

MORATOIRE SUR L'EOLIEN

Les discussions du projet de loi d'orientation sur l'énergie, qui se poursuivent actuellement en deuxième lecture devant l'Assemblée nationale, sont l'occasion d'un débat sur la conciliation du développement éolien et de la protection des paysages, débat pour le moins surprenant, à un triple égard.

*

Débat surprenant, d'abord, car le projet de loi déposé par le Gouvernement sur le bureau de l'Assemblée nationale, le 5 mai 2004, ne comportait aucune disposition relative aux modalités de délivrance des permis de construire des centrales éoliennes, ni aux seuils requis pour bénéficier de l'obligation d'achat mise en place par l'article 10 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000.

Ceci ne devait pas étonner dès lors que c'est au premier chef le souci de protection des paysages qui a conduit à l'adoption de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003, modifiée par la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003, dite *loi Urbanisme et Habitat*.

Selon ces dispositions, codifiées dans le code de l'environnement¹, était d'abord confirmée l'obligation de permis de construire, délivré par le préfet (C.urb., art. R. 421-1), pour les éoliennes d'une hauteur de plus de 12 mètres (C.env., art. L. 553-1). Une installation éolienne est ensuite soumise à l'obligation d'étude d'impact et d'enquête publique dès lors que sa puissance installée excède 2,5 MW – soit à partir de deux aérogénérateurs – (C.env., art. L. 553-2). Les exploitants éoliens se sont encore vus imposer un régime de garanties financières, en vue d'assurer le démantèlement des installations, qui peut être rapproché de celui applicable aux installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) (C.env., art. L. 553-3). Enfin, « *afin de promouvoir un développement harmonieux de l'énergie éolienne* », l'article L. 553-4 prévoyait la mise en place, par les régions et avec le concours des services de l'Etat, de schémas régionaux éoliens, après avis des départements et des établissements publics de coopérations intercommunales à fiscalité propre. Ces schémas devaient indiquer « *les secteurs géographiques qui paraissent les mieux adaptés à l'implantation d'installations [éoliennes]* ».

¹ Code de l'environnement, Livre V « Prévention des pollutions, des risques et des nuisances », Titre V « Dispositions particulières à certains ouvrages ou installations », Chapitre III « Eoliennes », art. L. 553-1 à 553-4.

Ancien Bureau à Paris de - Former Paris office of

OPPENHEIMER

OPPENHEIMER WOLFF & DONNELLY LLP

Dans une importante circulaire en date du 10 septembre 2003 *relative à la promotion de l'énergie éolienne terrestre*, le Ministre de l'Ecologie et du développement durable s'est ainsi félicité de la création de ce « *cadre juridique pour traiter et instruire les questions d'urbanisme, d'évaluation environnementale et de participation du public liées au développement de projets éoliens. Ces mesures marquent la volonté de concilier le développement nécessaire de la filière éolienne et la protection de l'environnement, ainsi que l'information et la participation du public* ».

Fort de ce cadre juridique, le gouvernement français pouvait indiquer, dans son rapport présenté en application de l'article 6 de la directive 2001/77/CE du 27 septembre 2001, que les « *dispositions législatives récentes (...) ont introduit un cadre juridique clair pour traiter et instruire les questions d'urbanisme, d'évaluation environnementale et de participation du public.* »²

Dès lors, on ne peut que s'interroger sur les éléments qui ont conduit la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale à regarder ce cadre juridique comme insuffisant pour garantir la préservation des paysages et à proposer, par plusieurs amendements, de véritables bouleversements du régime applicable aux installations éoliennes.

On reste confondu par les pétitions de principe des contempteurs de l'éolien : on parle ainsi de « *développement anarchique des projets* » ; le Président de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale invoque « *la prolifération anarchique des éoliennes qui porte atteinte à des paysages méritant d'être protégés* » (2^{ème} séance publique du 29 mars 2005). Ces incantations sont pourtant démenties par les faits. Selon une enquête réalisée par la DGEMP-DIDEME en juillet 2004, 175 permis ont été délivrés pour une puissance électrique de 852 MW (DOM compris) dont 25% sont en cours de contestation devant les tribunaux administratifs – et donc susceptibles d'être annulés. Dans le même temps, nous apprend cette enquête, « *95 projets représentant une puissance de 475 MW ont été refusés. La principale cause de refus est une prise en compte insuffisante des contraintes paysagères* ». Sur la période considérée, **plus du tiers des projets a donc été refusé, qui plus est au motif de l'atteinte paysagère.**

De telles statistiques apportent au moins deux enseignements, que corrobore l'expérience de tous les professionnels de la filière. D'une part, on ne peut de bonne foi agiter le spectre d'un déferlement éolien, lorsque le problème tient au contraire aux difficultés et obstacles rencontrés pour l'implantation des parcs éoliens. C'est là le constat opéré par les instances européennes et la directive 2001/77/CE qui impose justement aux Etats membres d'identifier ces obstacles et d'y remédier. Par quel inopiné renversement de perspective, la législation applicable en matière d'urbanisme et d'environnement apparaîtrait aujourd'hui si laxiste qu'elle permettrait une implantation non maîtrisée des parcs éoliens ? D'autre part, il ressort des statistiques que ce sont précisément des considérations d'ordre paysager qui justifient dans l'immense majorité des cas les refus de permis de construire des parcs éoliens ; les autorités compétentes en la matière disposent donc des outils juridiques

² L'article 6 de la directive 2001/77/CE intitulé « *Procédures administratives* » impose aux Etats membres d'évaluer le cadre législatif et réglementaire existant concernant les procédures d'autorisation en vue de l'implantation des installations de production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables et de publier un rapport sur ladite évaluation.

nécessaires à la protection des paysages et en font effectivement application. On cherche vainement ce qui permet aux défenseurs des amendements critiqués de considérer que la protection des paysages serait compromise faute de réglementation adaptée.

*

Débat surprenant, ensuite, car, en l'état de la rédaction des amendements proposés, c'est par le droit électrique et la réglementation de l'obligation d'achat que l'on se propose d'atteindre l'impératif revendiqué de défense des paysages.

En deuxième lecture, l'Assemblée nationale a adopté un amendement réservant le bénéfice de l'obligation d'achat, prévue par l'article 10 de la loi électrique, à des installations d'une « *puissance installée supérieure à 20 MW et qui sont sises dans le périmètre d'une zone de développement de l'éolien* » (amendement 122, 2^{ème} rect.). Au terme de cet amendement, « *les zones de développement de l'éolien sont définies en fonction de leur potentiel éolien, de l'état des réseaux électriques et de la nécessaire protection des paysages par le préfet du département sur proposition de la ou des communes dont le territoire est compris dans leur périmètre après avis des communes limitrophes et de la commission départementale des sites, perspectives et paysages* ». Un sous-amendement 463 a par ailleurs prévu que les dispositions relatives à l'obligation d'achat dans leur rédaction antérieure à la loi d'orientation, continueraient à bénéficier aux installations qui se seront vues accorder un certificat d'obligation d'achat dans les deux ans de la publication de la loi d'orientation et pour lesquels un dossier complet de demande de permis aura été déposé dans le même délai.

Est ainsi proposé un renversement complet de perspective : l'obligation d'achat, jusqu'ici subordonnée au respect d'un plafond de 12 MW de puissance installée par site de production, serait à présent réservée au respect d'un plancher de 20 MW. S'il l'on raisonne en termes de site de production, **cette disposition revient pratiquement à doubler la taille de chaque parc.**

Ceci ne peut manquer de surprendre dès lors que la réglementation nationale relative à l'éolien a mis en œuvre un parti pris de développement de la filière fondé sur l'émergence de parcs de petite dimension, de puissance inférieure à 12 MW. En ce sens, pour le bénéfice de l'obligation d'achat, une distance de 1.500 mètres a même été imposée entre les parcs appartenant à ou contrôlés par une même société.

Les inconvénients en termes de coûts et le caractère arbitraire d'un tel parti pris ont été suffisamment soulignés lors de la discussion de la loi électrique pour qu'il n'y soit pas ici revenu. Le seuil maximal de 12 MW a été considéré comme un facteur de 'mitage' du paysage, selon la terminologie favorisée par les services régionaux de l'environnement, permettant à Mme BACHELOT, alors Ministre de l'Ecologie, de déclarer : « *Pour la production d'électricité, il faudra se poser la question de l'évolution des tarifs d'achat et notamment du seuil des 12 MW, source de mitage des projets* »³.

³ Déclaration faite au colloque organisé par le Syndicat des Energies Renouvelables le 15 mai 2003, cité in rapport Besson.

Dans ces conditions, s'il s'agissait de relever le plafond de 12 MW, pour permettre à des installations de forte puissance de bénéficier de l'obligation d'achat, les développeurs éoliens n'auraient qu'à s'en réjouir. C'était d'ailleurs le sens de certains amendements à la loi d'orientation, qui visaient à porter le plafond de puissance ouvrant droit à l'obligation d'achat à 50 MW.

Tout autre est l'objet de l'amendement adopté, qui prévoit non la possibilité, mais l'obligation de réaliser des parcs importants pour bénéficier de l'obligation d'achat. Il reste paradoxal de lier la protection des paysages au doublement de la taille des sites de production.

La réponse de l'amendement critiqué tient dans l'institution, dans le même temps, de zones de développement éolien (ZDE), élaborées par le préfet du département, sur proposition des communes dont le territoire est compris dans leur périmètre après avis des communes limitrophes et de la commission départementale des sites. En réalité, cet assouplissement apparent sur le terrain de l'obligation d'achat entraîne bien une réduction drastique des possibilités d'implantation d'installations éoliennes.

En premier lieu, au regard du dispositif actuel, on ne peut que s'interroger sur l'efficacité de telles zones comme outils de planification pour l'implantation de parcs. Sauf à se répéter, la loi n° 2003-8 prévoyait déjà la possibilité, pour les régions, de se doter d'outils de planification sous la forme de schémas régionaux éoliens, élaborés avec le concours des services de l'Etat. Cette disposition devait permettre tant une meilleure participation et information de tous les acteurs locaux, qu'un développement maîtrisé de l'éolien au niveau régional. Deux ans, force est de constater que seule la région Nord-Pas-de-Calais s'est dotée d'un tel instrument. Par ailleurs, lorsque des schémas sont en cours d'élaboration, cette circonstance est utilisée pour surseoir de manière dilatoire aux demandes de permis de construire. Le bilan est décevant.

Pour autant, on ne voit rien dans le nouveau dispositif qui permettrait d'améliorer cet état de fait. Il n'est prévu aucun délai pour l'adoption de telles zones, ni aucun dispositif permettant de pallier l'éventuelle carence d'initiative des communes. Par ailleurs, si les propositions des ZDE par des communes résultent, au cas par cas, de projets en cours de développement sur leur territoire, il est fort à craindre que la disposition critiquée, qui se veut un outil de planification, ne devienne en réalité, un mécanisme de délimitation ponctuelle, qui participera encore davantage à l'allongement des délais de réalisation des parcs. Surtout, que l'on se figure le contentieux immanquablement généré par la délimitation de telles zones de développement éolien : comment croire qu'un « classement » éolien sera localement accepté de bon gré lorsqu'il implique précisément l'implantation de parcs de grandes dimensions ? Que l'on entende plutôt les avertissements de la région Bretagne, favorable à l'éolien, mais qui, en raison d'un habitat diffus, ne peut concilier la défense de ses paysages qu'avec le développement de petits parcs.

En second lieu, aucune indication n'est donnée sur la nature et la portée juridique de ces zones de développement éolien. Au regard des critères de protection du paysage, quelle sera leur force contraignante ? Comment s'inséreront-elles dans l'ordonnement

juridique ? Auront-elles une portée réglementaire, à l'instar d'un plan local d'urbanisme, ou constitueront-elles un simple inventaire, comme certaines zones définies en matière d'environnement (Zones NATURA 2000, ZNIEFF, etc.). En réalité, les dispositions modificatrices de la loi électrique subordonne certes le bénéfice de l'obligation d'achat à une localisation en ZDE, mais le choix d'une telle implantation ne confère aucune garantie de délivrance du permis de construire.

De la même manière, il a été largement souligné que les schémas régionaux éoliens prévus par l'article L. 553-4 du code de l'environnement, n'ont de valeur réglementaire et renseignent seulement sur la compatibilité de telle zone avec l'implantation de parcs éoliens. Il en va de même des nombreux documents cartographiques, schémas éoliens élaborés par les DIREN, chartes paysagères, guides éoliens départementaux ou intercommunaux, etc. La circulaire du 10 septembre 2003 a rappelé que de tels documents ne peuvent servir, *per se*, de fondement à un refus de permis de construire pour un parc implanté hors des zones définies pour accueillir des installations éoliennes. A l'inverse, combien de développeurs se sont vus refuser des permis de construire au motif de l'atteinte paysagère, pour des parcs pourtant implantés en zone de contrainte faible ?

Pareillement, il faut rappeler que, ni le programme EOLE 2005, programme gouvernemental de promotion de l'éolien, pour le passé, ni les appels d'offres terrestres et offshore, pour le futur, ne garantissent aux candidats sélectionnés au regard du tarif d'achat, l'obtention des autorisations de construire, qu'il s'agisse des permis de construire ou des autorisations domaniales. Dans les deux cas pourtant, l'insertion paysagère et l'acceptation locale étaient/sont des critères de sélection de projets. Or, nombre de projets, pourtant sélectionnés dans le cadre d'EOLE 2005, se sont vus refuser un permis de construire au motif de considérations paysagères et n'ont pas vu le jour.

Ainsi, l'amendement critiqué, non seulement ne garantit aucunement l'obtention des permis de construire dans les zones de développement éoliens à créer, mais encore contribuera à rendre l'instruction des projets plus difficile – et certainement plus longue – dès lors que des parcs plus importants sont de nature à entraîner des difficultés d'insertion paysagère accrues. En raison du nombre d'aérogénérateurs, les projets concerneront davantage de communes, seront plus visibles, nécessiteront des volets paysagers beaucoup plus lourds, etc.

L'amendement critiqué constitue en réalité un véritable marché de dupe : les développeurs se voient imposer l'obligation d'implanter des parcs supérieurs à 20 MW, ce qui représente une contrainte accrue en termes d'insertion paysagère, sans se voir garantir l'obtention plus aisée des autorisations de construire. *A contrario*, la définition de zones de développement éolien emportera une forte présomption d'atteinte paysagère pour les projets implantés à l'extérieur desdites ZDE, y compris pour ceux qui entendraient faire l'économie de l'obligation d'achat.

Débat surprenant, enfin, car les dispositions en débat apparaissent inutiles voire contre-productives en terme de protection des paysages, outre l'effondrement de la filière auquel elles conduiront très vraisemblablement. L'examen du régime juridique applicable témoigne de ce que les autorités compétentes pour délivrer les permis de construire des parcs éoliens disposent de tous les outils nécessaires pour garantir une effective protection des paysages.

Il faut préalablement évoquer la notion de « mitage », véhiculée par les DIREN et les SDAP, reprise fréquemment par les Préfets comme motivation exclusive de leurs arrêtés de refus de permis de construire, et dont le souci anime manifestement les promoteurs de l'amendement critiqué.

Si certains jugements ont paru valider, implicitement, une telle motivation en matière de refus de permis de construire éoliens, il reste que la notion de mitage est une catégorie juridique particulière, issue de la jurisprudence relative à l'article R. 111-14-1 du Code de l'urbanisme, lequel prévoit notamment que « *le permis de construire peut être refusé ou n'être accordé que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales si les constructions sont de nature, par leur localisation ou leur destination : a) A favoriser une urbanisation dispersée incompatible avec la vocation des espaces environnants, en particulier lorsque ceux-ci sont peu équipés* ».

Or, une telle qualification ne peut être retenue à l'encontre d'un projet éolien qui n'a ni pour effet ni pour objet de favoriser une urbanisation dispersée, et qui ne concerne, de surplus, que des implantations réversibles (obligation légale de remise en état du site en fin d'exploitation, assortie d'une obligation de constituer des garanties financières à cette fin). On ne peut que constater qu'il n'existe aucune règle, analogue à celle de l'article R. 111-14-1 précité, qui autorise à refuser un permis de construire un parc éolien, au seul motif qu'il serait isolé par rapport à un autre parc existant ou, plus hypothétique encore, restant à construire.

C'est, semble-t-il, à cette supposée carence que prétend répondre l'amendement critiqué. La question reste posée : en quoi l'implantation concentrée de parcs importants serait-elle - nécessairement et toujours - préférable, en termes d'insertion paysagère, à de petits parcs dont l'insertion est travaillée, au cas par cas, par modifications successives, et selon les observations formulées, notamment par les services instructeurs, dans le cadre des réunions des pôles éoliens ?

Surtout, les zones de développement éolien n'apporteront rien, en termes de protection des paysages, par rapport aux schémas régionaux éoliens. Leur périmètre est, au contraire, plus étroit, leur définition plus ponctuelle. Elles ne requièrent l'expertise d'aucun service qui ne serait d'ores et déjà consulté, soit pour l'élaboration de tels schémas soit pour la délivrance des permis de construire. Elles ne dispenseront pas les services instructeurs de mener le travail qui leur incombe qui consiste à apprécier *in concreto* à la date de sa décision l'impact du projet, tant au regard des caractères de la zone d'implantation, proche et éloignée qu'au regard des caractéristiques particulière d'un projet donné, et cela aux termes d'une analyse particulière des circonstances de l'espèce.

S'agissant de l'instruction des demandes de permis de construire, il paraît ainsi nécessaire de rappeler quelques évidences. Dans l'immense majorité des cas, les demandes de permis de construire pour l'implantation de parcs éoliens sont désormais soumises à enquête publique : toute personne intéressée peut ainsi se prononcer sur l'implantation d'un projet particulier, qu'il s'agisse des associations de défense de l'environnement ou des habitants des communes limitrophes. Le préfet peut ordonner des enquêtes publiques conjointes dans le cas où un territoire est concerné par l'implantation de plusieurs projets. Il peut définir largement le périmètre de l'enquête publique, qui peut ainsi se dérouler sur une dizaine de communes.

D'ores et déjà, le préfet peut, dans tous les cas, recueillir l'avis de la commission des sites, perspectives et paysages, sur un projet de parc. Dans le cas où un projet concernerait plusieurs départements, le préfet peut également recueillir les avis des services compétents des départements limitrophes intéressés. De manière générale, le préfet peut consulter tout service dont l'avis lui paraît utile pour la délivrance de l'autorisation de construire : syndicat intercommunal, parc naturel régional, etc. Le préfet, autorité compétente pour la délivrance du permis de construire, est parfaitement éclairé dans sa prise de décision.

Enfin, sauf à se répéter, c'est le grief d'atteinte paysagère qui fonde, dans la quasi totalité des cas, le refus de permis de construire des parcs éoliens. Les préfets ne sont pas impuissants, loin de là, à empêcher l'implantation de parcs dont ils considéreraient l'insertion paysagère inacceptable. C'est qu'ils disposent, dans l'article R. 111-21 du code de l'urbanisme, d'un outil à la fois souple et efficace pour s'opposer à de tels projets. Selon ces dispositions, « *le permis de construire peut être refusé ou n'être accordé que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales si les constructions, par leur situation, leur architecture, leurs dimensions ou l'aspect extérieur des bâtiments ou ouvrages à édifier ou à modifier, sont de nature à porter atteinte au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants, aux sites, aux paysages naturels ou urbains ainsi qu'à la conservation des perspectives monumentales.* » On ne peut faire plus large. Il faut encore préciser que ces dispositions sont dites d'ordre public, c'est-à-dire qu'elles s'appliquent sur tout le territoire, même dans le cas de communes dotées d'un plan local d'urbanisme, et qu'il n'est pas possible de les écarter. Ces dispositions laissent toute latitude aux préfets pour apprécier, au cas par cas, en fonction des caractères du lieu d'implantation et des caractéristiques du parc éolien considéré – nombre d'éoliennes, taille, configuration, etc. – si ledit parc est susceptible de porter atteinte au site d'implantation.

Ainsi, qu'il s'agisse de la procédure suivie, des avis recueillis, ou des règles applicables, les préfets disposent de tous les instruments nécessaires pour concilier efficacement protection des paysages et développement de l'éolien.

En conclusion, on ne peut que constater que les dispositions introduites par l'amendement 122, 2^{ème} rectificatif dans la loi électrique sont non seulement inutiles mais contre-productives.

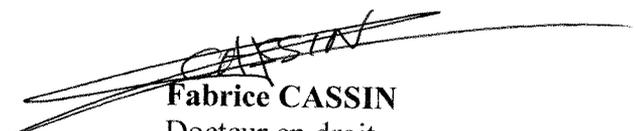
S'il s'agit de favoriser la progression de la filière pour atteindre les objectifs imposés par la directive 2001/77/CE et relayés au plan national par la programmation pluriannuelle des investissements, il faut relever à 30 ou 50 MW le plafond de l'obligation d'achat. Ceci donnerait toute latitude aux développeurs pour étudier des projets de parcs de grande dimension, sans obérer les possibilités de développement du petit éolien, là où il est nécessaire et possible. Au contraire, substituer à un plafond très bas (12 MW) un plancher trop élevé (20 MW) constitue un bouleversement du cadre juridique contraire aux objectifs de développement de l'énergie éolienne. On en veut pour preuve la mise en place d'un délai de deux ans pour permettre la transition de régime juridique et la reconfiguration des projets.

Par ailleurs, si l'on s'intéresse à la protection des paysages, les dispositions envisagées n'ajoutent rien, en elles mêmes, au dispositif juridique existant. Il faut affirmer que les préfets disposent de tous les outils nécessaires pour apprécier l'impact paysager d'un projet éolien et refuser les permis de construire lorsque l'atteinte paysagère qui en résulterait leur paraît incompatible avec le caractère des lieux d'implantation. Et c'est bien ce qu'ils font couramment.

Le vice de l'amendement critiqué tient dans le lien établi entre définition de zones de développement éolien et seuil fixé pour bénéficier de l'obligation d'achat. Il exclut les petits parcs du bénéfice de l'obligation d'achat et fait par suite obstacle au développement éolien dans les zones où seuls de petits parcs sont acceptables en termes d'insertion paysagère. En réalité, ceci revient donc à éviter toute implantation éolienne dans ces zones. Par ailleurs, dans les zones dévolues au développement éolien, l'obtention des permis de construire sera d'autant plus difficile pour des parcs de grandes dimensions, qui satureront rapidement le paysage.

Dans un cas comme dans l'autre, le résultat de l'amendement critiqué est bien soit d'obérer ; soit de contrarier l'implantation de parcs éoliens, de quelque taille qu'ils soient. On se demande comment les promoteurs de cet amendement ne s'en sont pas encore rendus compte. On attend la position du Sénat sur cette question.


Yaël CAMBUS
Avocat à la Cour


Fabrice CASSIN
Docteur en droit
Avocat à Cour