auxquelles est soumise une dérogation seraient remplies.

13. Le projet de loi propose donc de reconnaître la qualité d'opération répondant à une raison impérative d'intérêt public majeur aux projets d'installations de production d'énergie renouvelable et aux ouvrages de raccordement aux réseaux de transport et de distribution d'énergie satisfaisant à des conditions qu'il définit et qui seront précisées par décret en Conseil d'Etat.

14. S'agissant des installations de production d'énergie renouvelable et de leurs ouvrages de raccordement aux réseaux de transport et de distribution d'énergie, le Conseil d'Etat constate que ni l'article 16, paragraphe 1, de la directive « Habitats » ni, en son état actuel, la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne ne font obstacle à ce que la loi définisse des critères permettant de considérer que certains projets répondent à une raison impérative d'intérêt public majeur. La nécessité d'un examen au cas, qui résulte de la directive selon la jurisprudence de la Cour, demeure, en tout état de cause, puisqu'il appartient à l'administration, sous le contrôle du juge, d'apprécier si le projet satisfait aux critères posés par la loi et le décret pour répondre à une raison impérative d'intérêt public majeur et si les deux autres conditions prévues par le 4° du I de l'article L. 411-2 du code de l'environnement sont effectivement réunies.

L'encadrement ainsi institué doit cependant l'être au regard de critères pertinents pour la qualification d'opération répondant à une raison impérative d'intérêt public majeur. Le Conseil d'Etat considère que, au regard des critères dégagés par la jurisprudence, ceux prévus par le projet de loi, à savoir le type de source renouvelable et la puissance prévisionnelle totale de l'installation projetée, eu égard à la contribution globale attendue des installations de puissance similaire à la réalisation des objectifs pour cette source d'énergie, compte tenu des volets pertinents de la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE), permettent de présumer cette qualification.

En effet, les projets auxquels cette qualification d'opération répondant à une raison impérative d'intérêt public majeur serait ainsi reconnue sont, d'une part, ceux qui produisent l'énergie avec l'une des sources auxquelles la PPE fixe, en raison notamment de leur soutenabilité et de l'indépendance énergétique qu'ils procurent, les objectifs de progression les plus ambitieux, d'autre part, les projets dont la taille est suffisante pour que, individuellement ou collectivement, ils contribuent de façon significative à atteindre les objectifs de cette programmation. Ces projets sont ainsi destinés à satisfaire à un besoin structurel, à long terme, dans le cadre d'une planification décidée par les pouvoirs publics, et répondent ainsi à un motif impératif d'intérêt public majeur.

Au surplus, le Conseil d'Etat relève que le plan REPowerEU présenté par la Commission européenne le 18 mai 2022 comprend notamment une proposition de modification de la directive sur l'énergie produite à partir de sources renouvelables (Directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018), visant à soutenir une accélération des

procédures d'octroi de permis pour les projets d'énergie renouvelable et les infrastructures connexes en introduisant le principe selon lequel les énergies renouvelables relèvent d'un intérêt public supérieur.

15. Le projet prévoit également que la reconnaissance de la qualité d'opération répondant à une raison impérative d'intérêt public majeur à une opération ou à des travaux pourra se faire dès le stade d'une déclaration d'utilité publique (DUP). La reconnaissance se fera alors dans l'acte déclaratif d'utilité publique, dont il constituera une disposition distincte, pour la durée de validité de la DUP et de ses prorogations éventuelles, dans la limite de dix ans. Dans cette hypothèse, la reconnaissance de la qualité d'opération répondant à une raison impérative d'intérêt public majeur ne pourra être contestée devant le juge administratif qu'au stade de la DUP et ne pourra plus être remise en cause lorsque la dérogation sera ultérieurement délivrée : seuls les autres critères auxquels sont soumis la dérogation pourront être contestés devant le juge administratif. C'est donc à l'autorité administrative compétente pour prendre la DUP qu'il appartiendra d'apprécier, lorsqu'il est probable ou certain qu'une dérogation « espèces protégées » sera nécessaire, si l'opération ou les travaux répondent à une raison impérative d'intérêt public majeur et notamment, s'agissant des installations de production d'énergie renouvelable et de leurs ouvrages de raccordement, s'ils répondent aux critères fixés par le projet et son décret d'application. Le Conseil d'Etat estime que rien ne s'oppose à ce qu'une telle reconnaissance puisse avoir lieu dès le stade de la DUP. Il estime que les dispositions prévues préservent le droit au recours tout en apportant aux porteurs de projets une sécurité juridique, elle aussi protégée par la jurisprudence constitutionnelle, qui admet de telles limitations lorsqu'elles sont fondées sur un objectif d'intérêt général, ce qui est le cas de la réalisation d'une opération déclarée d'utilité publique.

Sur les modifications apportées à l'office du juge de plein contentieux des autorisations environnementales

16. Le projet de loi prévoit de modifier les dispositions de l'article L. 181-18 du code de l'environnement relatif à l'office du juge de plein contentieux des autorisations environnementales afin que la faculté qui lui est aujourd'hui ouverte de prononcer une annulation partielle, limitée à une phase de l'instruction d'une demande d'autorisation environnementale ou à une partie de cette autorisation, ou de surseoir à statuer en vue de la régularisation d'un vice, constitue désormais une obligation lorsque les conditions d'une telle annulation partielle ou d'une telle mesure de régularisation sont réunies.

Cette modification de la procédure contentieuse, directement inspirée des dispositions des articles L. 600-5 et L. 600-5-1 du code de l'urbanisme, applicables aux autorisations d'urbanisme, qui sont communément mises en œuvres par les juridictions administratives, n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Habilitation pour permettre l'accélération des raccordements au réseau de transport d'électricité

17. L'habilitation sollicitée vise, pour l'essentiel, à accélérer le raccordement des installations d'énergie renouvelable au réseau en simplifiant les procédures, en anticipant les raccordements, en établissant des priorités afin de hiérarchiser le traitement des demandes et en concentrant les investissements sur des zones déterminées. Elle prévoit également la modification de la planification des réseaux d'électricité. La technicité des dispositions envisagées, la nécessité de procéder à plusieurs consultations et le besoin de coordonner les modifications des parties

législatives et réglementaires justifient cette habilitation, qui satisfait à l'exigence constitutionnelle de précision.

Sur les mesures tendant à l'accélération du développement de l'énergie solaire thermique et photovoltaïque (Titre II)

Installation d'ouvrages de production d'énergie solaire le long des autoroutes et des voies à grande circulation

18. Le projet de loi entend faciliter la construction d'ouvrages de production d'énergie solaire dans les bandes de terrain situées de chaque côté des autoroutes et voies à grande circulation, actuellement limitée par l'article L. 111-7 du code de l'urbanisme. Cette mesure, qui ne dispense pas de modifier le plan local d'urbanisme lorsque celui-ci fait obstacle à la construction dans les zones concernées d'équipements d'intérêt public tels que les ouvrages de production d'énergie photovoltaïque, ne soulève pas d'objection juridique, notamment au regard du principe de libre administration des collectivités territoriales.

Installation d'ouvrages de production d'énergie solaire sur des parcelles appartenant au domaine public

19. L'article L. 2122-1-3-1 du code général de la propriété des personnes publiques, qui permet à l'autorité compétente de l'Etat de renoncer à la procédure de sélection imposée préalablement à la délivrance d'un titre d'occupation du domaine public en vue de l'exercice d'une activité économique, est modifié afin d'en faire bénéficier des projets de production d'électricité à partir d'énergies renouvelables ayant déjà fait l'objet, en application du code de l'énergie, d'une mise en concurrence pour l'octroi de mesures de soutien financier prévues en faveur de ces énergies. Cette mesure de simplification, qui supprime un frein à la mise en œuvre des projets, est opportunément étendue à toutes les personnes morales publiques et privées, notamment les sociétés concessionnaires d'autoroutes, qui sont habilitées par la réglementation à délivrer des titres d'occupation du domaine public.

Installation d'ouvrages de production d'énergie solaire sur des friches non situées en continuité des espaces urbanisés dans des espaces littoraux

20. Pour permettre l'installation d'ouvrages de production d'énergie photovoltaïque en discontinuité de l'urbanisation, le projet propose de créer un nouvel article L. 121-12-1 dans le code de l'urbanisme afin de permettre, par une décision d'autorisation spécifique, dérogatoire à l'interdiction de construction en discontinuité de l'urbanisation résultant de la loi littoral (article L. 121-8 du code de l'urbanisme), l'édification d'ouvrages de production d'énergie solaire sur des friches ou des bassins industriels de saumure saturée. Les installations de production d'hydrogène renouvelable couplées pour leur alimentation en électricité à des ouvrages de production d'énergie solaire situés sur des bassins industriels de saumure saturée pourront s'implanter à proximité sur ces friches. Compte tenu de l'intérêt que présente la mesure aux regards des objectifs du projet de loi, de son encadrement rigoureux et du caractère réversible des installations, qui devront être démantelées au terme de leur période d'exploitation, de l'ordre d'une trentaine d'années, permettant ainsi des actions de renaturation, le Conseil d'Etat estime que ces dispositions n'appellent pas d'objections d'ordre constitutionnel et conventionnel.

21. Le Conseil d'Etat appelle, toutefois, l'attention du Gouvernement sur le fait que la multiplication au fil du temps et sans logique d'ensemble, de régimes dérogatoires à la législation très protectrice du littoral, qui sont de surcroît assortis de conditions procédurales et de fond hétérogènes, n'est pas satisfaisante. Il ne peut que l'inviter à engager une réflexion pour tenter de donner une cohérence à ces dérogations et harmoniser les règles les régissant.

Construction en zone de montagne d'ouvrages en discontinuité de l'urbanisation existante

22. La possibilité de déroger en zone de montagne à l'obligation de construire en continuité de l'urbanisation, qui peut notamment bénéficier à des installations de production d'énergie renouvelable, est soumise à des conditions exigeantes. En particulier, selon l'article L. 122-7 du code de l'urbanisme, elle est subordonnée à la réalisation d'une étude dans le cadre du schéma de cohérence territoriale ou du plan local d'urbanisme. Le projet de loi prévoit que cette étude peut également être réalisée dans le cadre de la carte communale, ce qui permettra de faciliter l'implantation de ces ouvrages lorsque le schéma de cohérence territoriale n'existe pas ou ne comporte pas une telle étude. Cette mesure ne soulève pas d'objection juridique.

Installation d'ombrières supportant des installations de production d'énergie photovoltaïque sur les parcs de stationnement extérieurs de plus de 2500 m²

23. La législation a été modifiée à plusieurs reprises ces dernières années, afin d'imposer progressivement aux propriétaires de parcs de stationnement extérieurs, d'une part, de réaliser des aménagements de végétalisation ou des dispositifs de production d'énergies renouvelables sur ombrières, d'autre part, d'installer des aménagements hydrauliques au sol.

24. Le projet de loi prévoit d'étendre ces obligations en insérant des dispositions dans trois codes différents (code de la construction et de l'habitation, code de l'urbanisme et code de l'énergie).

Le Conseil d'Etat estime qu'il n'est pas satisfaisant, au regard des exigences de lisibilité de la loi, d'éclater entre trois codes poursuivant des finalités différentes des dispositions similaires et complexes régissant les parcs de stationnement extérieurs ni de prévoir leur entrée en vigueur à des dates différentes. Il ne lui appartient pas, eu égard à son office, au contexte d'urgence dans lequel s'inscrit la présente saisine et à la nécessité pour le Gouvernement de mener préalablement une réflexion d'ensemble sur ces obligations contraignantes et coûteuses, en concertation avec les milieux professionnels concernés et les élus locaux, de reprendre l'ensemble de ces règles pour en améliorer la cohérence et la lisibilité.

25. Le Conseil d'Etat ne propose cependant pas la suppression des dispositions envisagées par le Gouvernement. D'une part, la pertinence de la mesure au regard des objectifs poursuivis par le projet de loi ne lui paraît pas contestable dans son principe. D'autre part, les difficultés apparues au cours de l'examen du projet ont pu être surmontées à la suite des échanges avec le Gouvernement.

26. En premier lieu, le Conseil d'Etat propose que toutes les modifications envisagées s'appliquent à compter d'une même date, le 1^{er} juillet 2023.

27. En deuxième lieu, le Conseil d'Etat constate que les modifications proposées ne peuvent être insérées sans inconvénient dans l'un des trois codes envisagés par le Gouvernement. A cet

égard, il attire l'attention du Gouvernement sur le fait que les dispositions du code de la construction et de l'habitation applicables aux constructions en cause sont dépourvues de mécanisme de contrôle et de sanction, même après l'entrée en vigueur, prévue le 1^{er} juillet 2024, de l'ordonnance n° 2002-1076 du 29 juillet 2022 visant à renforcer le contrôle des règles de construction. Il semble donc préférable au Conseil d'Etat, en l'état de la législation, de ne pas codifier les dispositions envisagées par le projet.

28. En troisième lieu, il est souhaitable que les dispositions indiquent positivement quelles sont les catégories de parcs de stationnement concernées. En l'état des explications fournies par le Gouvernement, seraient concernés les parcs extérieurs existants au 1^{er} juillet 2023, ceux dont la demande d'autorisation d'urbanisme a été déposée avant le 1^{er} juillet 2023, enfin ceux dont la demande d'autorisation d'urbanisme a été déposée après le 1^{er} juillet 2023 s'agissant des parcs de stationnement autres que ceux mentionnés à l'article L. 111-19-1 du code de l'urbanisme (parcs de stationnement extérieurs existants de plus de 500 m² associés aux bâtiments visés par l'article L. 171-4 du code de la construction et de l'habitation ; nouveaux parcs de stationnement extérieurs ouverts au public de plus de 500m²).

29. Le Conseil d'Etat observe, en quatrième lieu, que le projet ne fait pas apparaître si la superficie d'un parc de stationnement, qui est un élément déterminant du champ d'application de la mesure, inclut seulement les emplacements de stationnement ayant vocation à être ombragés, ou intègre tous les aménagements, parfois accessoires, que peut comporter un parc, tels que des voies de circulation, des cheminements, des espaces de repos ou de jeu, des zones de péage. Il semble résulter des travaux parlementaires préalables à l'adoption de l'article 101 de la loi du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets que doit être prise en compte non la superficie des seuls emplacements de stationnement, mais la totalité de la superficie des parcs. Il appartiendra au décret d'application de préciser ce point.

30. Enfin, le Conseil d'Etat propose d'aménager le système de sanction pécuniaire administrative prévu par le projet du Gouvernement. En effet, la sanction figurant dans ce projet, qui était fixée, par renvoi aux dispositions du code de l'énergie, en proportion du chiffre d'affaires, était inadéquate. Selon la rédaction retenue, en cas de méconnaissance des obligations prévues au présent article, l'autorité administrative compétente peut prononcer à l'encontre du gestionnaire du parc de stationnement concerné, chaque année et jusqu'à la mise en conformité, une sanction pécuniaire dont le montant devra tenir compte de la gravité du manquement, dans la limite d'un plafond de 10 000 euros, si le parc a une superficie de moins de 10 000 m², et de 20 000 euros, si le parc a une superficie égale ou supérieure à 10 000 m².

L'ensemble de ces modifications a reçu l'accord du Gouvernement.

Sur les mesures spécifiques à l'accélération de l'éolien en mer (titre III)

31. Le titre III comporte des dispositions qui visent à faciliter la réalisation de projets éoliens en mer et des adaptations du droit social applicable aux personnes contribuant à l'installation et à l'exploitation d'éoliennes en mer.

Mutualisation des procédures de participation du public

32. Afin d'accélérer la réalisation de tels projets, le projet de loi ouvre la possibilité au ministre chargé de l'énergie et à celui chargé de la mer de saisir conjointement la Commission nationale du débat public afin que la procédure de participation du public portant sur les projets de construction et d'exploitation d'installations de production d'énergie renouvelable en mer et sur leurs ouvrages de raccordement aux réseaux publics d'électricité, définie à l'article L. 121-8-1 du code de l'environnement, soit menée en commun avec celle prévue par l'article L. 121-8 du même code pour les documents stratégiques de façade, qui sont des plans et programmes mentionnés à l'article L. 219-3.

Cette disposition, qui vise à améliorer la cohérence des procédures de participation du public, ne soulève pas de difficulté juridique.

Régime juridique des îles artificielles, installations ou ouvrages flottants

33. Le projet de loi crée un régime juridique nouveau pour les îles artificielles, installations ou ouvrages flottants, notamment les éoliennes flottantes, en leur rendant applicables, d'une part, celles des dispositions relatives aux navires qui sont nécessaires en raison de leur caractère flottant (l'immatriculation, la possibilité de francisation, le contrôle par un organisme agréé du respect des règles relatives à la sécurité maritime) et d'autre part, des dispositions s'inspirant de celles du code de l'environnement relatives aux autorisations environnementales pour ce qui est du régime de police administrative de l'installation. Il complète et unifie le régime des sanctions pénales applicables en cas de manquement aux obligations du propriétaire ou de l'exploitant, que celles-ci relèvent de la sécurité maritime ou des autres obligations liées à l'exploitation de l'installation.

Le Gouvernement ayant modifié son projet initial pour tenir compte des observations formulées au cours du travail d'examen par le Conseil d'Etat, ce dispositif n'appelle pas d'observation.

Simplification du régime applicable en cas d'étude ou de projet réalisé en partie en mer territoriale et en partie en zone économique exclusive

34. Le projet simplifie par ailleurs le droit applicable pour autoriser la réalisation de projets d'installations de production d'énergie renouvelable en mer, ou d'études techniques et environnementales relatives à de telles installations ou à leurs ouvrages de raccordement aux réseaux publics d'électricité, s'ils devaient être réalisés pour partie en mer territoriale et en partie dans la zone économique exclusive. En l'état actuel, seraient nécessaires une autorisation au titre de l'occupation du domaine public délivrée sur le fondement du code général de la propriété des personnes publiques et une autorisation environnementale sur le fondement du code de l'environnement pour la partie située en mer territoriale, ainsi qu'une autorisation d'exploration ou d'exploitation pour la partie située dans la zone économique exclusive sur le fondement de l'ordonnance n° 2016-1687 du 8 décembre 2016 relative aux espaces maritimes relevant de la souveraineté ou de la juridiction de la République française.

Le projet de loi fait le choix de rendre applicables les procédures valant en mer territoriale à l'ensemble de tels projets d'installations ou d'études. Il conserve toutefois l'application à la partie située zone économique exclusive de celles des dispositions de l'ordonnance du 8 décembre 2016 qui s'imposent afin de respecter la convention des Nations Unies sur le droit de la mer, signée à Montego Bay en 1982.

Ce dispositif est de nature à réduire le nombre de procédures requises pour un projet ou une étude. Elle respecte tant la protection constitutionnelle qui s'attache à la domanialité publique que les obligations résultant de la convention de Montego Bay.

Durée du travail des salariés autres que gens de mer (« offshore »)

35. Le projet de loi apporte deux modifications à l'article L. 5541-1-1 du code des transports. Ce texte, issu de la loi n° 2013-619 du 16 juillet 2013 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable, déroge à l'application du code du travail aux « salariés autre que gens de mer » lorsqu'ils exercent certaines activités définies par décret, en l'espèce le décret n° 2016-754 du 7 juin 2016 définissant les travaux et activités mentionnés à l'article L. 5541-1-1, correspondant, pour l'essentiel, aux travaux « off-shore ». Pour leurs « périodes embarquées », ces travailleurs, dans une logique d'unité de lieu, se voient appliquer un certain nombre de dispositions du code des transports relatives à la durée du travail embarqué, à l'instar de celles applicables à leurs collègues de travail « gens de mer », présents sur les mêmes plateformes « off-shore » ou sur les navires les exploitant.

Le projet de loi vise, d'une part, à assouplir le recours, par voie d'accords collectifs d'entreprise ou d'établissement, aux cycles de travail comportant un embarquement suivi d'une période égale de repos compensateur à terre. L'article L. 5541-1-1 prévoit une répartition de la durée du travail sur une période de « deux semaines de travail consécutives suivies de deux semaines de repos consécutives », sans que cette période ne soit sécable. En modifiant ces dispositions par l'ajout d'un « au plus » après « deux semaines de travail », le projet de loi rend plus flexible ce régime de travail propre au secteur maritime, si un accord en décide.

Afin d'éviter des changements complexes du droit applicable, il étend, d'autre part, l'application du régime du droit du travail maritime à la totalité du cycle de travail de ces mêmes travailleurs, lorsqu'ils exercent de manière alternée à terre et en mer. Un accord collectif est également prévu.

Le Conseil d'Etat estime que ces dispositions ne présentent pas de difficulté d'ordre juridique.

Aménagement des règles du droit du transport maritime relatives aux travaux « offshore »

36. Le projet de loi aménage les conditions dans lesquelles les transports effectués entre ports de la France métropolitaine, ceux effectués en provenance ou à destination des îles artificielles, installations, ouvrages et leurs installations connexes mis en place en mer territoriale française, dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental adjacent, sont réservés aux navires exploités par des armateurs ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen et immatriculés dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen et battant pavillon de ce même Etat.

D'une part, il prévoit de restreindre les transports entre ports de la métropole, déjà ouverts aux navires battant pavillon communautaire, à ceux de ces navires qui remplissent toutes les

conditions pour être admis à effectuer des transports équivalents entre les ports ou dans les eaux de l'Etat dont ils battent le pavillon.

D'autre part, alors qu'une règle de pavillon communautaire existe déjà pour les transports à destination ou en provenance des installations et ouvrages situés en zone économique exclusive ou sur le plateau continental adjacent, une règle identique est instaurée pour les transports à destination de telles installations situées en mer territoriale. Cette règle serait toutefois réservée aux transports liés à la maintenance courante de ces installations.

Enfin, il est prévu que seuls les ports communautaires pourraient être utilisés pour les transports à destination de ces installations.

37. Aux termes de l'article 9 du règlement (CEE) n° 3577/92 du Conseil du 7 décembre 1992 concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres (cabotage maritime) : « *Avant d'adopter les dispositions législatives, réglementaires ou administratives en application du présent règlement, les États membres consultent la Commission. Ils l'informent de toute mesure ainsi adoptée* ». L'article 10 du règlement (CEE) n° 4055/86 du Conseil du 22 décembre 1986 portant application du principe de la libre prestation des services aux transport maritimes entre États membres et entre États membres et pays tiers prévoit une disposition en substance similaire.

Le Conseil d'Etat estime que les dispositions dont il est saisi doivent faire l'objet d'une communication à la Commission européenne en application de ces dispositions.

En effet, la circonstance que les mesures en cause n'ont pas pour objet de remédier à une situation de non-conformité à ces règlements et qu'elles sont conformes à ces textes n'écarte pas l'obligation, avant même leur entrée en vigueur dans le droit interne d'un Etat membre, de communiquer par avance à la Commission européenne toute mesure contribuant à mettre en œuvre le règlement (CEE) n° 4055/86 et le règlement (CEE) n° 3577/92.

Le Conseil d'Etat constate que la consultation de la Commission européenne a été effectuée le 14 septembre 2022. Ces dispositions n'appellent pas d'autre observation.

Installation d'ouvrages de transport d'électricité sur le littoral

38. Le développement de l'éolien en mer et la « décarbonation » des industries fortement émettrices de gaz à effet de serre requièrent un développement important du réseau de transport d'électricité dans des espaces soumis aux dispositions du code de l'urbanisme applicables à l'aménagement et à la protection du littoral, qui conduit le projet de loi à prévoir la possibilité, d'autoriser au cas par cas dans ces espaces l'implantation d'ouvrages de ce réseau, ce qui ajoute à la liste des dérogations au régime protecteur du littoral.

39. Les dispositions projetées ne peuvent cependant bénéficier qu'aux ouvrages du réseau public de transport d'électricité qui contribuent à atteindre les objectifs nationaux stratégiques pertinents en matière d'énergie, elles imposent l'enfouissement des lignes sauf nécessité avérée, et elles limitent, dans la bande des 100 mètres ainsi que dans les espaces et milieux remarquables, la possibilité au seul passage des lignes électriques dont localisation répond à

une nécessité technique impérative démontrée et à condition de ne pas y porter une atteinte excessive. Elles soumettent enfin l'autorisation à une justification par un bilan et à la consultation de la commission départementale de la nature, des paysages et des sites.

L'objet de cette dérogation, son caractère limité et son encadrement strict permettent au Conseil d'Etat de considérer qu'elle respecte le principe de préservation de l'environnement posé par l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement ainsi que l'obligation faite aux politiques publiques par l'article 6 de cette Charte de concilier la protection et la mise en valeur de l'environnement avec le développement économique.

Sur les mesures de soutien à la production des énergies renouvelables ou faiblement émettrices en carbone, à l'implantation des installations de production d'énergie renouvelable et à la fourniture à long terme d'électricité (titre IV)

Le projet de loi regroupe, dans un titre IV, diverses dispositions, autonomes du reste du projet, constituant des mesures de soutien à la production d'énergies renouvelables et à l'implantation de certaines installations ainsi qu'à la fourniture d'électricité à long terme.

Financement de la production des énergies renouvelables par des contrats de vente avec des consommateurs finals

40. Les premières de ces mesures introduisent dans le code de l'énergie de nouvelles modalités de financement de la production d'énergies renouvelables, au moyen de contrats de vente directement conclus entre des producteurs et des consommateurs finals et des distributeurs pour leurs pertes. Le régime applicable à ces nouveaux contrats, qui, lorsqu'ils seraient conclus, se substitueraient aux divers dispositifs publics de soutien assurant actuellement le financement de la production de ces énergies, n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Réactivation de diverses mesures de soutien fiscal aux sociétés concluant des contrats de vente d'électricité à long terme

41. Les deuxièmes entendent soutenir l'activité de fourniture d'électricité au moyen de contrats de long terme. Ce soutien bénéficierait, aux termes du projet soumis au Conseil d'Etat, tant aux contrats conclus par EDF qu'à ceux conclus par des producteurs d'énergies renouvelables recourant aux nouveaux contrats décrits au point précédent.

Pour ce faire, le projet de loi prévoit, en premier lieu, de réactiver le dispositif d'amortissement exceptionnel pour l'acquisition de titres de sociétés d'approvisionnement en électricité, qui avait été mis en place par l'article 43 de la loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005, et dont le bénéfice avait alors été limité dans le temps, en supprimant cette limite. En effet, aux termes des articles 217 *quindecies* du code général des impôts et 238 *bis* HV à 238 *bis* HZ *bis* du même code, les entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés pouvaient pratiquer un amortissement exceptionnel égal à 50 % des sommes versées avant le 1er janvier 2012 pour la souscription au capital de sociétés agréées ayant pour objet l'acquisition de contrats d'approvisionnement à long terme d'électricité. Le projet de loi propose donc de réactiver et de pérenniser ce mécanisme d'amortissement.

Il prévoit, ensuite, d'élargir aux sociétés agréées d'approvisionnement en électricité, définies à l'article 238 bis HW du même code, le bénéfice de la déductibilité des charges financières afférentes aux contrats qu'elles ont conclus à ce titre. Ce dispositif est aujourd'hui prévu par l'article 212 bis du code général des impôts et n'a pas été actualisé depuis 2005.

42. Le Conseil d'Etat estime que ne peuvent demeurer dans le projet de loi les dispositions supprimant dans l'article 217 *quindecies* du code général des impôts la condition subordonnant expressément le bénéfice de l'amortissement exceptionnel décrit ci-dessus au respect de la réglementation européenne relative aux aides *de minimis*. Le règlement (UE) 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013, dit « règlement *de minimis* », plafonne à 200 000 euros, par période de trois ans, le montant de l'ensemble des aides pouvant être accordées à un opérateur économique. Seul un régime d'aides plafonné dans les conditions prévues par ce règlement peut être exonéré de l'obligation générale de notifier, préalablement à sa mise en œuvre, tout dispositif d'aide fiscale destiné à soutenir des entreprises. Un dispositif déplafonné n'ayant fait l'objet d'aucune notification préalable serait, par suite, contraire au droit des aides d'Etat et, pour ce motif, illégal (voir CE, 5 novembre 2021, *Société Laboratoires Gilbert*, n° 434036 et, pour un cas d'annulation, CE, 16 mars 2016, *UFC Que choisir*, n° 388 762).

Révision d'un contrat de fourniture d'électricité de long terme

43. Le projet comporte également une mesure permettant, dans sa rédaction résultant des saisines rectificatives reçues les 15 et 21 septembre, à une partie à un contrat d'approvisionnement à long terme d'électricité conclu, avant l'entrée en vigueur de la future loi, entre un producteur et une société agréée relevant de la catégorie définie à l'article 238 bis HW du code général des impôts de saisir la Commission de régulation de l'énergie d'une demande de révision des mécanismes d'indexation aux prix du marché d'un contrat en cours. La Commission dispose d'un délai déterminé par le projet de loi pour faire des propositions de révision, si elle estime la demande fondée, et pour les soumettre aux parties, en vue de parvenir à un accord.

Ces dispositions sont encadrées par des garanties tenant, tout d'abord, à ce que la saisine de la Commission de régulation de l'énergie ne pourrait être introduite que lorsque ces mécanismes d'indexation, en raison d'évolutions exceptionnelles des marchés de l'électricité, seraient de nature à entraîner des évolutions du prix de l'électricité cédée aux actionnaires industriels de la société cocontractante susceptibles, par leur ampleur, de compromettre de manière grave l'équilibre économique du contrat et, ensuite, à ce que les propositions que la Commission soumettrait aux parties, si elle estime la demande fondée, devraient, quel qu'en soit le contenu, assurer la rémunération du producteur, compte tenu de l'ensemble de ses coûts de production, et garantir aux industriels actionnaires de la société cocontractante une visibilité sur l'évolution du prix de vente de l'électricité livrée pour la durée restant à courir du contrat.

44. Le Conseil d'Etat prend acte de ce que l'étude d'impact, qui ne comportait initialement aucun élément de nature à éclairer l'objet et la portée de cette mesure, a été complétée par le Gouvernement. Il estime, toutefois, que cette étude devrait encore être précisée avant le dépôt du projet de loi au Parlement, notamment en ce qui concerne le contrat qui, selon l'étude, serait le seul susceptible d'entrer, dans les faits, dans le champ d'application de la mesure (contrat passé entre Electricité de France et la société d'achat *Exeltium* pour l'approvisionnement en électricité durant 24 ans des 27 entreprises électro-intensives ayant constitué cette société), la

description des effets attendus de cette mesure et les éléments de contexte en justifiant l'intervention.

45. Les dispositions du projet de loi, qui sont de nature à permettre la résolution à l'amiable des difficultés d'exécution du contrat mentionné ci-dessus résultant de la crise actuelle de l'énergie, sont, compte tenu de l'importance de ce contrat au regard de la préservation des éléments essentiels du potentiel économique national, pertinentes et bienvenues. Elles ne soulèvent aucune difficulté d'ordre constitutionnel, notamment au regard des exigences en matière contractuelle découlant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ou d'ordre conventionnel, notamment au regard du droit de l'Union européenne, et n'appellent pas d'autre observation de la part du Conseil d'Etat.

46. Compte-tenu du caractère pérenne de ces dispositions et en dépit de leur caractère circonscrit, le Conseil d'Etat propose de les insérer dans le code de l'énergie, au chapitre IV du titre III du livre Ier relatif aux attributions de la Commission de régulation de l'énergie.

Mesures d'incitation financière pour les personnes résidant à proximité d'éoliennes ou d'installations de méthanisation

47. Les troisièmes dispositions regroupées dans ce titre prévoient, afin de faciliter l'implantation d'installations de production d'énergie renouvelable, que les clients finals résidentiels dont la résidence principale est située dans le périmètre de certaines catégories d'installations puissent bénéficier de la déduction, sur leurs factures d'électricité, d'un montant annuel forfaitaire. Une mesure identique est prévue pour les communes sur le territoire desquelles sont situés ces périmètres. Les coûts ainsi supportés par les fournisseurs sont, en outre, regardés comme constituant des charges de service public. Les coûts correspondant à ces charges sont, en vertu des articles L. 121-5 et L. 121-8 du code de l'énergie, compensés par les factures de l'ensemble des consommateurs.

48. Au regard des fortes oppositions locales suscitées par certains projets d'implantation d'installations de production d'énergie renouvelable, en particulier d'éoliennes terrestres et d'unités de méthanisation de grande capacité, le Conseil d'Etat admet, en premier lieu, que ce dispositif, qui introduit une différence de traitement entre consommateurs selon l'importance de la contribution du territoire où ils résident à l'atteinte des objectifs de la politique de la France en matière de lutte contre le réchauffement climatique, poursuit un objectif d'intérêt général justifiant, dans son principe, un soutien prenant la forme d'un rabais sur les factures des consommateurs, particuliers et collectivités. Il estime, toutefois, qu'eu égard précisément à l'objectif poursuivi, la différence de traitement introduite par le projet de loi entre résidences principales et secondaires ne se justifie pas.

Il attire, ensuite, l'attention du Gouvernement sur la nécessité de justifier, par des critères objectifs et solidement étayés, au regard de cet objectif, les atteintes à l'égalité de traitement entre consommateurs ou entre collectivités qui pourraient résulter de l'application de ce dispositif innovant. Le projet de loi soumis au Conseil d'Etat comportant un renvoi non encadré à la voie réglementaire pour déterminer l'ensemble des paramètres de cette nouvelle forme de soutien, il lui paraît nécessaire de définir, par des dispositions de niveau législatif, la condition déclenchant cette déduction et consistant en un critère géographique (un périmètre), lui-même déterminé en tenant compte de la nature et des caractéristiques de ces installations. Il propose d'amender le projet en ce sens.

Soutien à la production de gaz bas-carbone

49. Enfin, les quatrièmes mesures tendent à introduire le gaz bas-carbone parmi les gaz dont la production peut bénéficier d'un soutien public, au moyen des contrats d'expérimentation prévus par la section 7 du chapitre VI du titre IV du livre IV du code de l'énergie. Ces dispositions sont complétées afin de prévoir les conditions de vente du gaz bas-carbone injecté dans les réseaux et d'organiser un régime de police administrative. Ces mesures, claires, n'appellent pas d'observation du Conseil d'Etat.

NOR : ENER2223572L

Cet avis a été délibéré et adopté par l'assemblée générale du Conseil d'Etat dans ses séances des 15 et 22 septembre 2022.