

CONSEIL NATIONAL DE LA PROTECTION DE LA NATURE

SÉANCE DU 19 OCTOBRE 2023

DÉLIBÉRATION N° 2023-30

AVIS DU CNPN RELATIF AU PROJET DE DÉCRET RELATIF AUX CONDITIONS REQUISES À L'ARTICLE L. 211 2 1 DU CODE DE L'ÉNERGIE ET À L'ARTICLE 12 DE LA LOI N° 2023-491 DU 22 JUIN 2023, POUR QU'UN PROJET D'INSTALLATION DE PRODUCTION HYDROÉLECTRIQUE SOIT RÉPUTÉ RÉPONDRE À UNE RAISON IMPÉRATIVE D'INTÉRÊT PUBLIC MAJEUR, AU SENS DE L'ARTICLE L. 411 2 DU CODE DE L'ENVIRONNEMENT

Le Conseil national de la protection de la nature,

Vu le code de l'environnement, notamment ses articles L. 332-1 et L. 332-2, R. 332-1 et R. 332-9 ;

Vu le code de l'environnement, notamment ses articles L. 134-2 et R. 134-20 et suivants ;

Vu l'article 52 de la loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages ;

Vu le code des relations entre le public et l'administration, notamment ses articles R. 133-4 à R. 133-14 ;

Vu la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, notamment son article 2 ;

Vu le décret n°2017-342 du 17 mars 2017 relatif au Conseil national de la protection de la nature ;

Vu l'arrêté du 27 mars 2022 portant nomination au Conseil national de la protection de la nature ;

Vu l'arrêté du 10 janvier 2023 portant approbation du règlement intérieur du Conseil national de la protection de la nature ;

Entendu son rapporteur Philippe BILLET et ses conclusions motivées

Contexte. - A titre préliminaire, il sera rappelé que le CNPN a donné un avis défavorable sur le projet de loi relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables (avis n° 2022-38, 16 sept. 2022). Il a en effet considéré, notamment, que le projet était trop déséquilibré au profit des considérations énergétiques, au détriment des enjeux environnementaux et notamment de la biodiversité ; que la biodiversité et les mesures environnementales étaient considérées comme des obstacles à la réalisation et au fonctionnement des ouvrages dans de nombreuses dispositions, alors

même qu'elles participent de la lutte contre le changement climatique et, enfin, qu'aucune contrepartie n'était envisagée pour améliorer la connaissance des incidences des infrastructures énergétiques sur les milieux naturels et les moyens d'y remédier, seule voie, pourtant, pour améliorer les conditions de prise en compte des enjeux de préservation des puits de carbone, de la biodiversité, des sols, de l'eau, et des paysages.

Il a également recommandé, et notamment, de restreindre le régime de la présomption de RIIPM à certaines activités seulement (les installations de production en tant que telles), ainsi que de mettre en place une méthode d'évaluation objective du bilan carbone des projets afin de leur accorder la présomption de RIIPM.

Les craintes du CNPN quant à la protection de la biodiversité ont été confirmées par l'adoption de la loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables (Loi AccEnR), dont l'article 19 prévoit que :

« Art. L. 211-2-1 (C. énergie) .-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'Etat.

« 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. »

Aucun critère environnemental n'est ainsi imposé au pouvoir réglementaire. Le CNPN avait pourtant pris soin d'assortir son avis de recommandations, dont celle de la nécessité de compléter « les motifs et considérations justifiant le caractère d'opération répondant à une raison impérative d'intérêt public majeur » par « toute information pertinente et actualisée liée aux habitats et aux espèces présentes sur le site du projet issue du dossier d'étude d'impact ».

C'est en l'état de ce contexte législatif que le CNPN est saisi d'une demande d'avis sur le projet de décret relatif aux conditions requises à l'article L. 211-2-1 du code de l'énergie et à l'article 12 de la loi n° 2023-491 du 22 juin 2023, pour qu'un projet d'installation de production hydroélectrique soit réputé répondre à une raison impérative d'intérêt public majeur, au sens de l'article L. 411-2 du code de l'environnement (EnRHydro).

Approche critique. - Le projet de décret EnRHydro fixe les critères de présomption de RIIPM en distinguant les installations concernées en fonction du territoire considéré, territoire métropolitain continental d'un côté et territoires non interconnectés de l'autre.

Les critères retenus sont cumulatifs et associent puissance prévisionnelle de l'installation et puissance totale du parc hydroélectrique raccordé à la date de demande de dérogation « Espèces protégées », cette dernière étant fondée sur l'objectif maximal de puissance du parc hydroélectrique tel que défini dans le décret relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE). Le projet de décret exclut cependant d'une exigence de seuil les hydroliennes fluviales, les installations de production d'électricité à partir d'énergie osmotique ainsi que les installations sises sur des cours d'eau, parties de cours d'eau ou canaux mentionnés au 1° du I de l'article L. 214-17 du code de l'environnement (et **non L. 211-7** comme mentionné de façon erronée dans le projet) (cours d'eau classés en vue de la protection des poissons amphihalins). Ce qui signifie, dans les deux hypothèses territoriales, que lorsque cet objectif maximal de puissance fixé par la PPE est atteint, le pétitionnaire ne bénéficie plus de la présomption de satisfaction de la RIIPM et doit alors la démontrer.

S'il ne remet pas en cause le principe de ces installations hydroélectriques, le CNPN estime qu'elles ne doivent pas pour autant être implantées « à tout prix », sans une prise en compte effective de la biodiversité, sur la base de critères évaluables, permettant d'opérer une pesée globale des intérêts, intégrant les mesures de la séquence « ERC ».

Il importe notamment, ce que ne fait pas le projet de décret, qui fixe seulement des critères de puissance, de mettre en perspective ces installations de pouvoir apprécier la compatibilité des secteurs d'implantation de ces installations avec la biodiversité des espaces considérés (implantation hors aires protégées et notamment zones Natura 2000).

Il faut également tenir compte du fait que les instances consultatives (dont le CNPN et les CSRPN) risquent d'avoir à se prononcer sur des dossiers de demande de dérogation qui ne seront pas véritablement aboutis en raison de ces accélérations des instructions. Le projet de décret devrait veiller à éviter ces risques, mais celui-ci est muet sur ces questions en lien avec la biodiversité.

Il faut tenir compte également du fait que les puissances de référence permettant de bénéficier d'une présomption de RIIPM ont été déterminées en fonction de la programmation pluri-annuelle de l'énergie actuelle, qui est obsolète et si elles l'ont été sur la base du projet de programmation pluri-annuelle de l'énergie, cette spéculation fausse également le jeu de la présomption. Ce d'autant que l'absence de débats sur les mix-énergétiques dans toutes les régions ne permet pas de déterminer les capacités d'accueil potentielles ni de recueillir l'assentiment des populations. Le projet de décret,

motivé par la nécessité de sécuriser les projets de opérateurs EnR, intervient beaucoup trop tôt dans un contexte qui n'est pas stabilisé.

Le CNPN regrette également que le projet de décret ne tienne pas compte des dispositions du règlement n° 2022/25 du 22 décembre 2022 établissant un cadre en vue d'accélérer le déploiement des énergies renouvelables (absent des visas et pourtant applicable) : si son article 3 impose qu'au nom d'un intérêt public supérieur les projets qu'il vise « *soient prioritaires lors de la mise en balance des intérêts juridiques dans chaque cas, il précise que cela « ne s'applique que si et dans la mesure où des mesures appropriées de conservation des espèces contribuant au maintien ou au rétablissement des populations d'espèces dans un état de conservation favorable sont prises et des ressources financières suffisantes ainsi que des espaces sont mis à disposition à cette fin.* ». Il conviendrait que le projet de décret intègre expressément ces données.

Enfin, le CNPN considère que le dispositif est, en l'état, incomplet et, partant, non opérationnel. A cet égard :

- Le projet de décret ne vise pas des données de référence stabilisées et formalisées qui s'imposeraient au pétitionnaire (comme à l'administration), afin de connaître la puissance globale installée et permette de présenter la demande et plus particulièrement la puissance résiduelle à installer dans le cadre des données de la PPE, permettant de savoir s'il peut ou pas bénéficier de la présomption RIIPM. En pratique, ce cadre existe effectivement (les données de puissance installée sont rendues publiques trimestriellement) : il conviendrait donc de préciser ces références dans le décret et imposer au pétitionnaire de les mentionner dans son dossier de demande et de justifier en quoi son projet satisfait ces exigences.
- Le projet de décret précise que la référence des seuils de la PPE à prendre en compte est la « puissance totale du parc hydroélectrique raccordé à la date de demande de dérogation » ce qui permet de savoir si le projet peut ou pas bénéficier du régime de la RIIPM présumée (selon que le seuil PPE est atteint ou non). Cette référence à la puissance raccordée interroge, dès lors qu'elle n'est pas nécessairement en corrélation avec la puissance autorisée et que si cette puissance raccordée est inférieure, elle ne préjuge pas du fait que l'exploitant autorisé pourra monter en puissance et raccorder toute la puissance pour laquelle il a été autorisé. Ce qui implique que si cette puissance autorisée est effectivement exploitée et raccordée postérieurement à la délivrance d'une autre autorisation sollicitée sous bénéfice d'une RIIPM présumée, et qu'elle conduit à atteindre le seuil de référence de la PPE (abstraction faite de cette nouvelle autorisation), si la puissance autorisée et raccordée en définitive avait été celle-ci au jour de référence pour un pétitionnaire se prévalant du bénéfice de la RIIPM présumée, ce dernier n'aurait pas pu bénéficier de cette présomption, le seuil de la PPE étant atteint. Autrement dit, prendre en compte la puissance raccordée et non la puissance effectivement raccordable peut conduire à faire bénéficier d'une RIIPM présumée dans un contexte où il pourra y avoir potentiellement dépassement du seuil de la PPE. Dans la mesure où une dérogation doit rester exceptionnelle, il convient d'avoir une certaine rigueur et prendre en compte la puissance autorisée effectivement raccordable, et non la puissance effectivement raccordée.


Cette proposition est renforcée par le fait qu'un report de connexion par rapport à la délivrance de l'autorisation (quelle qu'en soit la cause, et notamment un recours en annulation qui conduit l'exploitant à attendre, le temps de purger l'hypothèque contentieuse) laisse le champ libre à la délivrance d'autorisations sous bénéfice de la présomption, puisque le seuil PPE ne peut pas être considéré comme atteint. Conduisant ainsi à accorder le bénéfice de la présomption RIIPM à des installations qui n'auraient pas pu en bénéficier si l'installation en *stand-by* avait effectivement fonctionné. Le décret

devrait être plus explicite et prendre comme élément de référence la puissance autorisée raccordable et non la puissance autorisée effectivement raccordée.

- De la même façon, le projet de décret ne règle pas la question de la date de référence d'une cessation d'activité, qui « libère » de la puissance recensée dans la PPE et pourrait, en redescendant sous le seuil de référence, permettre de bénéficier d'une RIIPM présumée. Il conviendrait que soit précisé formellement le terme de cette cessation, qui devrait être la déconnexion effective du réseau.
- Le projet de décret ne règle enfin pas la question de l'arbitrage entre deux dossiers, si la délivrance de l'un absorbe toute la part résiduelle de puissance à satisfaire prévue par la PPE, ne permettant ainsi pas à l'autre de bénéficier de la présomption de RIIPM. On supposera que lorsque le dossier de demande de dérogation déposé est complet, il y a priorité au premier qui dépose. Qu'en est-il cependant si, une fois l'autorisation délivrée et l'installation en cours de construction, on se rend compte que des éléments liés aux espèces protégées (et partant, affectant le dossier de demande de dérogation, dont l'incomplétude apparaît rétroactivement) n'ont pas été pris en compte. Cette question devrait être réglée par le décret.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, le **CNPN émet un avis défavorable à l'unanimité (23 votes exprimés) au projet de décret relatif aux conditions requises à l'article L. 211 2 1 du code de l'énergie et à l'article 12 de la loi n° 2023-491 du 22 juin 2023**, pour qu'un projet d'installation de production hydroélectrique soit réputé répondre à une raison impérative d'intérêt public majeur, au sens de l'article L. 411 2 du code de l'environnement **et invite** en tout état de cause **à prendre en compte ses recommandations** destinées à rendre le dispositif effectivement opérationnel, pour autant que les impératifs liés à la biodiversité soient intégrés dans la version finale du décret.

Le président du Conseil national de la
protection de la nature

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the left.

Loïc MARION