

MARCHÉ ÉOLIEN - UN COUP DE VENT APPORTÉ PAR UNE SIMPLIFICATION DES PROCÉDURES ADMINISTRATIVES

*par Isabelle MacElhone, avocat associé, et Nicolas Walker, avocat,
Reed Smith Paris*



La France est le deuxième gisement de vent en Europe. Pour autant, le marché français de l'éolien se place en quatrième position en termes de puissance installée après l'Allemagne, l'Espagne et le Royaume-Uni.

La loi sur la transition énergétique du 17 août 2015 a fixé comme objectif de porter la part des énergies renouvelables à 23% de la consommation finale brute d'énergie en 2020 et à 32% de cette consommation en 2030. La programmation pluriannuelle de l'investissement vise alors un parc éolien de 25 000 MW en 2020 (dont 19 000 MW terrestre et 6 000 MW maritime). Le secteur de l'énergie re-

nouvelable représente donc un vivier intéressant d'opportunités pour un acquéreur ou un investisseur.

Ces objectifs requerraient une simplification significative des procédures, la surabondance de normes (code de l'énergie, code de l'urbanisme, code de l'environnement) constituant souvent un frein à la mise en œuvre des projets. Cette simplification s'accompagne d'une baisse du coût des installations : en 2011, l'installation d'un parc éolien fournissant une production d'un gigawatt d'électricité nécessitait un investissement de 3,74 milliards d'euros, en 2014, il n'en nécessitait que 2,67 milliards, selon un rapport de McKinsey.

C'est dans ce contexte que la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 a initié l'expérimentation d'une formule de « décision unique » pour certains projets relevant du régime des installations classées pour la protection de l'environnement (« ICPE ») et les installations, ouvrages, travaux et activités (« IOTA ») soumis à la législation sur l'eau.

Après un retour positif de ces expérimentations, la loi « Macron » du 6 août 2015 a habilité le Gouvernement à pérenniser ce dispositif. C'est ainsi que l'ordonnance n° 2017-80 du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale et les décrets n° 2017-81 et 2017-82 viennent instaurer l'autorisation environnementale unique.

Cette nouvelle autorisation unique concerne toutes les activités soumises à autorisation en application de la nomenclature des ICPE, ainsi que toutes les opérations soumises au régime IOTA. Désormais, un seul dépôt de demande d'autorisation environnementale remplacera jusqu'à douze autorisations administratives distinctes, auprès d'un seul service coordinateur, la préfecture. À l'issue d'une instruction commune, seront intégrés dans un acte administratif unique, en plus de l'autorisation principale, les autorisations de défrichement, les dérogations aux mesures de protection de la faune et de la flore sauvage, l'agrément pour le traitement des déchets et divers autres autorisations, déclarations, enregistrements et absences d'opposition.

Les éoliennes terrestres comprenant au moins un aérogénérateur dont le mât a une hauteur supérieure ou égale à 50 mètres ou comprenant uniquement des aérogénérateurs dont le mât a une hauteur inférieure à 50 mètres et au moins un aérogénérateur dont le mât a une hauteur maximale supérieure ou égale à 12 mètres et pour une puissance totale installée supérieure ou égale à 20 MW, ainsi que toutes les installations en mer, sont donc concernées par ces nouvelles procédures.

Autre nouveauté majeure: si l'autorisation environnementale ne dispense pas en principe le porteur du projet de l'obtention des autorisations d'urbanisme, le Code de l'urbanisme prévoit cependant à l'article R. 425-29-2 l'autorisation environnementale dispense de permis de construire pour les projets d'installation d'éoliennes terrestres. Cela représente une simplification considérable. Plus généralement, la réforme instaure une meilleure articulation entre le Code de l'environnement et les autorisations d'urbanisme, de manière à ce que l'interface entre ces deux législations soit moins génératrice de retards et de conflits.

La préparation du projet et du dossier de demande (incluant, notamment, une étude d'impact) peut se faire en collaboration avec l'autorité administrative compétente. Conformément aux nouveaux articles L. 181-5 et suivants

du Code de l'environnement, le porteur du projet peut solliciter des informations et faire établir un certificat de projet. Ce dernier est établi dans un délai de deux à trois mois. Il indique, en fonction de la demande présentée et au vu des informations fournies, les régimes, décisions et procédures qui relèvent de l'autorité administrative compétente pour l'autorisation environnementale et qui sont applicables au projet à la date de cette demande.

À la différence du certificat d'urbanisme, le certificat de projet ne « cristallise » pas le droit applicable. L'article L. 181-6 du Code de l'environnement prévoit que les indications figurant dans le certificat de projet ne peuvent être invoquées à l'appui d'un recours contre l'autorisation environnementale ultérieurement délivrée mais engagement la responsabilité de l'administration lorsque leur inexactitude a porté préjudice au bénéficiaire du certificat.

Cette possibilité de concertation en amont d'un projet présente de nombreux attraits pour les investisseurs et les exploitants. Elle permet notamment un cadrage précis de l'étude des incidences environnementales et la contractualisation des délais d'instruction.

La simplification tient aussi à la réduction des délais d'instruction qui ont été réduits à 9 mois en règle générale, contre plus de 12 mois actuellement. L'instruction se déroulera en trois phases : une phase d'examen (de 4 à 8 mois), une phase d'enquête publique (de 1 à 2 mois) et une phase de décision. L'autorité administrative compétente peut rejeter la demande à l'issue de la phase d'examen lorsque celle-ci fait apparaître que l'autorisation ne peut être accordée en l'état du dossier ou du projet. Cela devrait conduire l'Administration à exclure rapidement des projets qui auraient été, dans tous les cas, voués à l'échec.

Enfin, une harmonisation bienvenue des règles de contentieux a également été apportée par les nouveaux textes. Alors qu'il était auparavant d'un an en matière d'ICPE, le recours d'un tiers intéressé est désormais enfermé dans un délai de quatre mois. Le délai de recours du pétitionnaire étant de deux mois, ces délais étant prorogés de 2 mois en cas de recours administratif. L'autorisation environnementale est soumise au régime de plein contentieux accordant ainsi au juge des possibilités de réformation ou de régularisation de l'autorisation.

Pour les sites existants, les obligations en matière de contrôle et de modification des installations n'ont pas évolué de manière significative. Les autorisations délivrées avant le 1er mars 2017 seront considérées comme des autorisations environnementales et les nouvelles dispositions s'appliqueront lorsque ces autorisations sont contrôlées,



modifiées, abrogées, retirées, renouvelées, transférées, contestées ou lorsque le projet est mis à l'arrêt.

Si cette démarche de simplification est à saluer, les acquisitions de parcs éoliens gardent néanmoins une forte dimension de complexité juridique, dont l'importance ne cesse de croître sous l'impulsion du droit européen, réformes successives du Code de l'environnement et plus récemment par la réforme du droit des contrats.

Cette complexité est particulièrement évidente au moment de la structuration des entités qui détiennent les actifs immobiliers. Les éoliennes sont souvent regroupées et hébergées au sein de véhicules dédiés, formant des composants d'un parc plus étendu, géré par une société holding ultime. Quand bien même il serait tentant de rationaliser ces structures par le biais notamment d'une fusion de l'ensemble de ces véhicules dédiés, la lourdeur administrative rejaillirait alors de manière inattendue sur la panoplie d'autorisations et permis nécessaires à l'exploitation du parc. Une telle restructuration pourrait en effet conduire l'Administration à considérer que le parc change d'exploitant ou augmente sa capacité par le regroupement de plusieurs installations distinctes. Cela risquerait alors de déclencher une obligation de transférer les autorisations vers une entité nouvellement constituée, ou, dans les cas plus complexes, d'avoir à les solliciter à nouveau, avec la reprise des études et consultation qui y sont associées. Quant aux opérations de cession/acquisition des véhicules dédiés à l'exploitation des parcs éoliens, celles-ci se trouvent aujourd'hui impactées par la réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 et devenue effective depuis le 1er octobre dernier. Si la volonté première recherchée par cette réforme est également la simplification du droit des obligations, en plus de

renforcer la sécurité juridique, elle engendre dans un premier temps une période d'incertitudes. En effet, en renforçant lors de la phase pré-contractuelle l'obligation d'information qui se voit dorénavant érigée en obligation autonome d'ordre public ou encore en introduisant la possibilité de révision du contrat pour imprévision lors de la phase post-signing, la réforme introduit dans l'immédiat des notions aux contours flous nécessitant l'intervention du juge ainsi que de nouvelles définitions jurisprudentielles.

Les dispositifs de la protection de l'environnement connaissent en parallèle des évolutions notables, qui impacteront nécessairement l'adoption et la mise en œuvre de projet éoliens. Par exemple, parmi les nouveaux principes directeurs du droit de l'environnement issus de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 relative à la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, celui de la « non-régression » retient particulièrement l'attention des commentateurs. L'article L. 110-1, II, 9° du Code de l'environnement dispose désormais que « la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment. » Il oriente les créations normatives futures vers une meilleure protection – ou tout du moins d'une protection équivalente – des « espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites et paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité ». Certains y voient une incitation à la création d'un système plus répressif, ou une porte d'ouverture à des contestations des évolutions réglementaires qui auraient pour but de favoriser l'implantation de nouveaux projets.