

Droit des zones côtières et Energies Marines Renouvelables : regard critique

Laurent BORDEREAUX

Enseignant-chercheur en droit public à l'université de La Rochelle

Paris, Maison de l'avocat, 1^{er} juillet 2013
Communication (actualisée) à la 21^{ème} Journée RIPERT - AFDM

Même s'il n'y a pas encore d'éoliennes offshore installées en France, on ne peut que constater, depuis quelques années, l'importance de la problématique des Energies Marines Renouvelables (EMR), sur le plan environnemental bien sûr, mais aussi sur le plan industriel et économique, sur le plan de la recherche et enfin sur le plan politique car des volontés sont affichées et des appels d'offre ont été lancés pour l'éolien en mer (appel à manifestation d'intérêt pour l'hydrolien).

Dans ces débats d'une grande actualité, et où les enjeux sont multiples, les questions juridiques sont montées en puissance et occupent une place sans doute déterminante pour qu'un véritable développement des EMR puisse voir le jour en France. Ces questions de droit, apparues tardivement¹, ont parfois été négligées ; on n'a peut-être pas mesuré l'ampleur des problèmes juridiques liés aux EMR. Malgré des efforts de simplification opérés par la loi Grenelle 2 (le fait que les EMR échappent au permis de construire par exemple ainsi qu'à la législation ICPE), tout n'est pas réglé, loin s'en faut.

Le regard proposé est ciblé sur certaines questions relatives au droit du littoral et de la mer côtière, dans un mouvement assez classique, allant de la terre vers la mer. Il y a bien d'autres approches juridiques, que nous n'évoquerons pas : on pense notamment aux aspects liés au droit de l'énergie, au droit fiscal et bien sûr au droit (général) de l'environnement (rappelons

¹ Sur le sujet, voir notamment : A. Sandrin-Deforge, « Aperçu sur la réglementation applicable aux projets éoliens en mer », *BDEI*, juin 2009, p. 37. - C. Roche, « Les éoliennes offshore, la concrétisation ? », *Dr. Env.*, févr. 2012, p. 44. - J.-P. Dagoine, « Les éoliennes en mer », *DMF* 2011, p. 847. - C. Roche et L. Bordereaux, « Du droit du littoral au droit de la mer : quelques questions autour des énergies marines renouvelables », *DMF* 2012, p. 1038. - A. Bonis, *L'implantation des installations énergétiques à l'épreuve du droit. L'exemple des énergies marines renouvelables en mer*, Thèse, université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2013. - CGEDD/CGEJET, *Rapport de la mission d'étude sur les énergies marines renouvelables*, mars 2013. - G. Gueguen-Hallouët et H. Levrel (dir.), *Energies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques*, Actes du colloque de Brest des 11 et 12 oct. 2012, éd. A. Pedone, 2013.

simplement que l'installation d'un champ éolien marin nécessite une étude d'impact et une autorisation au titre de la loi sur l'eau en application du Code de l'environnement). Le récent rapport de la mission d'étude sur les EMR (mars 2013) a bien conscience du poids de l'environnement juridique.

On pourrait être étonné par la présence de questions littorales s'agissant d'EMR. Il faut pourtant garder à l'esprit que le champ d'application du droit du littoral ne s'arrête pas brusquement au trait de côte (dans une logique de GIZC, le droit du littoral a une déclinaison marine, fût-elle imprécise). De surcroît, les raccordements des EMR aux réseaux électriques passent inévitablement par le littoral terrestre.

Dans cette optique, trois angles d'analyse se dessinent : le problème de l'application de certaines dispositions de la loi Littoral du 3 janvier 1986 ; l'appréhension des EMR dans les documents de planification des zones côtières (y compris les documents d'urbanisme) ; et la question du régime gouvernant le domaine public maritime naturel, qui pour le moment a largement vocation à s'appliquer (sauf à s'installer au-delà de la limite des 12 milles marins).

I - EMR ET LOI LITTORAL

Certaines dispositions de la loi ne doivent pas être ignorées. Toutes, bien évidemment, n'ont pas vocation à s'appliquer aux EMR, comme les règles limitant l'urbanisation dans les communes littorales, qui seraient inopérantes devant une juridiction administrative, s'agissant d'EMR. On doit rappeler tout de même que ces règles d'urbanisation s'appliquent clairement aux éoliennes littorales terrestres : c'est ce qu'a jugé la Cour administrative d'appel de Nantes puis récemment le Conseil d'Etat concernant un projet breton de « fond d'estuaire » ; les éoliennes terrestres n'échappent pas à la règle de l'extension de l'urbanisation en continuité des zones urbanisées existantes², ce qui pose des problèmes redoutables. Le législateur a d'ailleurs récemment permis de déroger au principe de l'extension de l'urbanisation en continuité dans les communes littorales d'outre-mer (mais pas en métropole)³.

1. Quoi qu'il en soit, certaines dispositions de la loi Littoral concernent les EMR. Notamment dans la mesure où les ouvrages produisant ces énergies, même loin en mer, doivent être raccordés aux réseaux électriques terrestres, ce qui implique des travaux *sur le rivage (sur l'estran), qui est un espace faisant l'objet d'une protection spéciale* (il faut se référer aujourd'hui à l'article L. 2124-2 du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques, issu de la loi Littoral) : le principe est qu'en dehors des zones portuaires, il ne peut être porté atteinte à l'état naturel du rivage de la mer sauf exceptions limitativement énoncées.

Or, ces exceptions ne visent pas directement les EMR : elles visent les ouvrages de défense contre la mer, les installations nécessaires à la pêche ou aux cultures marines (entre autres), mais pas les EMR. Toutefois, on notera qu'il semble possible d'échapper à cette interdiction avec la dernière dérogation prévue par le texte : à savoir « *les ouvrages liés à l'exercice d'un*

² Article L. 146-4 I. du Code de l'urbanisme. Voir CE, 14 nov. 2012, Sté Néo Plouvien, *AJDA* 2013, p. 308, note G. Eveillard.

³ Article 26 de la loi n° 2013-312 du 15 avr. 2013 sur la transition énergétique, modifiant l'article L. 156-2 du Code de l'urbanisme.

service public ou l'exécution d'un travail public dont la localisation au bord de mer s'impose pour des raisons topographiques ou techniques impératives et qui ont donné lieu à une déclaration d'utilité publique ». La circulaire du 20 janvier 2012 sur la gestion intégrée et durable du DPM s'appuie sur cette dérogation légale pour fonder l'installation des raccordements électriques des EMR. Tout dépend du cadrage du problème : quelle est l'activité de référence, pour laquelle on cherche à mobiliser la dérogation ? Il n'est en effet pas interdit de considérer, dans un cadre assez étroit, que les raccordements électriques des EMR sont liés à un service public (de transport d'électricité) et que leur localisation sur l'estran s'impose pour des raisons techniques impératives pour relier les EMR aux réseaux (dans ce cas, n'oublions pas la déclaration d'utilité publique requise).

Mais, dans une acception un peu plus large, si l'on prend comme activité de référence, cette fois, la production d'électricité par éoliennes, l'identification d'un service public est plus complexe juridiquement⁴, de même que la démonstration du caractère impératif de la localisation (puisque'il peut y avoir techniquement des énergies renouvelables ailleurs qu'en mer). L'interprétation de la circulaire de 2012 n'est certainement pas déraisonnable, mais est-il indispensable qu'elle soit confirmée par un tribunal administratif ? Il aurait été préférable que le législateur modifie la rédaction de cet article protégeant les rivages, comme il l'a fait s'agissant de la bande des 100 mètres, qui est un espace venant juste après les rivages (côté terre) et qui est également concerné par cette question. L'article posant le principe d'inconstructibilité de la bande des 100 mètres a été modifié par la loi Grenelle 2 du 12 juillet 2010 pour prévoir expressément le cas du raccordement des EMR dans les exceptions⁵.

2. L'autre disposition de la loi Littoral qu'il faut évoquer est le fameux **article L. 146-6 du Code de l'urbanisme relatif aux espaces remarquables**. Cet article est l'un des noyaux durs de protection de la loi et donne lieu à un contentieux abondant. Il a une déclinaison marine mais dont les limites sont imprécises et tout à fait discutables ; en tout état de cause, on ne peut pas par principe le cantonner à la terre. Rappelons brièvement qu'un espace est *remarquable* s'il est caractéristique du patrimoine naturel et culturel du littoral et/ou nécessaire au maintien des équilibres biologiques. Le juge administratif se montre aujourd'hui plus strict qu'à une certaine époque sur le caractère remarquable d'un site ; il ne suffit pas d'invoquer son statut de zone Natura 2000⁶ ou de ZNIEFF par exemple⁷.

Les documents d'urbanisme doivent en assurer la protection par un zonage adéquat (N - remarquable dans les PLU), et les autorisations administratives (d'urbanisme mais aussi domaniales) ne doivent bien sûr pas être délivrées en méconnaissance de l'article L. 146-6 (sous peine d'annulation par le juge administratif).

⁴ Voir CE, Ass., avis du 29 avr. 2010, Beligaud, *Rec. Lebon*, p. 126, concl. M. Guyomar.

⁵ Article L. 146-4 III. du Code de l'urbanisme.

⁶ S'agissant des zones Natura 2000 en mer, le dispositif mis en place par les directives oiseaux et habitats-faune-flore (codifié dans le Code de l'environnement aux articles L. 414-1 et s.) ne s'oppose pas par principe à l'installation d'EMR. Voir Commission UE, 29 oct. 2010, *Lignes directrices visant à concilier le développement de l'énergie éolienne et la politique en matière de biodiversité*, IP/10/1450.

⁷ CE, 3 sept. 2009, Commune de Canet-en-Roussillon, *DMF* 2010, p. 169.

Ces espaces sont protégés par un principe d'inconstructibilité, comme l'a clairement indiqué le Conseil d'Etat⁸, mais le législateur a toutefois prévu un tempérament en prévoyant la possibilité d'implanter en espace remarquable des *aménagements légers*. Ces aménagements légers sont définis par voie réglementaire : il faut se référer à un décret du 29 mars 2004, codifié à l'article R. 146-2 du Code de l'urbanisme, qui les énumère de manière limitative.

La problématique des espaces remarquables appliquée aux EMR s'apprécie d'un double point de vue : pour l'installation des EMR et pour leur raccordement au réseau électrique.

La première question posée est donc de savoir si l'article L. 146-6 du Code de l'urbanisme pourrait être opposé à l'installation d'EMR. C'est là une question assez délicate. Il faut être attentif au texte, qui parle d'espaces terrestres *et* marins, ainsi qu'à la jurisprudence administrative, qui, à l'occasion de l'application de PLU littoraux, reconnaît l'existence d'espaces remarquables à caractère marin, comme des herbiers de posidonie (*à caractère marin mais il est vrai très proches des côtes....*).

Le dispositif de l'article L. 146-6 résulte de la loi Littoral et il paraît peu envisageable de l'invoquer (utilement) en pleine mer, c'est-à-dire à plusieurs milles des côtes, là où les projets éoliens se concentrent. On pourrait donc estimer que de tels projets sont hors champ d'application de la loi Littoral, même s'agissant de ses dispositions marines (que l'on doit alors considérer davantage comme côtières que marines). Il reste que l'affaire n'est pas si simple : l'idée de Gestion Intégrée des Zones Côtières, telle qu'elle est définie dans le Protocole de Madrid de 2008 par exemple, pourrait contribuer à étendre en mer les frontières du droit du littoral ; et certaines collectivités locales, dans la confection de leur document d'urbanisme, n'ont pas exclu de s'appuyer sur le réseau Natura 2000 marin (qui peut aller loin en mer) pour identifier leurs espaces remarquables au sens de L. 146-6. Enfin, pour les hydroliennes, qui peuvent être beaucoup plus proches des côtes, on ne peut pas écarter d'emblé l'invocation de la législation sur les espaces remarquables (qui n'exclut pas les espaces sous-marins côtiers, dès lors qu'ils sont remarquables bien sûr).

La deuxième question qui se pose au sujet de la relation « espaces remarquables/EMR » est liée aux ouvrages de raccordement des éoliennes et des hydroliennes au réseau électrique. Ces raccordements étant à l'interface terre/mer, on ne peut ici plaider la thèse de l'inapplicabilité de l'article L. 146-6. Ainsi, lorsqu'une zone d'estran est remarquable (ce qui n'est pas rare : toute la baie du Mont Saint-Michel l'est incontestablement !), le droit des espaces remarquables doit être respecté. Le législateur est récemment intervenu à ce sujet, après quelques hésitations. Avant cette intervention, il était bien difficile, eu égard à la rigueur de la jurisprudence et à la lettre même des textes, d'admettre ces raccordements, même si on l'a fait pour le projet démonstrateur d'hydrolienne du site de Paimpol-Bréhat.

L'apport de la récente loi du 15 avril 2013 sur la « transition énergétique » est incontestablement important : elle modifie l'article L. 146-6 en y ajoutant un alinéa permettant explicitement les raccordements électriques des EMR : *« Peuvent être autorisées*

⁸ CE, 27 sept. 2006, n° 275922, Commune du Lavandou, *Dr. Env.*, déc. 2006, p. 369.

les canalisations du réseau public de transport ou de distribution d'électricité visant à promouvoir l'utilisation des énergies renouvelables ». La loi précise que les techniques utilisées doivent être souterraines et « *toujours celles de moindre impact environnemental* ». En outre, les canalisations en cause ne doivent pas porter atteinte à l'environnement ou aux sites et leur réalisation est soumise à enquête publique. Quoiqu'il en soit et sans surévaluer leur importance, on ne saurait écarter d'un revers de main les questions ayant trait à loi Littoral.

II – EMR ET DOCUMENTS DE PLANIFICATION

Le récent rapport de la mission d'étude sur les EMR de mars 2013⁹ insiste à juste titre sur l'importance de la planification des EMR, qui doit se réaliser dans une logique de Gestion Intégrée des Zones Côtières. Cette planification fait l'objet de débats ; elle doit prendre en compte plusieurs paramètres dont celui de l'acceptabilité sociale des projets (qui n'est pas le volet le plus simple). Cette est une question qui s'apprécie encore d'un double point de vue, dont l'un est à développer.

1. Le premier volet de la planification nous paraît lié, bien en amont, à *l'impulsion politique et administrative*, largement mise en avant. Il nous renvoie aux démarches et travaux entrepris par les services de l'Etat, sous la direction des préfets maritimes et de région compétents, pour déterminer les fameuses zones propices aux EMR, pour l'éolien et pour l'hydrolien. Toute une série d'outils comme le SIG ont pu être mobilisés à cette fin, mêlant des données techniques, juridiques et socio-économiques.

Mais, la planification des EMR ne se limite pas à ce premier volet ; elle doit pouvoir s'insérer dans des *instruments juridiques de planification stratégique et réglementaire*, ce qui pose des questions délicates encore peu développées.

2. La première grande question est de savoir quelle doit être la place des EMR dans les documents d'urbanisme des collectivités locales littorales. Eu égard à certaines velléités régionales fortes, cette problématique n'est pas tout à fait fictive (dans une optique territoriale des questions énergétiques n'excluant pas les initiatives locales). On pense bien sûr aux Plans Locaux d'Urbanisme (PLU) et aux Schémas de Mise en Valeur de la Mer (SMVM). Ce sont là des questions très ouvertes, pour lesquelles les textes en vigueur restent à un degré élevé de généralité.

Les PLU ont une dimension littorale et marine, mais qui ne paraît pas en mesure d'appréhender l'implantation d'EMR loin des côtes. Il faut rappeler quand même que la jurisprudence du Conseil d'Etat a reconnu que le territoire des communes littorales se prolongeait en mer¹⁰ et, dans l'arrêt « Schwetzoff » de 1973, que les opérations d'aménagement du DPM devaient être compatibles avec le plan d'urbanisme en vigueur. On observe également que certains PLU littoraux couvrent, par leur zonage, une bande marine côtière. Toutefois, ce prolongement marin des PLU semble devoir rester côtier et ne pas

⁹ CGEDD/CGEJET, *Rapport de la mission d'étude sur les énergies marines renouvelables*, mars 2013.

¹⁰ Jusqu'à la limite extérieure de la mer territoriale : CE, 20 févr. 1981, Commune de Saint-Quay-Portrieux, *Rec. Lebon*, p. 96.

concerner des projets de pleine mer. Ce n'est pas la vocation des PLU, que l'on ne peut pas dissocier de la politique d'urbanisme et d'aménagement des communes. Cette politique a une déclinaison côtière, en matière portuaire ou de cultures marines (notamment), mais ne semble pas devoir être projetée jusqu'aux limites extérieures des eaux territoriales. Autrement dit, la couverture maritime des PLU ne saurait correspondre au territoire maritime des communes.

Les SMVM ont assurément une ambition marine bien plus importante et ont pu être présentés comme étant des documents d'urbanisme permettant une véritable GIZC. Ils ont incontestablement une réelle dimension littorale et maritime et on doit donc s'interroger sur leur rapport aux EMR.

➤ Rappelons qu'il y a eu deux grandes générations de SMVM : *les « SMVM d'Etat »* (impulsés et approuvés par l'Etat), dont le bilan est assez décevant sur le plan quantitatif (seuls quelques uns ont été adoptés, pour le bassin d'Arcachon et le golfe du Morbihan par exemple) ; et ce qu'on appelle *les « SMVM locaux »*, c'est-à-dire intégrés dans un SCOT (dans un Schéma de Cohérence Territoriale). C'est l'apport de la loi sur le Développement des Territoires Ruraux du 23 février 2005, qui permet aux SCOT littoraux de comporter un chapitre individualisé valant schéma de mise en valeur de la mer. Il est alors porté par un établissement public de coopération intercommunale. Il y a aujourd'hui beaucoup d'attentes autour de ces SMVM locaux qui tardent à voir le jour. Mais c'est dans ce cadre que l'on doit se situer puisque de nouveaux SMVM d'Etat ne semblent plus à l'ordre du jour.

Les textes de référence sur le contenu du SMVM local sont riches : l'article R. 122-3 du Code de l'urbanisme affirme que ce document porte sur une partie du territoire présentant une *unité géographique et maritime* ; il précise les *vocations des différents secteurs de l'espace maritime* ainsi que les conditions de la compatibilité entre les différents usages ; il précise également les mesures de protection du milieu marin, et définit le cas échéant les orientations et principes de localisation des équipements portuaires. On ne peut pas dire qu'il est totalement insusceptible d'appréhender les EMR.

Cela étant, il ne s'agit probablement pas du « bon instrument » de planification des EMR, dans la mesure où il ne semble pas être conçu pour le « grand large » : sa dimension maritime paraît très liée à la relation terre/mer ; d'ailleurs on parle d'unité géographique et maritime présentant des intérêts liés *au regard* des questions littorales. De plus, le périmètre du SMVM local dépend du groupement de communes à l'origine du SCOT, ce qui peut sembler restreint au regard des problématiques spatiales des EMR. Enfin, il y a un encadrement des services de l'Etat, puisque le préfet doit, d'une part, être consulté sur le périmètre du SMVM local et, d'autre part, donner son accord avant que le projet ne soit arrêté. Un SMVM local qui aurait une grande ambition maritime, loin des côtes, et qui s'emparerait de la problématique des EMR, devrait donc convaincre les services de l'Etat...

Dans ces conditions, on est tenté de privilégier l'instrument de planification des zones côtières le plus récent, qu'est le Document Stratégique de Façade.

Il s'agit d'un nouvel instrument de planification stratégique, issu de la loi Grenelle 2 de 2010 et du décret du 16 février 2012 (décret relatif à la stratégie nationale pour la mer et le littoral et aux Documents Stratégiques de Façade)¹¹.

Ces documents devront décliner, pour chacune des quatre façades maritimes retenues, les orientations de la stratégie nationale qui doit être adoptée par décret, après concertation et après avis du Conseil national de la mer et des littoraux. On voit qu'il faut encore du temps... La procédure d'élaboration et d'approbation de ces DSF est largement sous le contrôle des services de l'Etat, précisément sous l'autorité des préfets maritimes et de région concernés.

L'objet du DSF est très large (on raisonne en termes de façade maritime) ; il est modulable d'une façade à l'autre en fonction des circonstances et il paraît bien concerner les EMR (l'un des thèmes de la stratégie nationale de la mer et du littoral est d'ailleurs la valorisation des ressources énergétiques).

Aux termes du décret du 16 février 2012, en dehors de la présentation de la situation de l'existant dans le périmètre de la façade, le DSF définit entre autres les orientations retenues en matière de développement des activités maritimes, mais aussi en matière d'équipement et d'affectation des espaces aux différents usages, *en mer comme sur le littoral*. Il fixe encore les mesures destinées à mettre en œuvre ces orientations et peut définir la vocation particulière de zones déterminées.

On ne comprendrait pas, a priori, que les EMR soient absentes de ces documents, qui restent cependant à élaborer. Le Syndicat des énergies renouvelables propose d'ailleurs de préciser dans le Code de l'environnement que les DSF fixent des objectifs quantitatifs et qualitatifs de développement des EMR. Dans la logique du législateur, ils devraient jouer un *rôle de leadership dans la planification littorale et marine à grande échelle*, puisque les plans, projets et autorisations situés dans le périmètre de la façade devront être compatibles avec le DSF.

III – EMR ET DOMANIALITE PUBLIQUE MARITIME

Cette approche classique est ici incontournable, dès lors que les installations liées aux EMR (installations de production d'électricité et câbles de raccordement électrique) sont implantées sur le *domaine public maritime naturel*, qui fait l'objet d'un régime strict. C'est très largement le cas des projets actuels, qui précisément sont localisés sur le sol de la mer territoriale, qui relève du DPM en application de l'article L. 2111-4 du CGPPP. La limite externe du sol de la mer territoriale correspond à la largeur de la mer territoriale, qui comme on le sait est de 12 milles marins. Au-delà, on ne se situe plus sur le domaine public maritime mais sur le plateau continental (voir conclusion).

1. Les règles qui s'attachent à cet espace sensible et stratégique s'appliquent aux EMR, sans spécificité particulière, ce qui constitue sans doute un problème. Il faut réfléchir à un cadre juridique spécifique aux EMR, avec un volet domanial. Le cadre actuel est assez peu propice

¹¹ L. Bordereaux, « La stratégie nationale pour la mer et le littoral et les documents stratégiques de façade », *Dr. Env.*, mars 2012, p. 100.

à l'essor des EMR, comme le souligne le récent rapport de la mission d'étude de mars 2013. Les EMR viennent « bousculer » le droit administratif des biens en faisant resurgir des questions anciennes, liées aux droits et garanties de l'occupant domanial.

Les grands principes qui régissent le DPM s'appliquent donc : c'est bien sûr l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine mais il semble que les vraies difficultés ne se situent pas au niveau des grands principes.

Ce sont les modalités d'occupation du DPM naturel qui sont susceptibles de poser problème. Il est certain qu'il faut un titre d'occupation adéquat, car les EMR constituent bien ce qu'on appelle une occupation privative du domaine public, nécessitant une autorisation. C'est ce que vient rappeler aujourd'hui le CGPPP de 2006 (art. L. 2122-1) : « *Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous* ».

Le titre adéquat ne peut pas en la matière être une simple Autorisation d'Occupation Temporaire, comme on peut en délivrer par exemple pour un carreau. Il faut une concession adaptée, c'est-à-dire une ***concession délivrée au titre du décret codifié du 29 mars 2004 relatif aux concessions d'utilisation du DPM en dehors des ports*** (articles R. 2124-1 et s. du CGPPP). C'est un décret de « toilettage » d'un régime antérieur datant de 1979. L'innovation est plutôt modeste ; il a été notamment pris pour accueillir les nouveaux usages de la mer, EMR et récifs artificiels, auxquels il s'applique.

Avant d'aborder le contenu du texte, il faut rappeler, plus largement, que le droit du DPM ne se limite pas à quelques textes sectoriels ; on doit raisonner globalement, en prenant en compte tout un faisceau d'éléments, dans le cadre d'une logique de GIZC. Cette logique est de plus en plus prégnante, en droit européen (directive stratégie pour le milieu marin de 2008) et national. En restant sur le terrain domanial, on peut évoquer l'article L. 2124-1 du CGPPP, lequel affirme en substance que « *Les décisions d'utilisation du domaine maritime doivent tenir compte de la vocation des zones concernées ainsi que des impératifs de préservation des sites et paysages et des ressources biologiques* ». On dispose à ce sujet d'une intéressante circulaire ministérielle du 20 janvier 2012 relative à la gestion durable et intégrée du DPM naturel, adressée aux préfets, qui attire l'attention sur l'indispensable analyse territoriale et stratégique des impacts d'un projet sur les autres activités et sur l'environnement, pour juger de la pertinence des demandes. S'agissant des EMR, cette réflexion n'a pas vraiment lieu au stade de la délivrance des titres domaniaux (ce serait un peu tard) ; elle a lieu bien en amont, au stade de la détermination des zones propices. Quoi qu'il en soit, il faut garder à l'esprit qu'un titre domanial peut, entre autres, être contesté au regard des dispositions de cet article.

2. Pour revenir sur le contenu juridique de la concession d'utilisation du DPM naturel, tel qu'il a été fixé par le décret de 2004 (codifié), plusieurs points doivent être évoqués :

- *Le texte rappelle d'abord un certain nombre de **grands principes domaniaux** qui ne semblent pas poser de difficultés particulières, dès lors que l'on en fait une application raisonnable ; les EMR ne remettent pas tout en cause. Ainsi, les dépendances du domaine concédé doivent être liées à l'utilité publique, assez largement entendu, ce qui n'exclut donc pas les EMR : ces*

dépendances doivent être concédées en vue de leur affectation à l'usage du public, à un service public ou à une opération d'intérêt général. La circulaire précitée de 2012 rattache sans souci l'implantation d'EMR à l'intérêt général. Par ailleurs et de manière parfaitement conforme au principe d'inaliénabilité, les terrains concédés restent très clairement dans le DPM (autrement dit les concessions ne sont pas translatives de propriété). Quant à l'autorisation délivrée, elle est, de manière classique, accordée à titre temporaire et révocable par l'administration. On sait que ces caractères, en soi, n'empêchent pas la conclusion de grands contrats publics.

- ***Quelques points de procédure*** : Le titre délivré est un titre de longue durée (30 ans au plus) ; il s'agit d'une concession approuvée par arrêté préfectoral, après instruction administrative menée par la Direction Départementale des Territoires et de la Mer et enquête publique. Plusieurs avis sont requis (logiquement), comme celui du préfet maritime, de la commission nautique compétente, du directeur départemental des finances publiques, ou encore l'avis des communes et regroupements de communes concernés. Ce ne sont pas vraiment les étapes de cette procédure domaniale qui posent problème (si ce n'est que les délais doivent être raisonnables) mais plutôt la superposition de l'ensemble des procédures administratives requises au titre de législations diverses.
- ***Sur le cadre environnemental***, le pouvoir réglementaire, à l'époque, a justement abordé la question du démantèlement des installations en fin d'exploitation. On peut toutefois considérer (neuf ans après) que le décret n'a pas tout réglé, loin s'en faut : le texte mentionne la constitution de **garanties financières** par le titulaire du titre d'occupation « *afin d'assurer la réversibilité effective des modifications apportées au milieu naturel* » ; la convention précise alors les conditions dans lesquelles le préfet met en œuvre ces garanties. Ce sont des points importants, et d'ailleurs la circulaire du 20 janvier 2012 sur le DPM naturel demande aux préfets de veiller à la remise en état des sites à l'expiration des autorisations et au démantèlement des installations. Toutefois, dans le cadre domanial et au titre du dispositif lié à la loi sur l'eau, il faudra aborder de près la question des modalités techniques de remise en état, qui n'est pas non plus sans impact environnemental (pour les éoliennes dites « posées », « flottantes », ainsi que pour les hydroliennes).

Les problèmes de fond du régime domanial mis en place en 2004 sont surtout liés à la faiblesse des dispositions relatives aux **garanties offertes au concessionnaire**. D'abord, on se contente du « minimum syndical » du droit des contrats administratifs en cas de résiliation anticipée de la concession, pour motif d'intérêt général (c'est là un pouvoir classique de la puissance publique). La question de l'indemnisation due au concessionnaire est vite expédiée : « *La convention peut comporter, en cas de révocation pour un motif d'intérêt général, une clause d'indemnisation des investissements non encore amortis* ». C'est court, même si on imagine bien que l'Etat n'utilisera ce pouvoir qu'avec beaucoup de précaution. Ensuite, le texte déçoit sur la question délicate des **droits réels** (qui resurgit !) : on affirme, de manière très laconique (comme dans tous les titres qui portent sur le domaine naturel) que « *la concession délivrée n'est pas constitutive de droits réels* » au sens des dispositions codifiées de la loi du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public. Ces dispositions apparaissent aujourd'hui très problématiques. Certes la loi de 1994, reprise dans

le CGPPP, exclut le domaine naturel de son champ d'application. Cette loi a notamment été votée pour les ports et reconnaît clairement l'existence d'un droit réel portant sur les ouvrages réalisés par l'occupant privatif du domaine public (qui lui confère les prérogatives et obligations du propriétaire dit la loi). Le texte n'est donc pas applicable au domaine naturel (ce dont aujourd'hui on pourrait rediscuter) mais, pour autant, on ne peut croire un instant que le titulaire d'une concession sur le domaine maritime naturel relative à un champ d'éoliennes ne sera pas titulaire de droits réels sur les installations qu'il aura réalisées. Le problème est qu'on se situe hors champ législatif et que la jurisprudence est très insuffisante sur ce sujet¹² (lequel n'est donc plus balisé par le dispositif de la loi de 1994 sur les droits réels). Ainsi, de manière générale, il apparaît que les intérêts des investisseurs, vu les enjeux, sont insuffisamment pris en compte (c'est d'ailleurs la position du Syndicat des énergies renouvelables). On peut toujours exhumer d'anciennes théories savantes du droit des biens pour tenter d'expliquer le régime de la propriété en matière d'EMR mais le problème posé est devenu beaucoup plus global : c'est tout un cadre général afférent aux droits réels « sur » le domaine public maritime naturel qu'il faut construire (envisagé d'ailleurs un temps -mais sans écho particulier- pour les cultures marines). Des investisseurs étrangers (*EDF énergies nouvelles* peut avoir un peu de compréhension pour le droit administratif français) pourraient se montrer réticents devant cette conception un peu archaïque du droit du domaine public naturel.

➤ **CONCLUSION : Fuir les zones côtières pour le grand large ?**

Au-delà des problèmes domaniaux évoqués et des questions liées à l'application de la loi Littoral (et en rejoignant les auteurs du récent rapport de 2013 sur les EMR), *il faut sans doute envisager une intervention d'ensemble du législateur* (et non pas au fil de l'eau) pour sécuriser et favoriser l'essor des EMR en France¹³. La simplification des procédures (thème du guichet unique par exemple) et le raccourcissement des délais ont été évoqués, mais une telle perspective suppose d'aller plus loin : une véritable réflexion d'ensemble sur des sujets longtemps délaissés s'impose (comme la déclinaison marine des documents de planification ou l'idée de droits réels concernant le domaine public naturel). Les EMR auront finalement fait resurgir des questions récurrentes en droit public français. Le projet de loi de programmation sur la transition énergétique, devant être présenté au Parlement (printemps 2014), contiendra-t-il des avancées significatives en la matière ?

Cela étant, dans une perspective qui n'est sans doute pas si lointaine, c'est sur le plateau continental et en zone économique exclusive que les projets d'EMR pourraient se concentrer, c'est-à-dire très au large, en dehors du domaine public maritime. Dans cette optique, il faudra se situer (sur le plan du droit interne) dans le cadre du récent *décret n° 2013-611 du 10 juillet 2013*¹⁴ qui, s'il ne vise pas exclusivement les EMR, permettra (comme nous l'indique la

¹² CE, 27 févr. 1995, Secrétaire d'Etat à la mer c/ Torre, *Rec. Lebon*, p. 109 ; CE, 21 avr. 1997, Ministre du budget c/ Sté Sagifa, *Dr. adm.*, oct. 1997, comm. 316, note Ch. Lavialle ; CE, 7 juin 2010, Montravers, *Dr. adm.*, nov. 2010, comm. 140, note F. Brenet.

¹³ Voir en ce sens les propositions du Syndicat des Energies Renouvelables (droits réels et DPM, raccordement, consultation du public...) : *Accélérer le développement de l'éolien en mer et des autres EMR*, juill. 2013.

¹⁴ Décret relatif à la réglementation applicable aux îles artificielles, aux installations, aux ouvrages et à leurs installations connexes sur le plateau continental et dans la zone économique et la zone de protection écologique

notice) « *d'encadrer l'installation et l'exploitation d'ouvrages de production d'énergie notamment pour produire de l'électricité à partir d'énergies renouvelables au-delà de la mer territoriale* ». Le préfet maritime est en la matière l'autorité administrative de référence ; il est ainsi compétent pour délivrer l'autorisation requise (accordée pour une durée maximale de 30 ans, à titre personnel)¹⁵, le service instructeur demeurant la DDTM, chargée également des consultations prévues et de la publicité. Le décret du 10 juillet 2013 précise le contenu de la demande, dont le dossier devra notamment comprendre, outre une étude d'impact (dans les conditions fixées par l'article R. 122-2 du Code de l'environnement) et, le cas échéant, une évaluation des incidences Natura 2000, « *Les modalités de maintenance et de suivi des impacts sur le milieu marin* » et « *La nature des opérations, en fin d'autorisation ou d'utilisation, permettant de garantir la sécurité maritime, ainsi que la remise en état, la restauration ou la réhabilitation des lieux* »¹⁶ (article 4 du décret). Le projet présenté doit être compatible avec le document stratégique de façade et avec les objectifs environnementaux du plan d'action pour le milieu marin (article 7). On retiendra enfin que l'autorisation délivrée devra notamment comporter « *Les mesures et prescriptions, à la charge du titulaire, propres à assurer la préservation de l'environnement et des biens culturels maritimes, la sécurité de la navigation, à réduire la probabilité et les effets d'un accident et à garantir le bon fonctionnement des îles artificielles, installations et ouvrages* » (article 12)¹⁷.

Au final et au regard du droit interne, le cadre juridique des EMR lointaines (en ZEE et échappant donc totalement au droit du littoral) ne serait-il pas plus efficient et adapté que celui des EMR côtières (sur DPM) ?

ainsi qu'au tracé des câbles et pipelines sous-marins. Ce décret est pris en application de la loi n° 76-655 du 16 juillet 1976 modifiée relative à la zone économique et à la zone de protection écologique au large des côtes du territoire de la république et des articles 56, 60, 79, 80 et 87 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer du 10 décembre 1982.

¹⁵ Aux termes de l'article 14 du décret, « *L'autorisation peut préciser que le titulaire, avec l'accord préalable de l'autorité compétente, peut confier à des tiers, par contrat, une autorisation d'occupation ou d'usage de tout ou partie des installations pour la durée de l'autorisation qui reste à courir. Dans ce cas, il demeure personnellement responsable de l'accomplissement des obligations qui lui sont imposées par l'autorisation initialement délivrée par l'autorité compétente. L'autorisation peut préciser qu'il peut être procédé, pour la durée de l'autorisation restant à courir, au transfert partiel ou total de l'autorisation à la demande de son titulaire, après accord préalable de l'autorité compétente* ».

¹⁶ Ce dossier devra aussi comporter « *La justification des garanties financières proposées afin de préserver la sécurité de la navigation maritime, la protection des biens culturels maritimes et la réversibilité des modifications apportées au milieu naturel et aux ressources biologiques* ».

¹⁷ L'article 13 du décret est relatif au **sort des installations à l'expiration de l'autorisation et aux garanties financières requises** : « *L'autorisation précise que le titulaire procède, à ses frais, à l'enlèvement des îles artificielles, installations, ouvrages et installations connexes à l'expiration de l'autorisation ou, si elle intervient plus tôt, à la fin de l'exploitation ou de l'utilisation. Elle indique que, dès le début de la construction, de l'exploitation ou de l'utilisation, le titulaire, afin d'assurer la sécurité de la navigation, ainsi que la réversibilité des modifications apportées au milieu naturel et aux ressources biologiques après l'expiration de l'autorisation ou la fin de l'exploitation ou de l'utilisation, constitue des garanties financières qui prennent la forme, au choix du titulaire, de l'une de celles décrites aux a, b, d et e du I de l'article R. 516-2 du code de l'environnement. Le montant de ces garanties financières tient compte du coût estimé des opérations de mise en sécurité, de remise en état, de restauration ou de réhabilitation du site* ».