

Dans sa version initiale, l'article 140 VII de la loi ELAN ne donnait aux collectivités concernées aucun pouvoir de contrôle. La loi 3DS corrige cette lacune puisqu'elle institue la possibilité pour les collectivités compétentes en matière d'habitat de se voir déléguer les attributions préfectorales.

Cette modification de l'article 140 VII de la loi ELAN va dans le bon sens, puisqu'elle tend à décharger des autorités préfectorales fortement mobilisées sur d'autres problématiques.

Il y a par ailleurs une certaine logique à ce que les collectivités ayant demandé la mise en place du dispositif loi ELAN sur leur territoire puissent en contrôler l'application. Les demandes de délégation n'ont d'ailleurs pas tardé²⁰.

■ Quelles perspectives ?

L'article 140 I de la loi ELAN prévoit qu'au plus tard six mois avant son terme, pour l'heure fixé au 24 novembre 2026, le gouvernement remet au Parlement un rapport d'évaluation de l'expérimentation. Dire que ce rapport est déjà attendu et sera analysé en détail par l'ensemble des acteurs de l'immobilier relève de l'euphémisme. Sans doute est-ce parce qu'il touche à des valeurs sociales particulièrement protégées – le droit de propriété et le droit au logement – que le dispositif loi ELAN est aussi complexe.

L'on peut également réprover sa redondance avec le dispositif de l'article 17 de la loi du 6 juillet 1989, voire avec le « bouclier loyers »²¹ institué en août 2022 pour combattre l'inflation.

Jusqu'ici toutefois, la mise en application du dispositif loi ELAN a été bien appréhendée par le pouvoir central et les collectivités²². Mais les mentions obligatoires dans l'annonce et sur le bail, l'ap-

plicabilité du complément de loyer ainsi que les multiples actions et délais associés sont autant de chausse-trappes sur lesquelles peuvent tomber bailleurs et locataires. Alors que le dispositif loi ELAN concerne plusieurs millions de personnes, sa difficile mise en pratique par les parties à un bail constitue un évident écueil à son effectivité.

Sont néanmoins à saluer les importants efforts de pédagogie entrepris par les collectivités :

- les plateformes de simulation des loyers de référence,
 - les articles sur leurs sites internet
 - ainsi que les campagnes d'information par journaux gratuits et affichages qui se multiplient.
- Restera pour elles à publier, prochainement, les premiers résultats des délégations de contrôles administratifs permises par la loi 3DS et mises en application par leurs « brigades du logement », également affectées au contrôle des permis de louer²³ et à la police de la sécurité des immeubles²⁴.

(20) https://www.bfmtv.com/lyon/replay-emissions/lyon-politiques/encadrement-des-loyers-a-lyon-la-metropole-annonce-la-creation-d-une-brigade-de-contrôle_VN-202201200483.html ; <https://www.actu-juridique.fr/fiscalite/fiscal-finances/lencadrement-des-loyers-paris-prend-la-main/>.

(21) Loi n° 2022-1158 du 16 août 2022, art. 12 ; AJDI 2022. 564.

(22) CE 10 mai 2022, n° 431495, *Union nationale des propriétaires immobiliers (UNPI Paris)*, préc., pour Paris ; CE 10 mai 2022, n° 454450, préc., pour Est ensemble ; CE 10 mai 2022, n° 449603 pour Plaine commune ; CE 10 mai 2022, n° 442698 pour la métropole de Lille ; CE, ord., 1^{er} déc. 2021, n° 458159, préc..

(23) CCH, art. L. 634-1 à L. 635-11.

(24) CCH, art. L. 511-1.

LES ASSOUPPLISSEMENTS DU RÉGIME DE « DÉROGATION ESPÈCES PROTÉGÉES »

Après l'avis du Conseil d'État du 9 décembre 2022¹ et la publication de la loi du 10 mars 2023²

par François Benech

Avocat au barreau de Paris, chargé d'enseignement en droit public à l'université Paris-Saclay

Le régime juridique des « dérogations espèces protégées » est devenu une source importante de contentieux. Présenté par ses pourfendeurs comme un infernal chausse-trappes, les défenseurs de l'environnement y voient au contraire un moyen juridique d'encadrer les projets qui érodent une biodiversité remarquable. Dans cette opposition classique, deux problématiques ont plus particulièrement retenu l'attention ces dernières années : le seuil d'application du régime de protection et la reconnaissance, parfois bien casuistique, de la « raison impérieuse d'intérêt public majeur » pouvant fonder une dérogation. À quelques mois d'intervalle, deux évolutions de l'état du droit répondent à ces problématiques dans le sens d'un assouplissement du régime de dérogation.

L'interdiction d'atteinte aux espèces animales non domestiques ou végétales non cultivées ainsi qu'à leurs habitats, instaurée tardivement par l'article 3 de la loi du 10 juillet 1976³, était initialement

conçue de manière stricte, sans réelle exception. La directive Habitats du 21 mai 1992⁴ a cependant prévu dès son origine certaines dérogations à cette

interdiction⁵ ; dérogations qui furent reprises en droit interne par la loi du 5 janvier 2006 d'orientation agricole⁶ sans que le débat parlementaire n'y attache une réelle importance⁷.

Depuis cette réforme, trois conditions strictes et cumulatives doivent être réunies pour qu'un projet de travaux affectant une espèce protégée bénéficie d'une dérogation :

- il ne doit pas exister d'autre solution satisfaisante (pouvant le cas échéant être évaluée par une tierce expertise) ;
- la dérogation ne doit pas nuire au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle⁸ ;
- et le projet doit répondre à une « raison impérative d'intérêt public majeur »⁹.

Si l'absence de l'une de ces trois conditions fait en principe obstacle à la délivrance de la dérogation, plusieurs évolutions récentes de l'état du droit ont assoupli ce régime juridique.

■ Instauration d'un seuil pour imposer le dépôt d'une demande de « dérogation espèces protégées »

Avis du Conseil d'État sur le seuil d'application de la protection

Atteinte avérée vs risque d'atteinte à une espèce protégée – La cour administrative d'appel de Douai était saisie d'un recours tendant à l'annulation d'un arrêté préfectoral autorisant un parc éolien composé de quatre aérogénérateurs et de trois postes de livraison. Les requérants reprochaient au préfet de ne pas avoir exigé du pétitionnaire qu'il dépose et obtienne une « dérogation espèces protégées ». Lors de l'instruction de ce recours, la cour a constaté que, selon l'étude d'impact du projet, 23 espèces protégées d'oi-

seaux nicheurs, dont 10 présentant un enjeu spécifique régional, étaient identifiées dans l'aire d'étude immédiate du projet et que les aérogénérateurs étaient susceptibles d'entraîner, en raison de la proximité de zones de nidification, la destruction de spécimens d'oiseaux protégés (busard Saint-Martin, bruant proyer et bruant jaune). Se posait ainsi à la cour la délicate question de l'appréciation, non pas d'une atteinte avérée à une ou plusieurs espèces protégées (qui aurait assurément nécessité le dépôt et l'obtention d'une dérogation) mais celle d'un risque d'une telle atteinte.

La cour a soumis au Conseil d'État les questions préjudicielles suivantes :

■ 1^o) Lorsque l'autorité administrative est saisie d'une demande d'autorisation environnementale sur le fondement du 2^o de l'article L. 181-1 du code de l'environnement, suffit-il, pour qu'elle soit tenue d'exiger du pétitionnaire qu'il sollicite l'octroi de la dérogation prévue par le 4^o de l'article L. 411-2 de ce code, que le projet soit susceptible d'entraîner la mutilation, la destruction ou la perturbation intentionnelle d'un seul spécimen d'une des espèces protégées ou la destruction, l'altération ou la dégradation d'un seul de leur habitat, ou faut-il que le projet soit susceptible d'entraîner ces atteintes sur une part significative de ces spécimens ou habitats, en tenant compte notamment de leur nombre et du régime de protection applicable aux espèces concernées ?

■ 2^o) Dans chacune de ces hypothèses, l'autorité administrative doit-elle tenir compte de la probabilité de réalisation du risque d'atteinte à ces espèces ou des effets prévisibles des mesures proposées par le pétitionnaire tendant à éviter, réduire ou compenser les incidences du projet ?

Illustrant la confrontation entre des enjeux environnementaux contradictoires, cette demande d'avis sur le seuil de déclenchement du régime de protection des espèces a suscité l'intérêt de plusieurs associations, non présentes au litige initial, qui ont cherché à intervenir devant le Conseil d'État (ce qui soulevait une interrogation procédurale)¹⁰.

Fondements de l'avis du Conseil d'État – Le Conseil d'État a répondu aux interrogations de la Cour dans un avis du 9 décembre 2022 rendu au visa de l'article 12 de la directive Habitats, de l'article 5 de la directive 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages et, en droit interne, des articles L. 411-1 et suivants du code de l'environnement ainsi que des dispositions réglementaires prises en leur application.

L'applicabilité du régime de protection ne dépend pas du nombre de spécimens présents – Sur le fondement de ces textes, le Conseil d'État a tout d'abord estimé (pt 4 de l'avis) que le système de protection des espèces impose d'examiner si l'obtention d'une dérogation est nécessaire dès lors que des spécimens de l'espèce concernée sont présents dans la zone du projet, sans que l'applicabilité du régime de protection dépende, à ce stade, ni du nombre de ces spécimens, ni de l'état de conservation des espèces protégées présentes.

Il s'ensuit que le pétitionnaire doit se poser la question de la nécessité de solliciter une dérogation à partir du moment où un seul spécimen ou un seul habitat d'une espèce protégée se situe dans la zone du projet. Contrairement à ce que certains porteurs de projets prétendaient, les arguments selon lesquels une dérogation ne serait nécessaire qu'en cas d'atteinte à une part significative de spécimens ou en cas d'atteinte à l'état de conservation des espèces, sont donc inopérants¹¹.

Le régime de protection s'applique en cas de risque « suffisamment caractérisé » – Le Conseil d'État a ensuite estimé que le pétitionnaire « doit obtenir une dérogation "espèces protégées" si le risque que le projet comporte pour les espèces protégées est suffisamment caractérisé ». Le Conseil d'État introduit ici une notion nouvelle, non prévue par les textes, fonctionnant comme un seuil de risque en deçà duquel un porteur de projet n'a pas à déposer une demande de dérogation.

(1) CE, avis, 9 déc. 2022, n° 463563, *Assoc. Sud-Artois pour la protection de l'environnement et autres*, Lebon ; AJDA 2023. 228, chron. T. Janicot et R. Wadjiny-Green ; *ibid.* 2022. 2439 ; RDI 2023. 161, obs. P. Marcantoni

(2) Loi n° 2023-175 du 10 mars 2023, art. 19.

(3) Loi n° 76-629 du 10 juill. 1976 relative à la protection de la nature ; dispositions actuelles codifiées aux art. L. 110-1 et L. 411-1 s. C. env.

(4) Dir. 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages (JOCE 1992, n° L 206).

(5) Dir. 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992, art. 16, § 1, c.

(6) Art. 86 de la loi n° 2006-11 du 5 janv. 2006 d'orientation agricole (JORF du 6 janv. 2006).

(7) F. Benech et C. Rolland, *Grands projets et raison impérative d'intérêt public majeur*, AJCT 2021. 305.

(8) Sur le contrôle exercé par les juridictions sur cette deuxième condition, v. CE 28 déc. 2022, n° 449658, *Sté la Provençale*, Lebon ; AJDA 2023. 12.

(9) C. env., art. L. 411-2, 4^e c°.

(10) Concl. de N. Agnoux, rapporteur public, sur l'avis du 9 déc. 2022, n° 463563, *Assoc. Sud-Artois pour la protection de l'environnement et autres*, Lebon ; AJDA 2023. 228, chron. T. Janicot et R. Wadjiny-Green ; *ibid.* 2022. 2439 ; RDI 2023. 161, obs. P. Marcantoni.

(11) Sur ces points, not., Th. Janicot et R. Wadjiny-Green, *Quand faut-il solliciter une dérogation « espèces protégées » ?* AJDA 2023. 228.

Cet avis contentieux du 9 décembre 2022 écarte ainsi l'obligation de solliciter une dérogation lorsque le projet comporte un risque d'atteinte à une espèce protégée quasiment nul ou lorsque ce risque n'est pas « suffisamment caractérisé ». Comme le relèvent les deux maîtres des requêtes commentant cet avis, le Conseil d'État a défini un seuil positif contrairement au rapporteur public qui proposait d'exempter de demande de dérogation les projets comportant un risque négligeable¹². En cela, l'objectif de la Haute juridiction est bien de réduire le nombre de projets susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article L. 411-2 du code de l'environnement.

Prise en compte des mesures d'évitement et de réduction – Pour appliquer cette sorte de seuil *de minimis*¹³, le Conseil d'État invite à tenir compte des mesures d'évitement et de réduction des atteintes proposées par le pétitionnaire. L'avis énonce ainsi que « dans l'hypothèse où les mesures d'évitement et de réduction proposées présentent, sous le contrôle de l'administration, des garanties d'effectivité telles qu'elles permettent de diminuer le risque pour les espèces au point qu'il apparaisse comme n'étant pas suffisamment caractérisé, il n'est pas nécessaire de solliciter une dérogation "espèces protégées" » (pt 5). C'est une innovation notable dans la façon d'appliquer les dispositions du code de l'environnement. Car jusqu'à présent, en rigueur, les mesures d'évitement et de réduction de l'atteinte portée à une espèce protégée n'étaient prises en compte qu'une fois le dossier de demande de dérogation déposé, et à la condition qu'une dérogation puisse être accordée. À présent, ces mesures d'évitement et de réduction seront analysées en amont pour, le cas échéant, dispenser le porteur de projet du dépôt d'une demande de « dérogation espèces protégées ».

Premières applications de l'avis contentieux du 9 décembre 2022

Ce nouvel état du droit a déjà été largement appliqué par les juridictions.

Conseil d'État – En reprenant les points 4 et 5 de son avis contentieux, le Conseil d'État a tout d'abord jugé, le 17 février 2023, qu'un projet de sept éoliennes et un poste de livraison n'impliquait pas d'atteinte suffisamment caractérisée à des espèces protégées (grue cendrée et milan royal) et ne nécessitait pas de former préalablement une demande de dérogation « espèces protégées » au regard d'une étude complémentaire estimant « qu'aucune zone de nidification n'avait été identifiée, que le risque estimé de modification des trajectoires de migration lié au projet était faible à modéré et le risque de collision non significatif »¹⁴. Quelques semaines plus tard, la Haute juridiction a confirmé l'application de la notion de « risque suffisamment caractérisé » en annulant un arrêt qui s'était borné à constater que les mesures visant à atténuer l'impact d'un projet éolien sur la biodiversité ne permettaient pas d'écartier tout risque pour les espèces concernées sans rechercher si ces mesures présentaient des garanties d'effectivité telles qu'elles permettaient de diminuer le risque pour les espèces au point qu'il apparaisse comme n'étant pas suffisamment caractérisé¹⁵.

Cours administratives d'appel – À leur tour, les cours administratives d'appel font désormais application des points 4 et 5 de l'avis du 9 décembre 2022. Une cour administrative d'appel a par exemple jugé, à propos d'un projet éolien composé de neuf aérogénérateurs et deux postes de livraison ne comportant pas de dérogation « espèces protégées », qu'« il n'apparaît pas que le projet contesté présenterait un risque suffisamment caractérisé d'atteintes à des animaux protégés ou à leurs habitats », le tout après avoir détaillé les enjeux et les nombreuses mesures d'évitement et de réduction retenues par le pétitionnaire ou imposées par l'administration¹⁶. Et le même raisonnement a été appliqué à un projet de carrière¹⁷ ou encore à un projet de quinze

réserves d'eau représentant un stockage de 3,3 millions de mètres cubes (dit « mégabassines »)¹⁸. Il n'est donc pas réservé à l'installation d'aérogénérateurs.

Pièges persistants

Reste que l'avis émis le 9 décembre 2022 et la jurisprudence qui s'ensuit, ne clôturent pas définitivement le débat sur le seuil d'exigibilité de la « dérogation espèces protégées ».

Question du contrôle de l'administration – L'instauration, par le seul juge, d'un seuil en deçà duquel une dérogation n'a pas à être sollicitée soulève la question du contrôle de ce seuil. Qui tient le filet ? Qui vérifie qu'un projet peu vertueux ne se faufile pas à travers les mailles ? Certes, le Conseil d'État indique dans son avis que la revendication, par un pétitionnaire, de « l'absence de risque suffisamment caractérisé » se fera « sous le contrôle de l'administration ». Il n'est toutefois pas certain que cette dernière sera informée d'un tel projet à un moment pertinent pour exercer son contrôle. N'y aura-t-il pas des cas dans lesquels un projet, pouvant présenter « un risque suffisamment caractérisé », échappera à une instruction préalable des directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement (DREAL) car il ne cochera aucune des cases justifiant sa saisine ? Les actions en référé, dirigées contre des refus de l'administration d'imposer le dépôt d'une demande de dérogation ou sollicitant le prononcé d'une injonction en ce sens, commencent d'ailleurs à se multiplier.

Risque d'inconventionnalité – Autre source d'incertitude, l'avis émis par le Conseil le 9 décembre 2022 pourrait ne pas être en totale conformité avec les directives Habitats et Oiseaux. Une partie de la doctrine a déjà émis des doutes sur sa conventionnalité, relevant que le seuil de « risque suffisamment caractérisé » n'existe pas en droit de l'Union européenne de la protection de la biodiversité¹⁹. Le principe de l'article 12, § 1 de la directive "Habitats" vise il est vrai à « instaurer un système de protection stricte des espèces animales figurant à l'annexe IV point a), dans leur aire de répartition naturelle ». Le caractère strict de cette protection est fondé sur la prévention et le principe de précaution donnant tout son sens à l'article 191 du TFUE. Ainsi, dans un arrêt de référence du 4 mars 2021, la Cour de justice de l'Union européenne a pris soin de souligner explicitement que « subordon-

(12) Concl. N. Agnoux, préc.

(13) Expression empruntée à N. Agnoux dans ses concl., préc.

(14) CE 17 févr. 2023, n° 460798, *Assoc. de défense de l'environnement à Tiercelet (ADET 54)*

(15) CE 27 mars 2023, n° 452445, *Assoc. de défense du Bois de Bouéry ; v. a contrario CE 27 mars 2023, n° 451112, Assoc. pour la défense du patrimoine et du paysage de la vallée de la Vingeanne*.

(16) CAA Lyon, 30 mars 2023, n° 22LY01865 ; pour d'autres exemples v. CAA Douai, 23 mars 2023, n° 21DA02246 et CAA Bordeaux, 4 mai 2023, n° 20BX04268.

(17) CAA Bordeaux, 16 mai 2023, n° 21BX01740.

(18) CAA Bordeaux, 4 avr. 2023, n° 20BX02305, *Assoc. pour la Protection de la Nature et de l'Environnement du département de la Vienne, dite Vienne Nature*.

(19) D. Guinard, Quelles sont les conditions de dépôt d'une dérogation à l'interdiction de destruction des espèces protégées ?, JCP Adm. 2023, n° 9-10, p. 2081.

ner l'applicabilité des interdictions visées à l'article 12, paragraphe 1, sous a) à c), de la directive "Habitats" au risque d'une incidence négative de l'activité en cause sur l'état de conservation de l'espèce concernée serait susceptible d'aboutir à un contournement de l'examen prévu au titre de l'article 16 de cette directive »²⁰. Il ne s'agit certes pas exactement du même point mais, par extension, la Cour de justice pourrait considérer que l'instauration d'un seuil de *minimis*, sans processus précis de contrôle par l'administration, ne répond pas à un système de protection stricte.

À ce titre, certains requérants soulèvent déjà des questions préjudicielles devant les juridictions administratives françaises. D'autres évoquent un possible recours en manquement. Deux interrogations persistent en tout cas en droit de l'UE : le principe de protection stricte tolère-t-il de soumettre l'applicabilité de l'article 12, § 1 de la directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 à un seuil de risque minimum pour ces espèces, au-delà de leur seule présence sur la zone du projet ? Et si oui, cet article permet-il aux États membres de dispenser de toute forme de contrôle organisé, donnant lieu à une décision publiée et attaquant, les projets qui ne présentent pas un risque « suffisamment caractérisé » ?

■ Reconnaissance d'une « raison impérative d'intérêt public majeur » en matière d'énergies renouvelables

Lorsqu'un projet de travaux ou d'aménagements comporte un « risque suffisamment caractérisé »

(20) CJUE 4 mars 2021, aff. C-473/19, *Föreningen Skydda Skogen / Länsstyrelsen i Västra Götalands län*, not. pts 50 et 60, AJDA 2021. 532 ; D. 2022. 963, obs. V. Monteillet et G. Leray.

(21) Cette dérogation pour une raison socio-économique ne trouve pas son équivalent dans le texte de la dir. 79/409/CEE du Conseil du 2 avr. 1979 concernant la conservation des oiseaux sauvages, dite « directive Oiseaux », applicable en France depuis le 6 avr. 1981, abrogée et refondue par la dir. 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 nov. 2009 (JOUE 2010, n° L 20).

(22) CJUE 26 oct. 2006, aff. C-239/04, *Commission / République du Portugal*.

(23) https://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/pdf/guidance_fr.pdf.

(24) CE 3 juin 2020, n° 425395, *Min. de la Transition écologique et solidaire*, Lebon T ; AJDA 2020. 1999 ; D. 2021. 1004, obs. G. Leray et V. Monteillet ; v., aussi, CE 25 mai 2018, n° 413267, *Sté PCE*, Lebon ; AJDA 2018. 1062 ; CE 24 juill. 2019, n° 414353, *SAS PCE et la SNC Foncière Toulouse Ouest*, Lebon ; AJDA 2020. 576, note C.-M. Alves ; *ibid.* 2019. 1605 ; D. 2020. 1012, obs. V. Monteillet et G. Leray.

(25) L. Descubes et A. Bourrel, La dérogation « espèces et habitats protégés » en matière d'installations de production d'énergie renouvelable : entre incertitudes et tentatives de clarification, EEL 2020, n° 12, p. 2.

(26) « L'objectif d'assurer, en tout temps, la sécurité de l'approvisionnement en électricité d'un État membre constitue une raison impérative d'intérêt public majeur », au sens de l'art. 6, § 4, 1^{er} al., de la directive Habitats (CJUE, gr. ch., 29 juill. 2019, aff. C-411/17, AJDA 2019. 2291, chron. P. Bonneville, C. Gänser et S. Markarian).

(27) Entre autres, CE 15 avr. 2021, n° 430500, *Société pour la protection des paysages et de l'esthétique de la France*, Lebon ; AJDA 2021. 833 ; CAA Marseille, 22 janv. 2021, n° 18MA04438 ; CAA Nantes, 6 oct. 2020, n°s 19NT01714, 19NT02501 et 19NT02520.

(28) CE 15 avr. 2021, n° 432158 ; CAA Bordeaux, 30 avr. 2019, n° 17BX01426.

(29) CAA Marseille, 24 janv. 2020, n° 18MA04972.

(30) Not., AJCT 2023. 194.

d'atteinte à une espèce protégée, le seuil d'application du régime de protection est franchi. Le maître d'ouvrage doit alors déposer un dossier de demande de dérogation en justifiant d'une « raison impérative d'intérêt public majeur » (RIIPM). En matière d'énergies renouvelables, le législateur vient d'assouplir les règles de reconnaissance de cette RIIPM.

Notion de RIIPM et contrôle du juge

La dérogation pour RIIPM et les contentieux qu'elle entraîne sont devenus l'emblème de cet équilibre délicat entre le développement économique et la protection de la biodiversité. La notion de RIIPM, reprise des termes de la directive Habitats²¹, ne reçoit pas de définition précise. Ses adjectifs « impérative » et « majeur » la distinguent de « l'intérêt général », « l'intérêt public » ou « l'utilité publique ». Ils suggèrent même une hiérarchie entre ces notions voisines au sommet de laquelle se trouverait la RIIPM. Mais ce constat ne donne pas une grille aisée à appliquer.

Précisions jurisprudentielles – Au visa d'un autre article de la directive « Habitats » recourant à la même expression, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que la RIIPM devait faire l'objet d'une interprétation stricte²². Le document d'orientation de la directive²³ recommande en ce sens de retenir des intérêts publics à long terme. En droit interne, pour préciser cette notion de RIIPM et la distinguer de celle, moins exigeante, « d'intérêt général », le Conseil d'État a adopté une formule spécifique, distincte de la théorie du bilan applicable aux déclarations d'utilité publique. Il convient que l'intérêt de nature à justifier la réalisation d'un projet soit d'une « importance telle qu'il puisse être mis en balance avec l'objectif de conservation des habitats naturels, de la faune et de la flore sauvage[s] poursuivi par la législation », justifiant qu'il y soit dérogé²⁴. Les juridictions vérifient ainsi que l'intérêt public du projet est à ce point massif qu'il fait céder le mur de protection dressé autour de certaines espèces de faune et de flore sauvages.

RIIPM et énergies renouvelables – En matière d'énergies renouvelables, la mise en œuvre d'une politique publique nationale et européenne de transition énergétique²⁵, le risque d'existence d'une pénurie énergétique dans le secteur d'implantation du projet²⁶ et la production d'un type d'énergie non développé dans le même secteur constituaient jusqu'à présent des indices permettant de répondre à la notion de RIIPM²⁷.

Il est arrivé néanmoins que des projets de développement d'énergies renouvelables soient annulés comme ne répondant pas à une RIIPM. Tel fut le cas pour la réalisation d'une centrale hydro-électrique de petite taille visant à alimenter environ 5 000 habitants en électricité²⁸ ou un projet de parc éolien restant modeste dans une zone comptant de nombreux parcs éoliens répartis dans des zones plus favorables²⁹.

Plusieurs parlementaires ont dès lors identifié un besoin de sécurité juridique pour les projets d'installations de production d'énergies renouvelables, à l'heure où, la Commission européenne proposait un effort du même type dans le cadre de la révision de la directive relative aux énergies renouvelables (RED II).

Quasi-présomption de RIIPM instaurée par l'article 19 de la loi du 10 mars 2023 – Ainsi, l'article 19 de la loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables modifie l'état du droit en facilitant la reconnaissance d'une RIIPM³⁰. Désormais, les projets d'installations de production d'énergies renouvelables ou de stockage d'énergie dans le système électrique, y compris leurs ouvrages de raccordement aux réseaux de transport et de distribution d'énergie, sont réputés répondre à une RIIPM dès lors qu'ils satisfont à des conditions définies par décret en Conseil d'État.

Ces conditions réglementaires ne sont pas encore définies mais le législateur les a encadrées. Elles devront être fixées en tenant 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 nationaux ou locaux.

Conformité à la Constitution – L'article 19 qui instaure cette quasi-présomption de RIIPM a fait l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision n° 2023-848 du 9 mars 2023, l'a déclaré conforme à la Constitution. Le Conseil constitutionnel a notamment écarté les griefs tirés de la méconnaissance de l'objectif de protection de l'environnement³¹.

Mise en cohérence avec le Règlement UE du 22 décembre 2022 – Contrairement à la jurisprudence rendue dans la ligne de l'avis du 9 décembre 2022, la conventionnalité de cette nouvelle disposition appelle moins de réserves. Dans son avis sur le projet de loi³², le Conseil d'État a reconnu sans ambages que ni 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 RIIPM.

Il reste que les conditions réglementaires facilitant la reconnaissance de cette RIIPM pour les projets d'installations de production d'énergies renouvelables devront correspondre à la présomption simple « d'intérêt public supérieur » applicable à certains projets, récemment reconnue par l'article 3 du règlement (UE) 2022/2577 du Conseil du 22 décembre 2022 établissant un cadre en vue d'accélérer le déploiement des énergies renouvelables³³. Il y aura là une articulation à soigner entre le droit interne et droit de l'Union européenne.

Extrait de l'avis contentieux émis par le Conseil d'État le 9 décembre 2022

« 4. Le système de protection des espèces résultant des dispositions citées ci-dessus, qui concerne les espèces de mammifères terrestres et d'oiseaux figurant sur les listes fixées par les arrêtés du 23 avril 2007 et du 29 octobre 2009, impose d'examiner si l'obtention d'une dérogation est nécessaire dès lors que des spécimens de l'espèce concernée sont présents dans la zone du projet, sans que l'applicabilité du régime de protection dépende, à ce stade, ni du nombre de ces spécimens, ni de l'état de conservation des espèces protégées présentes.

5. Le pétitionnaire doit obtenir une dérogation "espèces protégées" si le risque que le projet comporte pour les espèces protégées est suffisamment caractérisé. À ce titre, les mesures d'évitement et de réduction des atteintes portées aux espèces protégées proposées par le pétitionnaire doivent être prises en compte. Dans l'hypothèse où les mesures d'évitement et de réduction proposées présentent, sous le contrôle de l'administration, des garanties d'effectivité telles qu'elles permettent de diminuer le risque pour les espèces au point qu'il apparaisse comme n'étant pas suffisamment caractérisé, il n'est pas nécessaire de solliciter une dérogation "espèces protégées" ».

Loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables, art. 19

I.-Après l'article L. 211-2 du code de l'énergie, il est inséré un article L. 211-2-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 211-2-1.-Les projets d'installations de production d'énergies renouvelables au sens de l'article L. 211-2 du présent code ou de stockage d'énergie dans le système électrique, y compris leurs ouvrages de raccordement aux réseaux de transport et de distribution d'énergie, sont réputés répondre à une raison impérative d'intérêt public majeur, au sens du c du 4° du I de l'article L. 411-2 du code de l'environnement, dès lors qu'ils satisfont à des conditions définies par décret en Conseil d'État.

Ces conditions sont fixées en tenant 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 :

1° Pour le territoire métropolitain, la programmation pluriannuelle de l'énergie mentionnée à l'article L. 141-2, en particulier les mesures et les 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 ;

2° Pour le territoire de chacune des collectivités mentionnées à l'article L. 141-5, la programmation pluriannuelle de l'énergie qui lui est propre, en particulier les volets relatifs à la sécurité d'approvisionnement en électricité, au soutien des énergies renouvelables et de récupération et au développement équilibré des énergies renouvelables et leurs objectifs mentionnés aux 2°, 4° et 5° du II du même article L. 141-5 et après avis de l'organe délibérant de la collectivité.

L'existence d'une zone d'accélération définie à l'article L. 141-5-3 du présent code ne constitue pas en tant que telle une autre solution satisfaisante au sens du 4° du I de l'article L. 411-2 du code de l'environnement. »

II.-Après l'article L. 411-2 du code de l'environnement, il est inséré un article L. 411-2-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 411-2-1.-Sont réputés répondre à une raison impérative d'intérêt public majeur, au sens du c du 4° du I de l'article L. 411-2 du présent code, les projets d'installations de production d'énergies renouvelables ou de stockage d'énergie dans le système électrique satisfaisant aux conditions prévues à l'article L. 211-2-1 du code de l'énergie. »

(31) Cons. const. 9 mars 2023, n° 2023-848 DC, AJDA 2023. 471 ; AJCT 2023. 194, obs. G. Pailler.

(32) Avis sur un projet de loi relatif à l'accélération des énergies renouvelables émis les 15 et 22 sept. 2022 par l'Assemblée générale du Conseil d'État, section des travaux publics et section sociale, n° 405732.

(33) « Les États membres veillent, au moins pour les projets reconnus comme présentant un intérêt public supérieur, à ce que, dans le cadre du processus de planification et d'octroi des permis, la construction et l'exploitation d'installations de production d'énergie à partir de sources renouvelables et le développement de l'infrastructure du réseau connexe soient prioritaires lors de la mise en balance des intérêts juridiques dans chaque cas » (art. 3 du Règl. (UE) 2022/2577 du Conseil du 22 déc. 2022 établissant un cadre en vue d'accélérer le déploiement des énergies renouvelables, JOUE 29 déc. 2022).