



Newsletter Printemps 2023

Actualités présentées
par SK & Partner, Paris

1. Tarif d'achat et mécanismes de soutien.....	2
1.1. La contribution sur les rentes inframarginales.....	2
1.2. Déplafonnement pour les primes négatives : publication de l'arrêté du 28 décembre 2022 sur les prix-seuil	4
1.3. Modification de l'arrêté CR17 : période d'accès au marché pour les uns et indexation du tarif pour les autres.....	6
1.4. Plus généralement sur le CR17	7
2. Projet de loi relatif à l'accélération de la production d'énergies renouvelables	7
2.1 Etat du processus législatif	7
2.2. Analyse des dispositions relatives à l'éolien et au photovoltaïque au sol et conséquences pratiques.....	8
2.3 Dispositions particulières à l'éolien	10
2.4 Dispositions particulières au photovoltaïque au sol.....	11
2.5 Raccordement (principales dispositions).....	12
3. Dérogations espèces protégées	13
3.1. Problématique	13
3.2 Solution donnée par le Conseil d'État dans son avis	14
3.3 Mise en pratique de la solution	15
4. Actualités concernant les appels d'offres.....	15
5. Actualités et évolution attendue pour l'éolien offshore.....	16
6. Baromètre de l'électricité renouvelable en France au 30 septembre 2022 et données en éolien terrestre au 4^e trimestre 2022	17

1. Tarif d'achat et mécanismes de soutien

1.1. La contribution sur les rentes inframarginales

L'origine du dispositif

En application des articles 6 et suivants du Règlement du Conseil Européen 2022/1854, les États membres ont l'obligation de plafonner à 180 EUR/MWh les recettes des producteurs d'électricité bénéficiant de la rente dite « inframarginale » (à savoir les producteurs d'électricité dont les coûts ne sont pas ou peu sensibles à la hausse des prix du gaz)¹.

La France a rempli cette obligation en adoptant l'article 54 de la loi de finance pour 2023 („LDF 2023”)².

Selon cet article, ces producteurs doivent reverser à l'État sous la forme d'une contribution (qui a donc une nature fiscale) leurs recettes au-delà d'un seuil forfaitaire.

Les grandes lignes du dispositif

Les grandes lignes de ce dispositif sont les suivantes :

- Le dispositif ne concerne que les installations de production d'électricité située sur le territoire métropolitain (et pas les DOM-TOM).
- Le dispositif ne concerne pas certaines technologies de production³ ni les installations en dessous d'une certaine puissance nominale ;
- La contribution correspond à 90% des recettes au-dessus du plafond (10% de ces recettes font l'objet d'un abattement).
- Le dispositif ne concerne pas les recettes des installations ayant conclu un contrat d'achat ou un contrat de complément de rémunération en application du Code de l'Energie à savoir en particulier :
 - Les recettes de la phase de test,
 - Les recettes de la phase « d'accès au marché » (règle dite des « 18 mois » cf. Newsletter Automne 2022 et ci-dessous 1.3).
 - Les recettes pendant la durée effective du contrat d'achat ou du contrat de complément de rémunération.

¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1854&from=EN>

² LOI n° 2022-1726 du 30 décembre 2022 de finances pour 2023 ; Lien : <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=e4HmJimfbrDd-CZ1nKjegM1EHFQ2DgWXsjxXY-a5RFQ=>

³ Eolien et photovoltaïque sont bien concernés

- Le seuil forfaitaire au-delà duquel l'installation doit reverser 90% de ces recettes est indiqué au IV., D., 1. dudit article 54 et il est différent selon la technologie de production.

Pour l'éolien et le photovoltaïque il est à 100€MWh.

Pour l'hydroélectricité, il se situe entre 80€MWh et 140€MWh selon la puissance nominale de l'installation.

- Important : la contribution concerne les recettes générées à partir du 1 juillet 2022. Le dispositif est donc d'application rétroactive. Il faut s'attendre à ce que l'aspect rétroactif du dispositif fasse l'objet de recours de producteurs pour inconstitutionnalité, auxquels certains syndicats professionnels du secteur des renouvelables ont annoncé vouloir s'associer.

Étant précisé que cette application rétroactive n'était pas prévue par le règlement du Conseil De l'Union européenne 2022/1854.

- Le dispositif ne s'applique que jusqu'au 31 décembre 2023. Néanmoins, si les prix sur le marché de l'électricité devaient rester aux niveaux constatés depuis plus d'un an, on peut s'imaginer que le gouvernement le prolongerait à l'issue.

Le dispositif vise en particulier les installations qui sont sorties avant terme de leur mécanisme de soutien

Le dispositif concerne bien les recettes des installations qui ont résilié leur contrat d'achat ou leur contrat de complément de rémunération avant terme (celles-ci sont expressément visées dans les textes préparatoires de cet article 54 de la LDF 2023, lesquels rappellent aussi que la Commission de Régulation de l'Energie avait demandé une taxation spéciale pour ces installations).

Certaines des installations qui ont résilié leur mécanisme de soutien (contrat d'achat ou contrat de complément de rémunération) vont donc devoir reverser une part importante des recettes perçues depuis la résiliation.

1.2. Déplafonnement pour les primes négatives : publication de l'arrêté du 28 décembre 2022 sur les prix-seuil

Nous avons déjà évoqué dans notre newsletter de l'automne 2022 la suppression du « plafonnement » des contrats de complément de rémunération qui le contiennent.

Cette suppression a été décidée par l'article 38 de la *LOI n° 2022-1157 du 16 août 2022 de finances rectificative pour 2022* ("LFR 2022")⁴, avec effet rétroactif au 1er janvier 2022.

Selon ledit article 38, ce déplafonnement ne s'applique qu'au-delà d'un prix seuil.

Selon les travaux préparatoires, ce prix seuil devait correspondre au « scénario réaliste d'évolution des prix de gros sur le marché de l'électricité au moment où les contrats plafonnés ont été conclus (entre 2016 et 2019) »⁵

Ce prix-seuil a été fixé l'arrêté du 28 décembre 2022⁶.

Il est égal à 44,78 EUR/MWh pour l'année 2022 et augmente chaque année de 2% pourcent pour atteindre 66,55 EUR/MWh en 2042 (cf. tableau ci-dessous).

Année	Prix-Seuil (EUR/MWh)	Année	Prix-Seuil (EUR/MWh)
2022	44,78	2033	55,68
2023	45,68	2034	56,80
2024	46,59	2035	57,93
2025	47,53	2036	59,09
2026	48,48	2037	60,27
2027	49,45	2038	61,48
2028	50,43	2039	62,71
2029	51,44	2040	63,96

⁴<https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=S6W9hplEgJTWvy0M5B40Ge-nam6aCtsgM2LdqywZyGE=>

⁵ Projet de loi de finances rectificative pour 2022 (senat.fr)

⁶ Arrêté du 28 décembre 2022 fixant le prix seuil pris en application de l'article 38 de la loi n° 2022-1157 du 16 août 2022 de finances rectificative pour 2022 : <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=e4HmJimfbrDd-CZ1nKjegL3r2760BB1YncDjifRZFrg=>

2030	52,47	2041	65,24
2031	53,52	2042	66,55
2032	54,59		

On constate que pour les contrats de complément de rémunération éoliens et photovoltaïques concernés, à savoir ceux signés entre 2016 et 2019, le prix-seuil est et, selon toute vraisemblance, restera toujours inférieur au prix du contrat.

En conséquence, le déplafonnement est total et c'est toute la prime négative qui devra être reversée à compter du 1 janvier 2022.

On ne voit donc pas ce qu'apporte le mécanisme du prix-seuil pour ces contrats éoliens et photovoltaïques.

De facto, le gouvernement a suivi la recommandation de la Commission de régulation de l'énergie du 16 décembre 2022⁷, selon laquelle le mécanisme de prix seuil serait trop compliqué mais surtout faisait perdre à l'état des recettes importantes.

On se souvient que le Conseil supérieur de l'énergie avait, lui, proposé un prix-seuil de 100 EUR/MWh, niveau qui aurait, lui, conféré une réalité pratique au prix-seuil.

Recours contre le « déplafonnement »

Le syndicat France Energie Eolienne, le SER et Enerplan ont annoncé à leurs membres qu'ils engageaient un recours contre cet arrêté devant le Conseil d'Etat, au motif notamment

- que le caractère rétroactif du dispositif est illégal
- qu'en fixant le prix de seuil aussi bas, le gouvernement a outrepassé le cadre qui lui avait été fixé par la loi.

Mise en œuvre du déplafonnement

Concernant la mise en oeuvre du déplafonnement EDF a d'ores et déjà envoyé un mail début janvier 2023 aux installations concernées.

En outre, le gouvernement a envoyé à EDF une note d'instruction du 8 février 2023 pour expliquer la méthode l'application du déplafonnement. Celle-ci est disponible sur le site de EDF ⁸.

⁷ Avis N° 2022-361: <https://www.cre.fr/Documents/Deliberations/Avis/projet-d-arrete-fixant-le-prix-seuil-pris-en-application-de-l-article-38-de-la-loi-n-2022-1157-du-16-aout-2022-de-finances-rectificative-pour-2022>

⁸ Vous êtes titulaire d'un contrat de Complément de Rémunération ? | EDF OA (edf-oa.fr)

A la lecture du point 5.d de cette note, il est possible que la difficulté que nous avons pointée dans notre newsletter de l'automne 2022 ait été rectifiée.

Nous avons écrit qu'une lecture littérale de l'article 38 de la LFR2022 conduisait à considérer que la prime négative ne serait (sauf pour sa partie restante plafonnée, et donc rien du tout, cf. supra) pas comptabilisée dans le calcul de l'indemnité de résiliation du contrat de complément de rémunération (CCR)

Au 5.d.) de cette note du 8 février 2022, on pourrait comprendre que ce serait bien toutes les primes négatives payées dont on tiendrait compte pour le calcul de l'indemnité de résiliation, ce qui serait juste puisqu'identique au CCR sans plafonnement.

Une confirmation pourrait intervenir lors du webinaire sur les modalités pratiques du déplafonnement organisé par EDF le 8 mars 2023.

1.3. Modification de l'arrêté CR17 : période d'accès au marché pour les uns et indexation du tarif pour les autres

« Période d'accès au marché »

Après que la prolongation du délai d'achèvement et la période d'accès au marché (règle dite des « 18 mois ») ont été introduits dans le cahier des charges de certains appels d'offres le 30 août 2022 (Cf. notre newsletter de l'automne 2022), le même système a été introduit le 29 décembre 2022 dans l'arrêté « CR17 »^{9,10}.

En bénéficient les installations dont la demande complète de complément de rémunération a été déposée avant le 1er juillet 2022 et dont la mise en service a lieu entre le 1er septembre 2022 et le 31 décembre 2024 inclus.

Ces installations voient donc le délai d'achèvement de 36 mois prolongé de 18 mois supplémentaires et ont le droit de vendre leur électricité sur le marché en dehors des règles du contrat de complément de rémunération jusqu'au premier jour du mois qui suit la fin du délai d'achèvement.

Cet arrêté était attendu depuis longtemps et selon France Energie Eolienne, des parcs éoliens pour une puissance cumulée de 100 mégawatts avaient choisi de ne pas commencer de produire pour ne pas risquer d'en perdre le bénéfice.

Indexation du tarif

On notera aussi que les projets ayant fait une demande de contrat de complément de rémunération en application de l'arrêté CR17 après le 1^{er} janvier 2023 verront leur tarif indexé sur l'inflation (application d'un coefficient K) entre leur demande de contrat de complément de

9 <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000034631361/2023-01-01/>

10 Journal officiel du 31.12.2022: https://www.legifrance.gouv.fr/download/file/e4HmJimfbrDd-CZ1nKiegE3H2OfxjWsACwZiPqTJ73M=/JOE_TEXTE

rémunération et une date située à 12 mois avant la fin de leur délai d'achèvement (là aussi, le système est comparable à celui inséré dans le cahier des charges des appels d'offre).

Du fait des conditions posées pour chacune d'elles, la période d'accès au marché et l'indexation ne se cumulent pas (demande de CCR faite nécessairement avant le 1er juillet 2022 pour l'une et nécessairement après le 1er janvier 2023 pour l'autre).

1.4. Plus généralement sur le CR17

Selon la réponse n°56 donnée par la CRE dans le cadre de la 3e période de l'appel d'offres éolien clôturée le 23 décembre 2022, un projet qui a fait une demande de CR17 doit nécessairement y avoir renoncé pour participer à l'appel d'offres¹¹.

C'est une nouveauté par rapport aux appels d'offres antérieurs, dans le cadre desquels le projet conservait sa demande de CR17 malgré sa candidature à l'appel d'offres et pouvait encore en bénéficier s'il n'était pas désigné lauréat.

On rappellera que les conditions d'application du CR17 ont déjà été très restreintes avec effet au 8 juillet 2022 et en outre, il devrait être supprimé avec effet au 31 décembre 2023 pour se conformer aux exigences de la Commission Européenne.

2. **Projet de loi relatif à l'accélération de la production d'énergies renouvelables**

2.1 Etat du processus législatif

Ce projet de loi a été déposé en septembre 2022, et a depuis été modifié à plusieurs reprises lors de son examen par le Parlement.

L'objectif initialement affiché d'accélérer le développement des énergies renouvelables ne transparait malheureusement pas dans le texte final.

La loi a été définitivement adoptée le 7 février 2023¹², mais fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel sur plusieurs articles, par des élus RN et LR.

¹¹ Appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'Installations de production d'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent implantées à terre - CRE, cf. question 56

¹² Projet de loi relatif à l'accélération de la production d'énergies renouvelables (ENER2223572L) - Projet de loi pour la croissance et l'activité - Dossiers législatifs - Légifrance (legifrance.gouv.fr)

Le Conseil constitutionnel, qui appréciera la conformité à la Constitution des articles qui lui sont déférés (notamment sur le mécanisme de modulation tarifaire, la raison impérative d'intérêt public majeur des ENR ou encore la garantie assurance-recours) a un mois pour statuer (jusqu'au 10 mars 2023).

Dans cette attente, la saisine du Conseil constitutionnel suspend la promulgation de la loi.

Nous présentons une analyse des **principales dispositions** de ce projet de loi qui impactent le développement (notamment) de l'éolien terrestre et du photovoltaïque au sol, étant précisé que beaucoup de dispositions nécessiteront l'intervention d'un décret pour préciser leur application.

2.2. Analyse des dispositions relatives à l'éolien et au photovoltaïque au sol et conséquences pratiques

2.2.1. Zones d'accélération :

Il s'agit d'un outil de planification des ENR.

Pour les projets qui seront situés en zone d'accélération :

- Phase d'examen (soit la phase avant la consultation du public) limitée à 3 mois¹³ ;
- Enquête publique : le commissaire-enquêteur devra rendre son rapport 15 jours après la fin de l'enquête¹⁴ ;
- Modulation du niveau de complément de rémunération obtenu en appel d'offres afin de compenser des pertes de productible du fait de conditions d'implantation moins favorables que la moyenne dans la zone du projet.

Identification et création des zones d'accélération :

Les communes identifient des zones en fonction des données sur le potentiel d'implantation fournies par l'Etat et après concertation du public.

Ces zones sont définies en tenant compte de la nécessaire diversification des énergies renouvelables en fonction des potentiels du territoire concerné et de la puissance d'énergies renouvelables déjà installée.

Leurs propositions seront transmises au référent préfectoral (cf. ci-dessous 2.2.3.), lequel est chargé d'établir une cartographie à l'échelon départemental.

→ A noter qu'un avis conforme de la commune est requis pour qu'elle soit intégrée en zone d'accélération.

¹³ La phase d'examen « classique » est en principe de 5 mois, mais en pratique bien plus longue (très souvent suspendue pour cause de demande de compléments et le cas échéant prolongée sur décision sur service instructeur).

¹⁴ Actuellement 30 jours.

2.2.2. Reconnaissance de la notion de raison impérative d'intérêt public majeur -RIIPM- (sous conditions) :

Sous conditions qui seront définies par décret, les projets d'ENR pourront répondre à une RIIPM.

Ces conditions incluront le type d'énergie, la puissance de l'installation, ainsi que sa contribution à l'atteinte des objectifs fixés par la PPE.

A noter que cette notion de RIIPM pour les ENR est importante car il s'agit d'une des trois conditions cumulatives à l'obtention d'une dérogation espèces protégées (DEP)¹⁵, souvent difficile à satisfaire (voir en ce sens les nombreux contentieux en cours sur ce sujet DEP et la solution de principe dégagée par le Conseil d'Etat dans son Avis du 9 décembre 2022, n° 463563, ainsi que ses applications jurisprudentielles par les Cours administratives d'appel, notamment en éolien cf. ci-dessous 3.).

2.2.3. Création de la notion de référent préfectoral :

Un référent à l'instruction des projets ENR en Préfecture est créé, afin de « *faciliter les démarches administratives des pétitionnaires, de coordonner les travaux des services chargés de l'instruction des autorisations et de faire un bilan annuel de l'instruction des projets sur son territoire* ».

2.2.4. Partage de la valeur :

Projet ENR participatif : le porteur de projet qui souhaite constituer une société de projet sous forme de société par actions ou de société coopérative¹⁶ a l'obligation d'en informer les communes d'implantation (Maire de la commune d'implantation et Président de l'EPCI d'implantation), au plus tard 2 mois avant la signature des statuts, pour permettre à ces dernières de proposer d'entrer au capital.

De même, le porteur de projet qui souhaite céder une société de projet a l'obligation de les informer, au plus tard 2 mois avant la vente pour leur permettre de proposer d'entrer au capital.

A la lecture du texte, il semble

- que le porteur de projet n'a aucune obligation d'accepter ou même de répondre à cette offre d'entrer au capital de la part de la commune et de l'EPCI d'implantation

¹⁵ Les deux autres conditions étant l'absence de solution alternative satisfaisante et le maintien dans un état de conservation favorable des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle.

A noter que le projet de loi indique que le fait qu'un projet soit situé en zone d'accélération ne constitue pas en tant que telle une solution alternative satisfaisante.

¹⁶ Société visée au I et II de l'article L. 294-1 du Code de l'énergie, à savoir une société commerciale par actions donc SA, SAS et SEM, société coopérative constituée en SARL ou par actions.

- que le texte ne s'applique pas si la société de projet n'est pas constituée sous forme de société par actions (exemple: SARL).

En tout état de cause, c'est une obligation à laquelle les porteurs de projet devront être attentifs dès la promulgation de la loi et le cas échéant, des décrets d'application.

2.2.5. Financement d'action en faveur de la biodiversité:

Les lauréats d'appels d'offres CRE seront tenus de contribuer financièrement à des projets portés par la commune ou l'EPCI d'implantation, dans le domaine, notamment, de la transition énergétique, de la biodiversité, ou encore de la rénovation énergétique.

Les montants et les fonds auxquels il conviendra de les verser seront précisés par les décrets à paraître.

Cette contribution financière est considérée comme payée dans le cas d'une participation de la commune ou de l'EPCI d'implantation dans le capital de la société de projet (cf supra 2.2.4).

2.3 Dispositions particulières à l'éolien

2.3.1. Fonds de garantie (assurance-recours) :

Création d'un fonds de garantie assurantiel : « *peut adhérer à un fonds de garantie destiné à compenser une partie des pertes financières qui résulteraient d'une annulation par le juge administratif d'une autorisation environnementale* ».

En pratique, il s'agit d'une sorte d'assurance-recours, pour faciliter la construction des parcs sous recours (qui concerne les lauréats d'appels d'offres).

Les sociétés adhérentes sont redevables d'une contribution financière dont le montant est établi en fonction de la puissance installée du projet.

Des précisions sur ce mécanisme seront apportées par décret.

2.3.1. Garanties financières :

Le montant des garanties financières est réévalué périodiquement, en tenant compte notamment de l'inflation (précisions à venir dans les décrets d'application).

Ceci viendra se substituer ou s'ajouter à l'actualisation, déjà obligatoire, du montant des garanties tous les 5 ans¹⁷.

¹⁷ Art. 31 de Arrêté du 26 août 2011 Arrêté Ministériel de Prescriptions Générales, « AMPG », pour l'éolien <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000024507365/2023-03-07/>

2.4 Dispositions particulières au photovoltaïque au sol

Le projet de loi opère une différence entre les « projets agrivoltaïques » et les « projets compatibles avec l'exercice d'une activité agricole ».

2.4.1 Agrivoltaïsme

Le projet de loi définit une installation agrivoltaïque comme « *une installation de production d'électricité utilisant l'énergie radiative du soleil et dont les modules sont situés sur une parcelle agricole où ils contribuent durablement à l'installation, au maintien ou au développement d'une production agricole* ».

Elle doit apporter directement à la parcelle agricole au moins l'un des services suivants :

- L'amélioration du potentiel et de l'impact agronomique ;
- L'adaptation au changement climatique ;
- La protection contre les aléas ;
- L'amélioration du bien-être animal.

Une installation est agrivoltaïque si elle est réversible et qu'elle permet à la **production agricole d'être l'activité principale** de la parcelle agricole.

→ Un décret interviendra pour préciser le contenu exact de ces notions.

La qualification d'installation agrivoltaïque permettra notamment de pouvoir plus facilement s'implanter dans des zones naturelles ou agricoles au sens du PLU.

Le préfet peut soumettre les installations agrivoltaïques à la constitution des garanties financières nécessaires au démantèlement et à la remise en état du site (conditions définies par décret).

2.4.2. Les installations « compatibles avec l'exercice d'une activité agricole » :

Un arrêté préfectoral par département viendra établir un « *document cadre* » qui doit définir les surfaces agricoles et forestières ouvertes à un projet solaire « *compatible avec l'exercice d'une activité agricole* » et préciser les conditions d'implantation dans ces surfaces.

La mise en œuvre de ces projets PV peut être subordonnée à la constitution préalable de garanties financières, notamment lorsque la sensibilité du terrain d'implantation ou l'importance du projet le justifie (conditions définies par décret).

2.4.3. De nouvelles surfaces pour le photovoltaïque au sol

Le projet de loi ouvre des possibilités sur de nouvelles surfaces foncières pour le solaire photovoltaïque et thermique :

- Aux abords des routes, autoroutes et voies ferrées ;
- Sur des friches par dérogation à l'interdiction de construire en discontinuité des habitations en loi littoral ;
- En discontinuité de l'urbanisation dans les communes de montagne dotées d'une carte communale.

On note l'interdiction de défrichement de surfaces supérieures à 25 hectares en zone forestière pour installer des parcs solaires¹⁸.

2.5 Raccordement (principales dispositions)

Des dispositions sont adoptées pour faciliter les procédures de raccordement, par voie d'ordonnances, comme pour :

- Clarifier les modalités de prise en charge des coûts de raccordement au réseau par les redevables de la contribution au titre du raccordement ou par le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité ceci sans modifier la répartition actuelle de ces prises en charge ni aggraver leur niveau ;
- Prévoir les conditions dans lesquelles des conventions de raccordement peuvent permettre une évolution par rapport à la puissance de raccordement par rapport à la puissance effectivement mise à disposition par le gestionnaire des réseaux publics d'électricité, à des fins de dimensionnement optimal du réseau sur les plans technique et économique ;
- Création d'un ordre de classement au raccordement¹⁹ :

Lorsque, dans une zone géographique donnée, l'ensemble des demandes de raccordement au réseau de transport ou de distribution de projets d'installation, de production et d'opération de modifications d'installations industrielles engendre, pour au moins un de ces projets, un **délai de raccordement supérieur à cinq ans** en raison de l'insuffisance de la capacité d'accueil prévisionnelle du réseau public de transport de l'électricité dans ce délai, le **préfet peut fixer, pour le raccordement au réseau de ces**

¹⁸ Disposition qui entre en vigueur 12 mois après la promulgation de la loi.

¹⁹ Le but de cet article est d'organiser un ordre de classement entre les grands projets industriels, pour leurs demandes de raccordement. Le gestionnaire de réseau prendra ensuite des mesures pour assurer le raccordement des projets selon l'ordre arrêté, qui sera opposable. Un décret précisera le contenu de cette mesure.

installations ou opérations, un ordre de classement des demandes établi selon des conditions et des critères transparents et objectifs.

Un décret à intervenir viendra préciser ces conditions d'application.

On peut également noter la création de modèles de contrat ou de protocole d'accès au réseau par les gestionnaires de réseaux.

3. Dérogations espèces protégées

Avis du Conseil d'Etat du 9 décembre 2022, n° 463563 et applications jurisprudentielles

Par un Avis du 9 décembre 2022, n° 463563, le Conseil d'Etat est venu préciser les cas dans lesquels une dérogation espèces protégées est requise pour la réalisation d'un projet (par exemple éolien) ²⁰.

3.1. Problématique

On rappellera qu'en application des articles L411-1 et L411-2 du Code de l'Environnement, une installation ne peut porter atteinte aux espèces protégées, mais qu'une dérogation peut être accordée dans certaines circonstances.

La question de la nécessité de cette dérogation, dans le cadre des demandes d'autorisation des installations éoliennes et photovoltaïques notamment, s'est fréquemment posée ces dernières années²¹.

Malgré quelques orientations données par l'administration²², les pétitionnaires étaient dans le flou pour déterminer s'il devait solliciter une dérogation espèces protégées.

Il en résultait une insécurité juridique pour les porteurs de projets.

Et on risquait une systématisation de la nécessité de l'obtention de cette dérogation pour les porteurs de projets, et donc une obligation de la demander même lorsqu'elle n'était pas nécessaire.

Il importait donc de préciser les conditions dans lesquelles elle est requise.

C'est ce qu'a fait le Conseil d'Etat dans son avis.

²⁰ Lien : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/realisation-de-travaux-et-protection-des-especes-protegees-le-conseil-d-etat-precise-les-regles>

²¹ Pour l'éolien par exemple la question était de savoir dans quelles circonstances il était nécessaire de joindre à la demande d'autorisation environnementale une demande de dérogation espèces protégées en application de L. 181-3 et L 411 2 du Code de l'Environnement

²² Publication par le ministère de l'Environnement en Mars 2014 du Guide sur l'application de la réglementation relative aux espèces protégées pour les parcs éoliens terrestres, https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/Guide_Eolien_especes_protegees.pdf

3.2 Solution donnée par le Conseil d'État dans son avis

D'abord, le Conseil d'Etat précise les cas dans lesquels le pétitionnaire doit obtenir une dérogation espèces protégées.

Une telle dérogation est ainsi requise si le risque, que le projet comporte pour les espèces protégées, est suffisamment caractérisé.

Pour déterminer ce risque : les mesures d'évitement et de réduction des atteintes portées aux espèces protégées proposées par le pétitionnaire doivent être prises en compte.

Si ces mesures d'évitement et de réduction permettent effectivement de diminuer le risque pour les espèces au point qu'il apparaisse comme n'étant pas suffisamment caractérisé : le projet ne requiert pas de dérogation espèces protégées.

Ensuite, lorsqu'une telle dérogation est requise (à savoir en cas d'un risque d'atteinte aux espèces protégées suffisamment caractérisé) le Conseil d'Etat rappelle que pour que cette dérogation soit accordée, il convient de remplir les trois critères d'obtention de la dérogation²³.

Ce faisant, pour déterminer si la dérogation peut être accordée, là encore, les mesures d'évitement, de réduction mais également de compensation des atteintes portées aux espèces protégées proposées par le pétitionnaire doivent être prises en compte.

On constate donc que cet avis fixe un seuil en-deçà duquel une dérogation espèces protégées n'est pas requise pour le projet en cause (en-dessous du risque « *suffisamment caractérisé* » pour les espèces concernées) ;

La jurisprudence administrative devra désormais préciser les contours de la notion de risque « *suffisamment caractérisé* », critère conduisant à la nécessité de l'obtention, ou non, d'une dérogation espèces protégées (ce qu'elle a commencé à faire, cf. ci-après) ;

Bien sûr, Le pétitionnaire doit donc faire en sorte que les impacts résiduels de son projet soient les plus faibles possibles, afin de démontrer que son projet n'est pas soumis à l'obtention d'une dérogation espèces protégées.

23 1. l'absence de solution alternative satisfaisante

2. le fait de ne pas nuire au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle

3. le fait que le projet réponde, par sa nature et compte tenu des intérêts économiques et sociaux en jeu, à une raison impérative d'intérêt public majeur

3.3 Mise en pratique de la solution

Cette solution de principe dégagée par l'avis du Conseil d'Etat constitue donc une aide à la décision importante et a déjà été mise en pratique par plusieurs juridictions, comme les Cours administratives d'appel de Douai, Lyon et Nantes en décembre 2022 et janvier 2023²⁴.

4. Actualités concernant les appels d'offres

Les candidatures aux périodes actuelles d'appel d'offres éolien, solaire au sol et solaire sur bâtiment ont été clôturées entre le 23 décembre 2022 et le 20 janvier 2023.

Rappel :

- Pour ces périodes d'appels d'offres, pour la première fois, le tarif proposé par les lauréats sera indexé sur l'inflation (application d'un coefficient K) entre leur demande de contrat de complément de rémunération et une date située 12 mois avant la fin de leur délai d'achèvement.
- Le prix-plafond (au-delà duquel l'offre du candidat est éliminée) existe bien mais ne sera pas révélé aux candidats.
- Pour l'éolien, selon la réponse n°56 donnée par la CRE, un projet qui a fait une demande de CR17 doit nécessairement y avoir renoncé pour participer à l'appel d'offres²⁵. Cette nouveauté pourrait contribuer à ce que cette période soit souscrite par nettement moins de projets que la puissance nominale appelée.

A l'heure de cette newsletter les résultats de ces périodes appels d'offres ne sont pas encore connus.

Les dates des prochaines périodes d'appel d'offre éolien, solaire au sol, solaire sur bâtiment n'ont pas encore été publiées.

24 CAA de LYON, 7ème chambre, 15/12/2022, 21LY00407,
CAA de LYON, 7ème chambre, 20/12/2022, 20LY00753
CAA de NANTES, 2ème chambre, 27/01/2023, 21NT03270
CAA de Douai -1re chambre 16/02/2023 / n° 21DA02675

25 Appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'Installations de production d'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent implantées à terre - CRE, cf. question 56

5. Actualités et évolution attendue pour l'éolien offshore

Actuellement, quatre parcs éoliens en mer sont en cours de procédure d'attribution de lauréats pour leur construction et exploitation.

1. La phase de dialogue concurrentiel entre les 13 candidats présélectionnés pour la construction et l'exploitation des deux parcs éoliens en mer flottant prévus dans le Golfe du Lion en Méditerranée arrive à sa fin. La désignation des lauréats est attendue pour l'automne 2023.

2. Le dépôt des candidatures pour la construction et l'exploitation du projet de parc éolien en mer dit « Centre-Manche 2 » s'est clos le 23 décembre 2022. Dès la désignation des candidats présélectionnés, la phase de dialogue concurrentiel pourra débuter. La désignation définitive du ou des lauréats est attendue pour début 2024

3. La phase de procédure de mise en concurrence pour la présélection des candidats pour la construction et l'exploitation du projet parc éolien en mer dit « Sud Bretagne » a débuté en fin d'année dernière. Le résultat de cette présélection de candidats est attendu pour le deuxième semestre de cette année.

4. Enfin, les zones pour l'installation du parc éolien en mer dit « Sud Atlantique » au large de l'île d'Oléron sont arrêtées depuis fin 2022 et le débat public a pris fin. La fin de ce débat public doit laisser place à la première phase de la procédure d'attribution de la construction et du développement du parc. En parallèle les études techniques et environnementales se poursuivent.

On notera que Shell a annoncé en novembre dernier abandonner son projet de parc éolien flottant au large de Belle-Ile en Mer (projet pilote 28MW) à cause d'une hausse des coûts de construction et de difficultés d'approvisionnement.

Une analyse des conséquences de cette hausse des coûts sur l'éolien offshore a été demandée par l'Etat et devrait être publiée en cours d'année.

En parallèle les parcs éoliens en phase de construction continuent d'émerger.

Alors que le premier parc éolien en mer (Parc éolien de Saint Nazaire) était mis en service en fin d'année dernière, le second parc éolien offshore qui sera mis en service devrait être celui de la baie de Saint Brieuc. Au vu des prévisions actuelles, cette mise en service devrait avoir lieu en décembre 2023.

6. Baromètre de l'électricité renouvelable en France au 30 septembre 2022 et données en éolien terrestre au 4^e trimestre 2022

Toutes filières électriques confondues, les énergies renouvelables ont participé à hauteur de 25 % à la couverture de la consommation d'électricité de France métropolitaine au cours de l'année 2021.

La puissance totale du parc électrique ENR s'élève, au 30 septembre 2022 à 64 971 MW, en hausse de 5 190 MW sur l'année 2022.

Chiffres issus du baromètre 2022 des énergies renouvelables électriques en France édité par Observ'ER		
	Eolien	Photovoltaïque
Puissance nominale totale raccordée en septembre 2022	19,953 GW	15,847 GW
Puissance annuelle supplémentaire en septembre 2022 (provisoire)	0,944 GW	1,764 GW
Production électrique en 2021	37 015 GWh	15 092 GWh
Objectif (terrestre pour l'éolien) à fin 2023	24,1 GW	20,1 GW
Objectif (terrestre pour l'éolien) à fin 2028	33,2 – 34,7 GW	35,1 GW – 44 GW
Emplois directs et indirects dans la filière en 2021	19 305	19 990
Chiffre d'affaires de la filière en 2021	7 038 millions d'euros	8 381 millions d'euros

Ces données sont à mettre en perspective avec l'état du parc éolien terrestre français au 4^e trimestre 2022 :

Au 31 décembre 2022, le parc éolien terrestre français a atteint une puissance de 20,4 GW (19 GW au 31 décembre 2021), soit près de 1,5 GW raccordés au cours de l'année 2022.

Contact :

Avocats et Rechtsanwälte
SK & Partner, Paris

Téléphone:

+33 153 53 46 70

E-Mail:

laurent.brault@sterr-koelln.com
karlheinz.rabenschlag@sterr-koelln.com
hans.messmer@sterr-koelln.com

www.sk-partner.fr

Date:

07.03.2023

Disclaimer: les informations contenues dans la présente newsletter ne seraient en cas engager la responsabilité de Sterr-Koelln & Partner et ne remplacent en aucun cas le conseil d'un avocat.

| PARIS
| BERLIN
| FREIBURG

Sterr-Kölln & Partner mbB
info@sterr-koelln.com

www.Sterr-Koelln.com

Emmy-Noether-Str. 2
79110 FREIBURG
Tel+49 761 49 05 40

Rahel-Hirsch-Str. 10
10557 BERLIN
Tel +49 30 28 87 61 80

10, rue des Pyramides
75001 PARIS
Tel. +33 153 53 46 70