



HAL
open science

Marché des EMR et milieu marin. Contribution à l'étude des spécificités juridiques des énergies marines renouvelables.

Séverine Michalak

► To cite this version:

Séverine Michalak. Marché des EMR et milieu marin. Contribution à l'étude des spécificités juridiques des énergies marines renouvelables.. Droit. Université de Bretagne Occidentale (UBO), Brest; IUEM Institut Universitaire Européen de la Mer, 2016. Français. NNT: . tel-01546185v2

HAL Id: tel-01546185

<https://theses.hal.science/tel-01546185v2>

Submitted on 24 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



THÈSE / UNIVERSITÉ DE BRETAGNE OCCIDENTALE

sous le sceau de l'Université européenne de Bretagne

pour obtenir le titre de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BRETAGNE OCCIDENTALE

Mention : Droit

École Doctorale des Sciences de la Mer

présentée par

Séverine Michalak

Préparée à L'Institut Universitaire Européen de la Mer, Laboratoire Amure

Marché des EMR et milieu marin.
Contribution à l'étude des spécificités
juridiques des énergies marines
renouvelables

Thèse soutenue le 4 mars 2016

devant le jury composé de :

Jacqueline Morand-Deville

Professeure émérite, Université Panthéon Sorbonne, *Rapporteur*

Bernadette Le Baut-Ferrarese,

Maître de conférences HDR, Université de Lyon 3, *Rapporteur*

Annie Cudennec

Professeure, Université de Bretagne Occidentale, *Directrice*

Gaëlle Gueguen-Hallouet

Maître de conférences HDR, Université de Bretagne Occidentale, *Directrice*



REMERCIEMENTS

Je remercie chaleureusement mes directrices de thèse Annie Cudennec et Gaëlle Gueguen-Hallouet pour l'attention et le temps qu'elles ont bien voulu accorder à mes travaux de recherche et de rédaction de thèse. Leurs précieux conseils m'ont été d'un grand soutien tout au long de cette aventure.

Je remercie Mesdames Morand-Deviller et Le Baut-Ferrarese d'avoir accepté d'être membres du jury de thèse.

Je remercie Messieurs Le Morvan et Prieur pour leur écoute et leurs conseils lors du Comité de thèse.

Je remercie également tous les membres du laboratoire AMURE, juristes et économistes, pour leur soutien et leur écoute lors des journées des doctorants, et pour leur stimulation lors des différents séminaires.

Je remercie les membres de la Bibliothèque La Pérouse et plus particulièrement Fanny Barbier.

Je remercie mes chers collègues doctorants et docteurs, ainsi que mes amis, pour leur présence et leur soutien et plus particulièrement Vincent, Mathilde et Yohann.

Enfin je remercie Qusay ainsi que ma mère, mon frère et ma sœur, pour leur indéfectible soutien.

SOMMAIRE

Première partie

L’empreinte du milieu marin sur le marché de l’électricité EMR

Titre I. La complexité de l’accès au marché de l’électricité EMR

Chapitre I. La régulation et le contrôle de l’accès au marché de l’électricité EMR

Chapitre II. Les entraves à l’accès au marché de l’électricité EMR

Titre II. La singularité du marché de l’électricité EMR

Chapitre I. Le marché de la production d’électricité EMR

Chapitre II. Le marché de la vente d’électricité EMR

Seconde partie

L’empreinte du marché de l’électricité EMR sur le milieu marin

Titre I. La contribution du marché de l’électricité EMR à la valorisation du milieu marin

Chapitre I. La valorisation économique du milieu marin

Chapitre II. La valorisation éthique du milieu marin

Titre II. Le marché de l’électricité EMR source de contraintes pour le milieu marin

Chapitre I. Le marché de l’électricité EMR source de contraintes pour l’environnement marin

Chapitre II. Le marché de l’électricité EMR source de contraintes pour l’espace marin

SIGLES ET ABBREVIATIONS

ADEME	Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie
Aff.	Affaire
AIFM	Autorité internationale des fonds marins
AIS	Système d'identification automatique
AMI	Appel à manifestation d'intérêt
AMP	Aire marine protégée
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique-Droit administratif</i>
BEI	Banque européenne d'investissement
BSH	<i>Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie</i>
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
Cass.	Cour de cassation
CCRCS	Comité consultatif du Registre du commerce et des sociétés
C. Civ.	Code civil
CDB	Convention sur la diversité biologique
CE	Communauté européenne
CE	Conseil d'État
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CEDH (note de bas de page)	Arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme
C. env.	Code de l'environnement
CGI	Code général des impôts
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques (ou CG3P)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes (jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1 ^{er} décembre 2009)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne (depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne)
CLE	Commission Locale de l'Eau
CMB	Convention de Montego Bay
CNDP	Commission nationale du débat public
CNUDM	Convention des Nations Unies sur le droit de la mer

COLREG	Convention sur le règlement international de 1972 pour prévenir les abordages en mer
COM	Collectivités d'outre-mer
COMOP	Comité opérationnel
Cons. const.	Conseil constitutionnel
COWRIE	<i>Collaborative Offshore Wind Research Into the Environment</i>
CRE	Commission de régulation de l'énergie
CSPE	Contribution au service public de l'électricité
CROSS	Centre régional opérationnel de surveillance et de sauvetage
DCE	Directive cadre sur l'eau
DCSMM	Directive cadre Stratégie pour le milieu marin
DIRM	Direction interrégionale de la mer
DOM	Département d'outre-mer
DPM	Domaine public maritime
DST	Dispositif de séparation de trafic
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
EDF	Électricité de France
EMR	Énergies marines renouvelables
ERDF	Électricité Réseau Distribution de France
ETM	Énergie thermique des mers
FEDER	Fonds européen de développement régional
FERC	<i>Federal Energy Regulatory Commission</i>
FSA	Évaluation formelle de la sécurité
GIML	Gestion intégrée de la mer et du littoral
GIZC	Gestion intégrée des zones côtières
HVDC	<i>High Voltage Direct Current</i>
ICPC	<i>International Cable Protection Committee</i>
ICPE	Installation classée pour la protection de l'environnement
JCP	<i>Jurisclasseur périodique- La Semaine juridique</i>
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne (depuis l'entrée en vigueur du Traité de Nice)
LEMA	Loi sur l'Eau et les Milieux Aquatiques
MOP	Maîtrise d'œuvre publique
MOU	<i>Memorandum of understanding</i>

NPC	Nouveau code de procédure civile
NEPA	<i>National Environmental Policy Act</i>
NER	New Entrant Reserve
NIMBY	<i>Not In My Back Yard</i>
ONU	Organisation des Nations Unies
OEAJ	Association Japonaise des Énergies Océaniques
OMI	Organisation maritime internationale
OPAC	<i>Ocean Policy Advisory Council</i>
PAC	Politique agricole commune
PAE	Programme d'action pour l'environnement
PE	Parlement européen
PEID	Petits États Insulaires en Développement
PEER	Programme énergétique européen pour la relance
PIM	Plan d'intervention maritime
PLU	Plan local d'urbanisme
POPE (loi)	Programmation de l'orientation pour la politique énergétique
POS	Plan d'occupation des sols
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
PPE	Programmation Pluriannuelle de l'Énergie
PPI	Programmation Pluriannuelle des Investissements
PSM	Planification spatiale maritime
PSSA	<i>Particularly Sensitive Sea Areas</i>
PTF	Proposition technique et financière
REZ	<i>Renewable energy zone</i>
<i>RJE</i>	<i>Revue juridique de l'environnement</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RDT com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
RTE	Réseau de transport de l'électricité
SAL	Schéma d'aménagement du littoral
SAS	<i>Surfers against sewage</i>
SAUM	Schéma d'aptitude et d'utilisation de la mer
SCOT	Schéma de cohérence territoriale
SAGE	Schéma d'Aménagement et de Gestion des Eaux

SDAGE	Schéma Directeur d'Aménagement et de Gestion des Eaux
SMVM	Schéma de mise en valeur de la mer
SRCAE	Schémas Régionaux Climat Air Énergie
SSSI	<i>Sites of Special Surfing Interest</i>
T. Confl.	Tribunal des conflits
TCE	Traité sur la Charte de l'énergie
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TIDM	Tribunal international du droit de la mer
TOR	<i>Tradable occupation rights</i>
TSPAC	<i>Territorial Sea Plan Advisory Committee</i>
TUE	Traité sur l'Union européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UE	Union européenne
UNESCO	United Nations educational scientific and cultural organization
WAR	<i>Waves are resources</i>
ZDE	Zone de développement éolien
ZEE	Zone économique exclusive
ZPE	Zone de protection écologique
ZPS	Zone de protection spéciale
ZSC	Zone spéciale de conservation

INTRODUCTION

« Ils allaient, semblables à une bourrasque de vents sauvages qui, au son du tonnerre de Zeus Père, s'élança vers le sol, et, dans un tumulte prodigieux, se mêle aux flots- et alors par milliers les vagues bouillonnantes de la mer retentissante, gonflées et écumantes, se succèdent, les unes devant, les autres derrière. De même les Troyens, les uns devant, en rang, les autres derrière, resplendissants de bronze, suivaient leur chef ».

Homère, *L'Iliade*, Chant XIII.

La force des vagues sous l'impulsion des vents illustre dans *l'Iliade* l'énergie insufflée à l'armée des Troyens par leur chef¹. Au-delà des images marines symboliques employées par Homère, à travers les rôles d'Éole et de Poséidon, dieux du vent et de la mer, l'utilisation des forces océaniques est très ancienne. Le premier témoignage d'emploi du bateau à voile date de l'an 3 500 avant J.-C. La diffusion du bateau à voile contribua largement au développement économique des sociétés anciennes². La découverte de ce « convertisseur artificiel³ » d'énergie, parallèlement à celle des moulins à eau et à vent, ne parvint pas cependant à « changer la structure énergétique fondamentale des sociétés préindustrielles⁴ ».

L'idée de recourir aux forces de la mer pour produire de l'énergie électrique date de la fin du XIXe siècle. L'abbé Le DANTEC imagine le moteur à vagues en 1886⁵. Quelques dispositifs de récupération de l'énergie produite par le mouvement des vagues sont évoqués dans l'ouvrage d'Alphonse BERGER, *Vagues et marées* de 1923. L'énergie thermique des mers voit ses premières réalisations scientifiques concrètes grâce à Georges CLAUDE dès 1926, après

¹ A. BONNAFE, *Poésie, Nature et Sacré. Tome I. Homère, Hésiode et le sentiment grec de la nature*. Lyon, Maison de l'Orient et de la Méditerranée Jean POUILLOUX, 1984, p. 29.

² C.M. CIPOLLA, « Sources d'énergie et histoire de l'humanité », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, 16^e année, n°3, Mai- Juin 1961, pp. 521-534, spécialement p.528 : Le bateau à voile, ainsi que le moulin à eau et à vent, sont trois « machines » qui ont permis à l'homme de capter de nouvelles sources d'énergie. En Europe, le moulin à eau existait dès l'Antiquité classique.

³ *Ibid.* pp.527 et 528 : l'auteur désigne par le terme « convertisseur » un « objet » recueillant telle ou telle forme d'énergie et la transforme en une autre forme : la machine à vapeur par exemple est un convertisseur transformant une forme brute d'énergie – le charbon- en une énergie mécanique utile. Aux « convertisseurs biologiques » d'énergie tels que l'homme, les plantes, les animaux ont succédé les « convertisseurs artificiels » tels que le bateau à voile, les moulins à eau et à vent, puis la machine à vapeur, le moteur à explosion, les centrales hydro-électriques.

⁴ Des raisons techniques ou militaires limitèrent l'usage et l'efficacité de la navigation à voile.

⁵ <http://hmf.enseeiht.fr/travaux/CD9899/travaux/optsee/hym/nome04/pa01.htm>, S. PLEYBER et O. BERSOUX, Récupération de l'énergie de la houle.

quelques tentatives infructueuses⁶. La ténacité de Georges Claude fut alors saluée, notamment par Maurice d'Ocagne de l'Académie des Sciences : « N'écoutons pas les pessimistes qui, portés à l'exagération des critiques que toute œuvre humaine est appelée à encourir, se font un plaisir de mettre en relief tous les obstacles auxquels pourra se heurter ce mode nouveau, si intéressant, de production d'énergie⁷ ». Comme l'exprime le professeur CATALA, « les sources premières d'énergie existaient bien à l'état latent dans les éléments d'Aristote, mais leur exploitation eût exigé des techniques que les Anciens ne possédaient pas⁸ ». Comme le rappelle l'exposé des motifs du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, « L'histoire de l'humanité est depuis bien longtemps indissociable de la maîtrise de nouvelles sources d'énergie (...) porteuses (...) de grands changements et de pouvoirs inédits de transformation du monde »⁹.

Les techniques de production d'énergie marine renouvelable (EMR) se sont ainsi perfectionnées tout au long du XXe siècle. Elles permettent d'exploiter, de mettre en valeur l'énergie primaire ou ressource énergétique pour la transformer en énergie secondaire, notamment en électricité. La notion d'exploitation en matière énergétique recouvre « l'ensemble des actes permettant de transformer une ressource quelconque (énergie d'un cours d'eau, force mécanique du vent, gîte géothermique) en énergie finale ou secondaire (électrique, gaz, chaleur) ». L'exploitation peut déboucher sur une autoconsommation de l'énergie produite ou sur sa commercialisation sur un marché en vue d'en retirer des revenus. L'activité économique d'exploitation de la ressource en vue de la transformer en énergie secondaire, autrement dit l'activité de production d'énergie est ainsi distincte de la phase de commercialisation ou de « mise sur le marché »¹⁰.

Cette notion d'exploitation en tant qu'acte de transformation est retranscrite dans La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM), signée à Montego Bay, en

⁶ R. BAILLOT, *Georges Claude, Le génie fourvoyé*, EDP Sciences, 2010, pp.260 et s : Georges Claude tente une première expérience d'exploitation de l'énergie thermique de la mer en 1929 à Cuba sur le site de Matanzas, qui échoue suite à des dommages au tube censé remonter les eaux glacées du fond de l'océan. Puis il tente une deuxième expérience, une troisième, qui échouent également. Il gagne enfin à la quatrième tentative en septembre 1930. Cet exploit est remarquable pour l'époque, même si Georges Claude ne produit à Cuba que 22kw pendant 11 jours avant qu'une tempête ne détruise la conduite d'eau froide. Il reste cependant optimiste, et déclare dans un film tourné à Cuba sur ses exploits et projeté lors d'une conférence à Polytechnique le 22 janvier 1931 que sa nouvelle invention « fournira une force motrice en quantité formidable, suffisante pour tous les besoins futurs de l'humanité ». Il annonce alors une prochaine usine de 25 000 kW sur la côte sud, à Santiago de Cuba.

⁷ Conclusion de l'exposé de Maurice d'Ocagne de l'Académie des Sciences *l'Énergie thermique des mers captée par Georges Claude* publié dans le *Figaro* du 11 octobre 1930, Archives de l'Académie des Sciences, Paris.

⁸ P. CATALA, « La matière et l'énergie », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz 1999, p. 558.

⁹ NOR : DEVX1413992L/Bleue-1. Loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (JORF n°0189 du 18 août 2015 page 14263).

¹⁰ B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, 2^e éd. Éditions Le Moniteur 2012, p.79 ; M. LAMOUREUX, « Le bien énergie », *RTD Com.* 2009, p.239.

Jamaïque, le 10 décembre 1982 et entrée en vigueur le 16 novembre 1994. L'article 56 pose le principe de droits souverains des États quant aux activités tendant à l'exploration et à l'exploitation de la zone économique exclusive (ZEE) à des fins économiques, telle que la production d'énergie à partir de l'eau, des courants et des vents. Il vise tant « les ressources biologiques à l'état de nature que les ressources acquises par l'utilisation de techniques ou par transformation de certains éléments du milieu naturel telles que la production d'énergie ou le dessalement de l'eau de mer¹¹».

L'évocation des EMR désigne ainsi les ressources primaires, les ressources énergétiques renouvelables. L'exploitation des ressources énergétiques nécessite une autorisation spéciale de l'autorité énergétique dans la majorité des pays industrialisés et non industrialisés en raison de leur importance stratégique liée à la défense de la souveraineté des États¹². On emploie aussi l'expression « source d'énergie ». Les EMR sont aussi des ressources renouvelables. La ressource renouvelable est une ressource naturelle dont les réserves sont normalement inépuisables, parce qu'elle se reproduit en continu. La ressource énergétique marine renouvelable se caractérise, avant de devenir de l'énergie mécanique puis électrique, par l'énergie cinétique du vent marin exploitée grâce aux turbines éoliennes offshore, posées ou flottantes, par l'énergie cinétique des courants de marées via les centrales marémotrices ou les courants marins grâce aux hydroliennes, par l'énergie cinétique des vagues à l'aide des engins houlomoteurs, par l'énergie thermique des mers (utilisation de la différence de température entre les eaux profondes et les eaux de surface), par l'énergie osmotique (exploitation de la différence de salinité des eaux douces et salées) et enfin par l'énergie de la biomasse marine¹³. La technologie révèle néanmoins ses limites. En effet, le potentiel exploitable des ressources EMR au regard des techniques actuelles est bien inférieur au potentiel théorique.

Le potentiel *théorique* de la production d'électricité à partir de l'ensemble des EMR a été évalué à 2,34 millions de TWh/an¹⁴. Ce potentiel est néanmoins difficilement exploitable en totalité en

¹¹ L. LUCCHINI, « Zone économique exclusive » *Rép. De droit. Intern. Dalloz*, déc. 1998, n°35.

¹² S. BANDOKI, *Dictionnaire international du droit, de l'économie, et de la politique des ressources naturelles*, Éditions Edilivre, Paris 2009.

¹³ L'énergie osmotique et celle de la biomasse, encore embryonnaires, ne seront pas développées ici.

¹⁴ Le watt exprime la *puissance* électrique d'une machine, c'est-à-dire sa capacité moyenne à produire de l'électricité au temps T, que l'engin soit au repos ou produise effectivement de l'électricité. Nous utiliserons donc des watts lors de l'inventaire des différents projets en cours d'implantation ou effectivement construits. En revanche la production effective d'électricité par cette machine est évaluée à l'heure. On exprime ces valeurs en watt par heure (Wh) et leurs multiples. Mais l'on applique un facteur de charge pour tenir compte de la période dans l'année où l'engin produit réellement de l'électricité. Par exemple, une turbine éolienne offshore d'une *puissance* de 6 MW a la capacité de produire environ 21 GWh par an. Le facteur de charge d'une unité de production électrique est le ratio entre l'énergie qu'elle produit sur une période donnée et l'énergie qu'elle aurait produite durant cette période si elle avait constamment fonctionné à puissance nominale (puissance la plus élevée qu'une unité de production peut délivrer). Ce facteur de charge fluctue notablement selon les technologies : il est d'environ 40% pour l'éolien en mer contre 23% pour l'éolien terrestre.

raison des nombreuses contraintes physiques et économiques, telles que l'éloignement de la côte, aggravant le coût du raccordement électrique des parcs EMR aux réseaux électriques terrestres, le coût des investissements à consentir pour ces technologies encore loin d'être toutes matures et celui des subventions nécessaires au rachat de l'énergie. La recherche de sites propices à l'exploitation des EMR s'impose ainsi, en dépit d'une apparente abondance de la ressource. Ainsi, le potentiel *techniquement* exploitable de l'ensemble des EMR dans le monde est estimé au maximum à 108 000 TWh/an. Parmi les EMR notamment, le potentiel théorique mondial de l'éolien en mer est évalué à 340 000 TWh par an, tandis que son potentiel techniquement exploitable est de 16 000 TWh par an, celui de de l'énergie des vagues à 32 000 TWh par an, alors que son potentiel techniquement exploitable est évalué à un peu moins de 6 000 TWh par an¹⁵. Ce potentiel exploitable est susceptible de satisfaire la totalité de la consommation mondiale d'électricité qui a été estimée à 21 538 TWh en 2013¹⁶.

La maîtrise technologique des énergies marines renouvelables ne peut toutefois réellement s'accomplir sans un contexte réglementaire favorable. La CNUDM octroie certes aux États côtiers des droits souverains et des compétences pour exploiter les EMR. Sans compter la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de Stockholm du 16 juin 1972, c'est principalement la CNUDM qui a amorcé la promotion des énergies renouvelables telles que l'énergie produite « à partir de l'eau, des courants, et des vents » dans son article 56¹⁷.

Il manquait toutefois l'impulsion née de la prise de conscience de l'urgence climatique et de la mise en place d'objectifs contraignants de production d'énergie renouvelable par l'Union européenne, qui joue un rôle moteur.

¹⁴ L'énergie osmotique et celle de la biomasse, encore embryonnaires, ne seront pas développées ici.

¹⁵ A. G. L. Borthwick, « Marine Renewable Energy Seascape », *Engineering* 2 (2016) 69–78.

¹⁶ Source Agence internationale de l'énergie (IEA).

¹⁷ C. BOITEAU *op.cit.* p. 9. La professeure C. BOITEAU rappelle aussi que les énergies renouvelables sont absentes des conventions internationales avant le Sommet de la terre de Rio de 1992. Ce n'est qu'indirectement qu'elles sont mentionnées. La CNUCC de 1992 ne mentionne que la biomasse, mais pour son rôle de captation des GES et non comme source d'énergie renouvelable. Il faut attendre le protocole à la CNUCC, signé à Kyoto le 11 décembre 1997 pour voir les énergies renouvelables clairement promues comme moyen d'atteindre les objectifs de réduction des GES (art.2). L'article 19 d) du Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE) du 17 décembre 1994 invite les États parties à développer les énergies renouvelables.

I- Les fondements des sources internationales et européennes des EMR

Selon la professeure Claudie BOITEAU¹⁸, « climat (A) et marché (B) constituent les deux principaux fondements des sources internationales et européennes de l'essor des énergies renouvelables », et partant des EMR.

A- Le climat

Les énergies renouvelables ont commencé à devenir une priorité pour l'Union européenne lors des premiers engagements pour le climat. La CCNUCC (Convention Cadre des Nations unies sur le changement climatique) de 1992, bien qu'elle n'évoque que la biomasse comme seule SER (source d'énergie renouvelable), est le premier texte à imposer à ses signataires, dont tous les pays européens, de mettre en place des programmes nationaux de réduction de gaz à effet de serre. Le Protocole de Kyoto adopté le 11 décembre 1997 a posé le principe d'une réduction globale par rapport à 1990 de 5,2% des émissions de GES pendant la première période d'engagement (2008-2012)¹⁹. Dans ce protocole, le recours aux énergies renouvelables est expressément cité comme l'un des moyens pour atteindre ces objectifs. La Commission européenne a ainsi présenté le 23 janvier 2008 son « Paquet Énergie Climat »²⁰ qui prévoit notamment, pour les vingt-sept pays membres, un objectif global de 20% d'énergies renouvelables dans la consommation d'énergie finale d'ici à 2020 et qui a donné lieu à l'adoption de la directive 2009/28/CE du 23 avril 2009 sur la promotion des énergies

¹⁸ C. BOITEAU, « Mise en perspective des fondements internationaux et européens du droit de l'énergie renouvelable », in *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques*. Sous la dir. de G. GUEGUEN-HALLOUET et H. LEVREL, Actes du colloque de Brest. 11 et 12 octobre 2012, Éditions Pédone 2013, p.8.

¹⁹ Rappelons qu'après la création du GIEC (Groupement Intergouvernemental sur l'évolution du climat) en 1988, est signée à Rio une convention cadre sur le changement climatique en juin 1992 (entrée en vigueur le 21 mars 1994), contraignant les pays signataires à mettre en place des programmes nationaux de réduction de gaz à effet de serre (GES). Le Protocole à cette convention signé à Kyoto le 11 décembre 1997 fixe des objectifs concrets de réduction des émissions de GES à hauteur de 5,2% entre 2008 et 2012 par rapport aux niveaux de 1990. Après l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto le 16 février 2005, s'impose une vision à plus long terme avec le Plan de Bali en 2007, puis la validation à Copenhague en 2009 d'un objectif commun visant à contenir le réchauffement climatique à 2°C. Le Sommet de Cancun en 2010 voit la création d'outils dédiés tels que le Fonds vert pour le climat.

²⁰ Le Paquet Énergie-Climat comprend la Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, la Directive 2009/29/CE du Parlement et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, la Directive 2009/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative au stockage géologique du dioxyde de carbone et modifiant la directive 85/337/CEE du Conseil, les directives 2000/60/CE, 2001/80/CE, 2004/35/CE, 2006/12/CE et 2008/1/CE et le règlement (CE) no 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil ; Déc. n° 406/2009/CE du parlement européen et du conseil du 23 avril 2009 relative à l'effort à fournir par les États membres pour réduire leurs émissions de gaz à effet de serre afin de respecter les engagements de la Communauté en matière de réduction de ces émissions jusqu'en 2020 (+ règlement (CE) n° 443/2009 du parlement européen et du conseil du 23 avril 2009 établissant des normes de performance en matière d'émissions pour les voitures particulières neuves dans le cadre de l'approche intégrée de la Communauté visant à réduire les émissions de CO2 des véhicules légers).

renouvelables, modifiant puis abrogeant la directive 2011/77 du 27 septembre 2001 sur l'électricité de source renouvelable²¹. La directive de 2009 établit clairement le lien entre les objectifs climatiques et le développement des énergies renouvelables. L'article 2 de la directive 2011/77 mentionnait, parmi la liste des sources d'énergies non fossiles²² renouvelables, l'énergie houlomotrice, marémotrice, éolienne...mais sans toutefois les définir, et en omettant les énergies thermique et osmotique. La directive 2009/28 dans son 11^e considérant, invitant à une définition de règles claires afin de préciser quelles sont les sources d'énergie renouvelables, propose d'inclure « l'énergie présente dans les océans et les autres masses d'eau sous forme de vagues, de courants marins, de marées, de gradients thermiques des océans ou de gradients de salinité ».

L'article 2 de cette directive ne détaille pas les sources d'énergie marine renouvelables mais indique simplement que l'énergie marine figure au nombre des énergies produites à partir de sources non fossiles renouvelables, aux côtés notamment de l'énergie éolienne, solaire et hydroélectrique. Elle ne reprend pas la définition précise des énergies marines renouvelables qu'elle propose dans son 11^e considérant. Finalement, la directive 2009/28 préfère certainement laisser aux États le soin de définir eux-mêmes ce qu'ils entendent par « source d'énergie marine renouvelable ». Sur le plan national, l'article L.211-2 du code de l'énergie ne donne qu'une liste des énergies renouvelables : « les sources d'énergies renouvelables sont les énergies éolienne, solaire, géothermique, aérothermique, hydrothermique, marine et hydraulique, ainsi que l'énergie issue de la biomasse, du gaz de décharge, du gaz de stations d'épuration d'eaux usées et du biogaz. La biomasse est la fraction biodégradable des produits, déchets et résidus provenant de l'agriculture, y compris les substances végétales et animales issues de la terre et de la mer²³, de la sylviculture et des industries connexes, ainsi que la fraction biodégradable de la fraction industriels et ménagers ». Ainsi, le code classe les sources d'énergie marine parmi les sources d'énergies renouvelables, mais sans les définir.

²¹ Directive n°2001/77/CE du 27 septembre 2001 relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité, JOUE n°L383 du 27 octobre 2001.

²² B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, Ed. Le Moniteur Paris 2012, p.22 : Les énergies renouvelables sont ainsi définies en priorité en opposition aux énergies fossiles. Les énergies fossiles sont des « ressources énergétiques qui se sont constituées sur des millions d'années et qui ont été conservées dans la roche terrestre par enfouissement ou infiltration. Partant, il a été établi que les principaux gisements fossiles d'énergie sont le pétrole, le gaz naturel, le charbon et l'uranium. Or ces derniers, tous stockés dans la roche terrestre, s'y trouvent aussi en quantité limitée ». Ainsi, l'énergie de source renouvelable, a contrario de l'énergie d'origine fossile, « doit être présumée intarissable ».

²³ L'énergie issue de la biomasse marine, soit la production de carburants à partir des micro et macro-algues, ne sera pas étudiée au cours de la thèse. (Appelée 3^{ème} génération de biocarburants, les biocarburants pouvant être produits « à partir de la biomasse algale autotrophe, c'est-à-dire utilisant la photosynthèse par opposition à l'hétérotrophie, qui demande un apport de carbone externe comme le sucre. Certaines espèces microalgues peuvent en effet accumuler le CO² de la photosynthèse sous forme de lipides, dont la teneur peut atteindre jusqu'à 30% de matière sèche. De nombreux verrous limitent la viabilité économique et environnementale de la filière de production de carburants à partir de microalgues »(www.ifpEnergiesnouvelles.fr/Axes-de-recherche/Energies-renouvelables/Carburants-ex-biomasse))

Le développement des énergies renouvelables est désormais consacré au niveau juridique le plus élevé dans le cadre du titre XXI (article 194) du TFUE, relatif à la politique énergétique de l'UE²⁴. L'Union européenne a ratifié très rapidement l'Accord de Paris adopté le 12 décembre 2015 qui a permis l'entrée en vigueur dès le 4 novembre 2016 du tout premier accord multilatéral universel sur le climat engageant les États parties à communiquer leurs contributions nationales tous les cinq ans et à relever progressivement leur niveau d'ambition. L'Accord de Paris vise à contenir l'élévation de la température globale moyenne de la planète entre 1,5°C et 2°C par rapport aux niveaux préindustriels (1870).

Dans le cadre de sa stratégie pour une Union de l'énergie²⁵, la Commission européenne a proposé dans la foulée un paquet de mesures visant à ce que l'Union européenne remplisse ses engagements de réduction de ses émissions de CO₂ d'au moins 40% d'ici 2030 et devienne le leader mondial de la transition énergétique, notamment dans le domaine des EnR²⁶, celles-ci devant représenter au moins 27% de l'énergie consommée dans l'UE d'ici 2030²⁷. Le Parlement et le Conseil ont ensuite conclu le 14 juin 2018 un accord provisoire avec les États membres sur la part d'énergie produite à partir de sources renouvelables d'au moins 32% de la consommation finale brute de l'UE en 2030, au lieu des 27% précédemment négociés, avec une clause de révision à la hausse d'ici 2023²⁸. Cet accord a été confirmé par le Parlement européen le 13 novembre 2018.

²⁴ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JOUE 26 octobre 2012, C 326/47). Article 194 1 c).

²⁵ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance de l'union de l'énergie, modifiant la directive 94/22/CE, la directive 98/70/CE, la directive 2009/31/CE, le règlement (CE) n° 663/2009, le règlement (CE) n° 715/2009, la directive 2009/73/CE, la directive 2009/119/CE du Conseil, la directive 2010/31/UE, la directive 2012/27/UE, la directive 2013/30/UE et la directive (UE) 2015/652 du Conseil, et abrogeant le règlement (UE) n° 525/2013, COM(2016) 759 final 30.11.2016; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des régions et à la Banque européenne d'investissement du 25 février 2015 « Paquet Union de l'énergie, Cadre stratégique pour une Union de l'énergie résiliente, dotée d'une politique clairvoyante en matière de changement climatique » COM (2015) 80 Final.

²⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des régions et à la Banque européenne d'investissement du 30 novembre 2016 « Une énergie propre pour tous les Européens », COM (2016) 860 Final.

²⁷ Cet objectif a été fixé dans le Cadre d'action pour le climat et l'énergie à horizon 2030 approuvé par le Conseil européen en octobre 2014. La Commission a proposé une révision de la directive Énergies renouvelables 2009/28/CE (COM (2016)767). Le développement des énergies renouvelables constitue un des volets de la politique énergétique de l'Union européenne, consacrée à l'article 194 du TFUE (Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

²⁸ <http://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20180614IPR05810/nouvel-objectif-de-32-d-energies-renouvelables-d-ici-2030>

B- Le marché

Outre la politique climatique, l'essor des EMR, en tant qu'énergies renouvelables, s'appuie également sur le marché. Le développement des énergies renouvelables est étroitement lié au fonctionnement du marché intérieur de l'UE. L'article 194 TFUE dispose en effet que la promotion du développement des énergies renouvelables, figurant parmi les objectifs de la politique énergétique, s'effectue dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur, tout en tenant compte de l'exigence de préserver et d'améliorer l'environnement. Le ton est donné, traduisant parfois la difficile articulation entre certaines politiques de l'UE, et notamment, comme nous le verrons, entre la politique énergétique durable et la libre circulation des marchandises, ingrédient majeur du bon fonctionnement du marché intérieur, ou la politique de concurrence. Selon la professeure Claudie BOITEAU²⁹, « climat et marché constituent les deux principaux fondements des sources internationales et européennes de l'essor des énergies renouvelables ». Selon la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009³⁰, composante du 3^e Paquet Énergie³¹, et qui vise la réalisation d'un marché de l'électricité durable, « un marché intérieur de l'électricité qui fonctionne bien devrait donner aux producteurs les incitations appropriées à l'investissement dans les nouvelles capacités de production d'énergie, y compris d'électricité produite à partir de sources renouvelables »³².

L'histoire de l'organisation du marché de l'électricité a oscillé entre l'initiative privée et la prise en charge par le secteur public, entre marché monopolistique et marché concurrentiel. A l'origine, c'est l'initiative privée et la concurrence qui régnaient au sein du marché de l'électricité et qui ont permis la mise en place de systèmes électriques plus ou moins structurés, bien que le Royaume Uni ait d'abord connu une intervention très précoce de l'État dans l'organisation de son système électrique pour ensuite le libéraliser, bien avant l'Union

²⁹ C. BOITEAU, « Mise en perspective des fondements internationaux et européens du droit de l'énergie renouvelable », in *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques*. Sous la dir. de G. GUEGUEN-HALLOUET et H. LEVREL, Actes du colloque de Brest. 11 et 12 octobre 2012, Éditions Pédone 2013, p.8.

³⁰ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, JOUE L211/55 du 14 août 2009.

³¹ Le 3^e Paquet Énergie comprend aussi la Directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE (JOUE L211/94 du 14 août 2009), le Règlement CE n°713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (JOUE L211/1 du 14 août 2009), le Règlement CE n°714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité (JOUE L211/15 du 14 août 2009), le Règlement CE n°715/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau de transport de gaz naturel et abrogeant le Règlement (CE) n°1775/2005 (JOUE L211/36 du 14 août 2009).

³² Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE du 26 juin 2003, elle-même ayant abrogé la directive 96/92 du 19 décembre 1996.

européenne. En France, le caractère d'intérêt général de l'électricité devenant de plus en plus prégnant, les pouvoirs publics ont commencé à intervenir sur ce marché afin d'assurer une couverture en électricité de l'ensemble du territoire national et de rendre ses tarifs plus abordables. La nécessité de l'intervention étatique s'est affirmée après la seconde guerre mondiale parce que l'électricité était devenue une activité d'intérêt général et parce que les entrepreneurs privés se montraient davantage préoccupés par des profits à court terme que par un maillage du territoire structuré et cohérent. Ainsi, la mainmise de l'État sur la quasi intégralité des acteurs du marché de l'électricité s'est confirmée jusqu'à ce que l'État devienne lui-même un acteur lors du vote de la loi de nationalisation du 8 avril 1946³³. Le renforcement du contrôle de l'État s'est exercé sur tous les segments du secteur de l'électricité, de la distribution jusqu'à la production, en passant par le transport, ce qui a permis au secteur électrique « d'accéder à une maturité qu'il aurait plus difficilement ou du moins plus tardivement atteinte s'il avait été laissé entre les mains des acteurs privés »³⁴. Néanmoins le monopole d'EDF en matière de production était assorti de nombreuses dérogations³⁵.

La remise en cause de ce monopole à partir du début des années 80 a été favorisée par un contexte politique outre-Atlantique puis outre-manche et enfin sur le continent européen dénonçant les effets pervers de l'interventionnisme étatique dans la sphère économique, notamment les monopoles publics dotés de droits spéciaux et exclusifs. L'objectif poursuivi est de réduire le secteur public pour laisser libre cours à l'initiative privée parée de toutes les vertus. L'État acteur se transforme en « arbitre »³⁶.

En outre, la volonté en Europe d'achèvement du marché intérieur implique de profondes mutations des entreprises en réseaux, dans la mesure où l'électricité s'est vue reconnaître la qualification juridique de « marchandise » en droit de l'Union européenne³⁷. Les directives électricité de 1996, 2003 et 2009³⁸ sont venues remettre en cause ce monopole. Elles se sont vues transposées en France de façon tardive et *a minima* par les lois successives relatives au

³³ La loi du 8 avril 1946 n°46-628 avait créé EDF « Service national » en lui donnant le statut d'établissement public de caractère industriel et commercial chargé de la gestion des activités nationalisées de production, de transport, de distribution, d'importation et d'exportation d'électricité sur l'ensemble du territoire national

³⁴ C. ISIDORO, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume Uni)*, L.G.D.J. Paris 2006, pp. 47 et s ; pp.87 et s.

³⁵ P. COLSON, *Droit public économique* 5^e éd. LGDJ 2010, n°425, p.260.

³⁶ C. ISIDORO *op.cit.* pp.87 et s.

³⁷ CJCE 15 juillet 1964 *Flaminio Costa c/Enel*, aff. 6/64 ; CJCE 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92.

³⁸ Directive 96/92 du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996, JOUE n° L.027 du 30 janvier 1997. Cette directive a été abrogée par la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003, JOUE n°L.176 du 15 juillet 2003, elle-même abrogée par la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité précitée.

secteur électrique et au service public de l'électricité, notamment la loi du 10 février 2000³⁹. Depuis le 1er juillet 2004, tous les gros consommateurs d'énergie sont libres de choisir leur opérateur d'électricité et de gaz. Depuis le 1er juillet 2007, les particuliers peuvent à leur tour choisir leur fournisseur sur un marché concurrentiel. Le marché n'est toutefois pas complètement libéralisé en raison de la persistance de tarifs réglementés sur le marché de détail. Cette libéralisation s'accompagne d'obligations de service public afin de garantir notamment la sécurité d'approvisionnement en électricité⁴⁰. L'article 32 de la directive 2009/72/CE précitée impose aux États membres de mettre les réseaux de transport et de distribution d'électricité, auparavant réservés aux monopoles nationaux ou régionaux, à la disposition des tiers. Outre cette ouverture à la concurrence, une discrimination positive peut être pratiquée en faveur des producteurs d'énergie renouvelable en leur octroyant un accès prioritaire au réseau de distribution, selon l'article 25.4 de la même directive, comme le rappelle le considérant 60 de la directive Énergies renouvelables 2009/28/CE. La fin du monopole de la production d'électricité profite aussi aux producteurs d'électricité de source renouvelable, qui se voient octroyer des incitations financières pour accéder au marché et permettre ainsi aux États membres de remplir les objectifs de production d'énergie renouvelable fixés par l'Union européenne.

Bien que l'UE laisse aux États membres la faculté de choisir les sources d'énergie qu'ils souhaitent exploiter⁴¹, elle invite ceux d'entre eux dotés d'un domaine maritime à le valoriser pour la production d'énergie, s'appuyant ainsi sur sa politique maritime intégrée (PMI).

II- L'appui de la Politique maritime intégrée

La politique maritime intégrée (PMI) de l'Union européenne constitue une approche globale de toutes les politiques relatives à la mer, afin d'en tirer profit tout en diminuant l'impact sur l'environnement. Elle englobe des domaines très variés dont la pêche, l'aquaculture, la

³⁹ Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité JO du 11 février 2000, ; Loi n°2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, JO du 4 janvier ; Loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, JO du 11 août ; Loi n°2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique dite loi POPE ; Loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, JO du 7 décembre 2006 ; Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, JO du 8 décembre 2010.

⁴⁰ P. COLSON, *Droit public économique*, LGDJ, 2010, n°429 et s, pp.264 et s : « Les graves défaillances du système concurrentiel de l'électricité aux États Unis ont sans doute concouru à infléchir la politique européenne dans un sens plus attentif à la sécurité des approvisionnements ».

⁴¹ Article 194.2 2^e al. TFUE : « Elles (les mesures nécessaires pour atteindre les objectifs fixés au §1) n'affectent pas le droit d'un État membre de déterminer les conditions d'exploitation de ses ressources énergétiques, son choix entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique, sans préjudice de l'article 192 §2 point C (décision à l'unanimité) ».

navigation, les ports maritimes, le milieu marin, la recherche marine, les EMR, le tourisme maritime et côtier... Elle s'exprime notamment à travers le Livret vert de juin 2006⁴² et le Livre bleu d'octobre 2007⁴³. Selon la directive 2014/89/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la planification de l'espace maritime⁴⁴ « l'objectif de la PMI est de soutenir le développement durable des mers et des océans et de développer une prise de décision plus coordonnée, plus cohérente et plus transparente pour ce qui est des politiques sectorielles de l'Union qui affectent les océans, les mers, les îles, les régions côtières et ultrapériphériques et les secteurs maritimes » (1^{er} considérant).

La PMI fait écho à la possibilité offerte par l'article 56 de la CNUDM de mettre en valeur ces sources d'énergie. La Communication de la Commission sur l'énergie éolienne en mer de 2008 a souligné « les possibilités de synergie entre la politique énergétique européenne et la PMI », car « les principes fondamentaux de ces deux politiques sont en effet identiques : elles visent l'intégration du développement économique et la protection de l'environnement. En les coordonnant, il sera possible de mieux étudier la valeur géopolitique des océans et mers d'Europe du point de vue de la sécurité énergétique, de la compétitivité et de la durabilité »⁴⁵. La PMI ne constitue certes pas une politique de l'UE au même titre que la politique de l'énergie ou de la concurrence. Elle s'avère néanmoins indispensable pour faciliter le développement des EMR. Le secteur de l'énergie océanique est présenté dans la Stratégie de la Commission concernant la croissance bleue comme « l'un des cinq domaines en développement de l'économie pouvant contribuer à renforcer la création d'emplois dans les zones côtières »⁴⁶. La Commission européenne a ainsi créé un Forum sur l'énergie océanique, chargé d'élaborer une feuille de route pour orienter le développement de l'énergie océanique. La Commission réitère son intérêt pour les EMR dans sa Communication de 2014 sur l'énergie océanique, lorsqu'elle prône « l'exploitation durable du potentiel économique de nos mers et de nos océans » comme « élément clé de la politique maritime de l'UE »⁴⁷. Il faut noter que, contrairement à la

⁴² Livre vert de la Commission: Vers une politique maritime de l'Union: une vision européenne des océans et des mers COM (2006) 275.

⁴³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 10 octobre 2007 sur une politique maritime intégrée pour l'Union européenne COM (2007) 575, accompagné du Plan d'action (SEC (2007)1278).

⁴⁴ JOUE série L. n°257 du 28 août 2014 page 135.

⁴⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 12 décembre 2008 « Énergie éolienne en mer : réaliser les objectifs de politique énergétique à l'horizon 2020 et au-delà » COM (2008) 768 Final.

⁴⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 13 septembre 2012 « La croissance bleue : des possibilités de croissance durable dans les secteurs marin et maritime » COM (2012) 494 Final.

⁴⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 20 janvier 2014 « Énergie bleue. Réaliser le potentiel de l'énergie océanique dans les mers et les océans européens à l'horizon 2020 et au-delà » COM (2014) 8 Final.

Communication de la Commission sur l'énergie éolienne en mer de 2008, celle de 2014 sur l'énergie océanique n'intègre pas l'énergie de source éolienne produite en mer dans les énergies marines ou océaniques proprement dites.

Le rôle de l'Union européenne s'avère ainsi prépondérant dans l'essor du marché des EMR, sur lequel elle occupe la place de leader. Elle se voit néanmoins progressivement concurrencée sur ce marché.

III- Panorama du marché des EMR

A- L'éolien offshore planté

A la fin 2017, l'Union européenne disposait de 15,8 gigawatts (GW) de capacité éolienne offshore installée, l'énergie EMR la plus mature sur le plan technologique, soit 84 % de l'ensemble du parc éolien marin mondial (18,8 GW), permettant ainsi d'alimenter plus de 12 millions de foyers européens en électricité. Néanmoins, le pays européen arrivant en tête de la production d'électricité grâce à l'éolien offshore est le Royaume-Uni. Or le *Brexit* risque d'affaiblir la position de leader de l'UE, qui affiche une ambition de 66 à 90 GW d'ici 2030. Le Royaume-Uni détient en effet 36% de la capacité mondiale, soit près de 7 GW, sans compter les 7 GW qui devraient être construits d'ici 2023, suivi par l'Allemagne (5,3 GW) dont l'objectif est d'atteindre 7 GW au total en 2020 (et 15 GW en 2030). Viennent ensuite le Danemark et les Pays-Bas.

La France affiche un retard significatif sur ce marché, aucune éolienne offshore ne se profilant au large de nos littoraux. Le premier appel d'offres lancé en 2011 a permis d'amorcer le développement d'une filière éolienne en mer. A cette occasion, quatre zones ont été octroyées pour une capacité totale de 2 gigawatts (GW)⁴⁸ localisées au large des communes de Fécamp (Haute-Normandie), Courseulles-sur-Mer (Basse-Normandie), Saint-Brieuc (Bretagne) et Saint-Nazaire (Pays de Loire). Un deuxième appel d'offres a été lancé en 2013 pour l'installation de 1 GW supplémentaire réparti sur deux zones au large du Tréport (Haute-Normandie), et des îles d'Yeu et de Noirmoutier (Pays de Loire). Le premier parc qui devrait sortir de mer est celui de Saint-Nazaire, probablement d'ici 2020. Le calendrier EMR affiche donc un retard significatif au regard de l'arrêté du 24 avril 2016, qui a pourtant fixé les objectifs suivants en termes de puissance totale installée en éolien offshore, à savoir 500 MW au 31

⁴⁸ ou 2 000 megawatts (MW). Le watt exprime ici la puissance installée.

décembre 2018 et 3GW au 31 décembre 2023⁴⁹. Au-delà des 3GW, la PPE de 2016 prévoyant entre 0,5 et 6 GW supplémentaires, un troisième appel d'offres, dénommé désormais « procédure de mise en concurrence » dans le code de l'énergie⁵⁰, a été lancé en 2017 et conduit à opérer une présélection des candidats sur la base de leurs capacités techniques et financières afin de participer à un dialogue concurrentiel visant une zone éolienne offshore au large de Dunkerque d'une capacité comprise entre 250 et 750 MW. Ce dialogue concurrentiel va conduire à l'élaboration concertée d'un cahier des charges qui devrait être présenté aux candidats avant la fin 2018. Un quatrième appel d'offres devrait être lancé en 2019 au large d'Oléron.

Le marché européen de l'éolien offshore se voit en outre concurrencé par les BRICS (Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud), dont la Chine notamment, dotée actuellement de 2,8 GW de capacité installée en éolien offshore, vise un objectif ambitieux de 70 GW d'ici 2030⁵¹. La Russie a signé en novembre 2016 un accord de partenariat avec un énergéticien chinois pour implanter son premier parc éolien offshore de 60 MW au large de ses côtes, en Mer Blanche. L'Inde se lance également sur ce marché prometteur en se fixant un objectif de 30 GW d'ici 2030⁵². Les États-Unis sont très retardés sur ce marché par rapport à l'Europe et aux pays émergents. Leur tout premier parc offshore *Block Island* de 30 MW n'a été construit qu'en 2016 au large de Rhode Island par la société Deepwater LLC, qui a été sélectionnée pour construire à partir de 2020 une autre ferme éolienne en mer de 400 MW. Elle n'a en revanche pas remporté l'appel d'offre de 800 MW au large du Massachusetts, au profit de la joint-venture *Avangrid Inc. and Copenhagen Infrastructure Partners*. Une étude du ministère de l'énergie américain a estimé que le pays aurait le potentiel d'atteindre 22 GW en 2030 et 86 GW d'ici 2050⁵³.

B- L'éolien offshore flottant

Si le marché de l'éolien offshore posé est de loin le plus mature et adapté aux faibles profondeurs sur de longues distances dans les zones économiques exclusives (ZEE)⁵⁴ des pays du Nord de l'Europe, la technologie balbutiante de *l'éolien flottant* est privilégiée au-delà d'une

⁴⁹ Arrêté du 24 avril 2016 relatif aux objectifs de développement des énergies renouvelables en France métropolitaine continentale (JORF n°0098 du 26 avril 2016). Ces objectifs ont été repris par le décret n°2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie (JORF n°0252 du 28 octobre 2016).

⁵⁰ Article L311-10 et s.

⁵¹ https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2018/Sep/IRENA_offshore_wind_note_G7_2018.pdf?la=en&hash=B186614D923AB1F0A07D7285612C4B037057A0C0

⁵² <https://economictimes.indiatimes.com/industry/energy/power/government-aims-to-build-30-gw-of-offshore-wind-capacity-by-2030/articleshow/64657334.cms>

⁵³ https://www.energy.gov/sites/prod/files/wind_vision_highlights.pdf

⁵⁴ Notion expliquée *infra*.

profondeur supérieure à 50 m. L'Ecosse, qui compte beaucoup sur les énergies marines pour assurer son indépendance énergétique, et partant, politique, a inauguré le 18 octobre 2017 l'implantation de la première ferme éolienne flottante au monde (30 MW) à 25 km au large des côtes de l'Aberdeenshire. Le Portugal vise une production de 25 MW. La Norvège ainsi que le Japon, qui avait été le 1^{er} pays au monde en 2015 à installer une éolienne flottante au large de Fukushima, s'intéressent également à ce marché prometteur. La France quant à elle, a inauguré sa 1^{ère} éolienne flottante, baptisée *Floatgen* dans le port de Saint-Nazaire le 13 octobre 2017, après avoir donné son feu vert pour tester trois fermes pilotes en Méditerranée, ainsi qu'une au large de l'île de Groix en Bretagne, pour un total de 24 MW représentant 880 millions d'euros d'investissement, soutenus à hauteur de 330 millions d'euros dans le cadre des Investissements d'Avenir⁵⁵.

C- L'énergies des courants marins

La France est dotée d'un des sites les plus propices au monde à l'exploitation des *courants marins* grâce aux hydroliennes, à savoir le raz Blanchard (son potentiel d'exploitation est de 2,5 GW), avec la Baie de Fundy au Canada et le site de Pentland Firth au nord de l'Ecosse. Afin de rendre cette technologie de l'hydrolien, encore trop peu mature, plus viable sur un marché, l'exploitation d'une ferme pilote hydrolienne (14 MW) par EDF a été autorisée en avril 2017 sur ce site. Le français Sabella, qui teste actuellement son hydrolienne dans le courant du Fromveur de l'île d'Ouessant, exporte sa technologie aux Philippines et en Indonésie, marchés EMR très prometteurs. Cette énergie ne doit pas être confondue avec l'énergie des courants de marées, où le marché est dominé par la Corée du Sud, avec 511 MW de capacité installée, dont celle du fameux barrage de Sihwa (254 MW) qui dépasse désormais les 246 MW fournis par le barrage de La Rance en France. Puis vient le Royaume-Uni pourvu de 139 MW⁵⁶.

D- L'énergie des vagues

⁵⁵ Les quatre lauréats de l'appel à projets fermes pilotes pour l'éolien flottant lancé en août 2015 sont :

- le projet "Provence Grand Large" porté par EDF EN, avec des turbines Siemens et des flotteurs SBM/IFPEN, sur la zone de Faraman en Méditerranée qui se compose de 3 éoliennes de 8 MW ;
- le projet "les éoliennes flottantes Golfe du Lion" porté par Engie/EDPR/CDC, avec des turbines GE et des flotteurs Eiffage/PPI, sur la zone de Leucate en Méditerranée qui se compose de 4 éoliennes de 6 MW
- le projet "Eolmed" porté par Quadran à Gruissan en Méditerranée qui se compose de 4 éoliennes Senvion de 6 MW et de flotteurs Bouygues Travaux Publics et Ideol.
- le projet "les éoliennes flottantes de Groix" porté par Eolfi/CGN à Groix en Bretagne qui se compose de 4 éoliennes General Electric de 6 MW et de flotteurs de conception DNCS fabriqués en collaboration avec VINCI.

Voir https://appelsaprojets.ademe.fr/aap/AAP_EolFlo2015-98

⁵⁶ <http://tidalenergytoday.com/2016/08/19/who-leads-the-world-in-installed-tidal-power-capacity/> (19 août 2016).

Là où l'imagination des ingénieurs est la plus prolifique pour tenter de capter la ressource, c'est dans le domaine de l'énergie des vagues, ou énergie houlomotrice, qui représente à ce propos l'énergie EMR concentrant la plus grande variété de techniques. Il existe en effet plus de cinquante types d'engins houlomoteurs. Le « serpent de mer » développé par l'écossais Pelamis fut le premier prototype houlomoteur à être relié au réseau électrique en 2004. Depuis, c'est l'Australie qui, en 2015, a réussi la première à générer de l'électricité au large de Perth grâce à une centrale commerciale d'1 MW, composée de bouées sous-marines, technologie développée par Carnegie Wave Energy et baptisée "CETO" du nom d'une divinité marine grecque. Cette start-up a conclu un accord avec le Mauritius Research Council pour développer l'énergie des vagues à l'île Maurice. Le Royaume-Uni déploie aussi de gros moyens pour tester les technologies d'énergie des vagues, grâce à l'European Marine Energy Centre (EMEC) ou au Wave Hub. Les projets portés au Chili par Naval Energies, filiale de Naval Group, leader européen de l'industrie navale de défense (ex-DCNS), par l'entreprise Petrobras au Brésil, et Atmocéan au Pérou traduisent l'émergence d'un marché de l'énergie des vagues en Amérique du Sud. En Asie, ce marché est exploré par Sabella (France), Bombora Wave Power (Australie) et SBS (Royaume-Uni). En Afrique, le développeur israélien Yam Pro Energy construit une usine de production d'électricité à partir de l'énergie des vagues qui alimentera 10 000 foyers au Ghana, son projet ayant le soutien de *Solutions Project*, l'organisation fondée par Mark Z. Jacobson de l'Université de Stanford. Le Cap-Vert a signé de son côté un partenariat commercial en 2017 avec le développeur allemand Sinn Power pour exploiter l'énergie de la houle.

E- L'énergie thermique des mers

Si la cartographie des EMR positionne globalement le marché de l'éolien offshore davantage au nord et celui de l'énergie des vagues au sud, elle favorise l'exploitation du gradient de température entre les eaux de surface et les eaux de profondeur (appelée énergie thermique des mers) autour des îles tropicales. Les îles du Pacifique disposent du gradient thermique le plus élevé, ce qui en fait la région la plus propice au développement de l'énergie thermique des mers⁵⁷. L'île de Kiribati expérimente actuellement un projet de centrale ETM. La production d'électricité n'est d'ailleurs pas le seul bénéfice procuré par l'exploitation de l'ETM, qui peut aussi permettre de désaliniser l'eau de mer. A Fidji, la différence de température entre les eaux profondes et l'eau de surface se situe entre 22 et 24 degrés. Naval Énergies envisage d'implanter 25 centrales ETM dans le monde d'ici 2030 réparties sur dix zones prioritaires pour une capacité

⁵⁷ Selon le Dr Rafiuddin Ahmed (South Pacific University)

totale de 650 MW. Le groupe français a signé en 2016 un accord avec la Malaisie pour tester sa technologie sur l'île de Layang-Layang⁵⁸.

IV- Le rôle de la France dans l'essor du marché des EMR

L'Union européenne pourrait conserver sa place de leader dans le domaine des EMR si elle valorisait davantage son immense potentiel maritime, notamment en outre-mer. Comme le soulignait un rapport du Sénat, « La France n'est pas le seul pays de l'Union européenne à disposer de territoires ultramarins. (...) Néanmoins, par leurs caractéristiques spécifiques, les outre-mer français apportent à l'Europe une chance d'ouverture inégalée sur le monde »⁵⁹. L'État français a adopté des objectifs en matière de transition énergétique bien plus ambitieux en outre-mer qu'en métropole. En effet l'article 1^{er} de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, désormais codifié à l'art L100-4 du code de l'énergie, a fixé pour objectif « de parvenir à l'autonomie énergétique dans les départements d'outre-mer à l'horizon 2030, avec comme objectif intermédiaire, 50% d'énergies renouvelables à l'horizon 2020 »⁶⁰. En métropole, selon la même loi, les énergies renouvelables terrestres et marines doivent représenter 40 % de la production d'électricité d'ici 2030⁶¹.

L'État français devrait s'engager davantage dans la voie d'une croissance permettant de « conquérir de nouveaux marchés dans le domaine des énergies renouvelables », dont les énergies marines, « pour lesquelles la France est richement dotée par (...) l'étendue de son domaine maritime, dans l'Hexagone et dans les outre-mer ». Elle est en effet la « deuxième puissance maritime mondiale après les États Unis (et devant l'Australie), avec un vaste domaine de 11 millions de km² ⁶² ». La loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique a confirmé les objectifs de consommation d'énergies renouvelables par rapport à la consommation finale brute d'énergie, soit « 23 % en 2020 puis de 32 % en 2030. A cette date, pour parvenir à cet objectif, les énergies renouvelables doivent représenter 40 % de la production d'électricité⁶³ ». Ces

⁵⁸ (<http://www.energiesdelamer.eu/publications/48-etm/2162-etm-une-nouvelle-etape-pour-dcns>)

⁵⁹ J.E. Antoinette, J. Guerriau, R. Tuhejava, Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outremer sur *les zones économiques exclusives (ZEE) ultramarines. Le moment de vérité*. n°430, Sénat, 9 avril 2014 pp.35 et s.

⁶⁰ Article L100-4 I 8° du code de l'énergie (issu de la loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte JORF n°0189 du 18 août 2015 page 14263) : « I. - La politique énergétique nationale a pour objectifs : 8° De parvenir à l'autonomie énergétique dans les départements d'outre-mer à l'horizon 2030, avec, comme objectif intermédiaire, 50 % d'énergies renouvelables à l'horizon 2020. »

⁶¹ Article L100-4 I 4° du code de l'énergie.

⁶² Exposé des motifs du projet de loi sur la transition énergétique *op.cit.*

⁶³ Article 1^{er} III 4° de la loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte JORF n°0189 du 18 août 2015 page 14263.

objectifs s'inscrivent dans le cadre de la politique énergétique européenne qui vise une production d'énergie décarbonnée à hauteur de 95%⁶⁴ en 2050, notamment grâce au « déploiement de l'énergie océanique⁶⁵ ». L'arrêté du 24 avril 2016 précité reprenant les objectifs du décret du 28 octobre 2016 a fixé des objectifs en termes de puissance totale installée pour l'ensemble des EMR (hormis l'éolien) de 100 MW au 31 décembre 2023, avec une marge supplémentaire allant de 200 à 2 000 MW (2GW) en fonction du retour d'expérience des fermes pilotes et sous condition de prix.

Le Livre bleu Stratégie nationale pour la mer et les océans présentait déjà en 2009 le développement des énergies marines comme « l'axe prioritaire de la politique maritime française, offrant des perspectives importantes de création ou de mutations d'emplois, notamment dans les régions littorales⁶⁶ ». Le rapport du Sénat sur la maritimisation⁶⁷ souligne le potentiel exceptionnel de la France pour son « exposition aux vents et marées », et son aptitude à devenir le « centre de gravité des technologies d'énergie marine renouvelables (EMR). Le potentiel éolien maritime de la France notamment a été mis en évidence dans un rapport de l'Assemblée nationale⁶⁸. En outre, grâce à son domaine maritime outre-mer, la France dispose, selon le rapport du Sénat sur les zones économiques exclusives (ZEE) ultramarines⁶⁹, d'« un fort potentiel par rapport aux autres nations » pour se démarquer dans le développement des autres énergies marines, notamment l'énergie thermique des mers et l'énergie houlomotrice. Dans la mesure où 97% de la ZEE française est liée à l'outremer, « celui-ci est donc le premier concerné par la valorisation de cet immense territoire maritime »⁷⁰. L'enjeu pour la France est donc non seulement économique, mais aussi géopolitique, car « dans ces espaces se jouent aussi la place de l'outremer français ainsi que l'influence de la France et de l'Europe dans la gouvernance du monde du XXIe siècle⁷¹ ».

⁶⁴ Cet objectif a notamment été décidé lors de l'adoption en Conseil par les ministres de l'environnement de conclusions sur la position de l'UE en vue de la conférence sur le changement climatique qui s'est tenu à Copenhague du 7 au 18 décembre 2014.

⁶⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Énergie bleue. Réaliser le potentiel de l'énergie océanique dans les mers et les océans européens à l'horizon 2020 et au-delà », 20 janvier 2014, COM (2014) 8 final.

⁶⁶ Livre bleu Stratégie nationale pour la mer et les océans, décembre 2009, p.14

⁶⁷ J. LORGEUX, A. TRILLARD, R. BEAUMONT, M. BOUTANT, J. GERRIAU, P. PAUL, Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées au nom du groupe de travail sur la *maritimisation*, n°674, Sénat, 17 juillet 2012.

⁶⁸ F. REYNIER, *Rapport d'information sur l'énergie éolienne*, Ass. Nat., n°2398, 31 mars 2010 : La France serait dotée du 2^e potentiel éolien derrière la Grande Bretagne, pays leader sur le secteur de l'éolien offshore, avec 1 184 turbines et 4 049 MW de capacité en 2015 (<http://www.renewableuk.com/en/renewable-energy/wind-energy/offshore-wind/>).

⁶⁹ J.E. ANTOINETTE, J. GUERRIAU, R. TUHEIAVA, Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outremer sur les *zones économiques exclusives (ZEE) ultramarines. Le moment de vérité*. n°430, Sénat, 9 avril 2014 pp.35 et s.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.* p. 15.

La recommandation n°9 issue du rapport du Sénat précité⁷² « vise ainsi à ce que la France promeuve et dynamise le soutien de l'Union européenne à la valorisation des ZEE » par le biais des EMR, y compris en Polynésie française, bien que celle-ci ne soit pas une région ultrapériphérique⁷³ (RUP) mais un pays et territoire d'outremer (PTOM) ». Le rapport poursuit ainsi : « Au-delà du rayonnement d'un modèle ou d'un message, l'Union européenne a aussi des intérêts à défendre (...) La première puissance commerciale de la planète ne peut cependant être indifférente à la nouvelle géographie des océans produite par le droit international et la mondialisation économique (...) La prise de conscience par Bruxelles du rôle des ZEE devrait aussi profiter aux territoires ultramarins ». Le rapport reconnaît toutefois que « pour l'heure la vision européenne semble davantage dominée par un souci d'ouverture au libre-échange et la coopération de l'ensemble des pays du Sud que par celui d'affirmer la présence des territoires spécifiques de l'outre-mer européen dans les différentes régions du globe ».

Le rapport du Sénat sur la maritimisation invite la France à « avoir une démarche active dans la définition d'une politique maritime européenne » et à être « une force de proposition » auprès de Bruxelles. Elle « doit mondialiser la politique maritime européenne en la dotant d'une sensibilité ultra-marine qu'elle est la seule à pouvoir lui proposer au sein du concert des nations européennes⁷⁴ ». La France n'a toutefois pas encore, selon ce même rapport⁷⁵, pris la mesure de cet enjeu majeur. En effet, « aucune stratégie politique pour créer (...) une communauté d'intérêt entre ces territoires et la métropole n'(est) clairement perceptible ». La France ne craindrait-elle pas que la « valorisation des ZEE, (bien qu'apportant) une partie des réponses aux problèmes d'emploi de ces territoires, ne ravive (...) sur le plan politique une volonté d'autonomie, voire d'indépendance, bien au-delà de la problématique économique des espaces maritimes de l'outre-mer » ? Au-delà de ces déclarations d'intention, des projets concrets

⁷² *Ibid.* pp. 106 et 107.

⁷³ Le droit de l'Union européenne distingue en effet les « régions ultrapériphériques » (RUP), régies par l'article 349 TFUE, et les « pays et territoires d'outre-mer » (PTOM) régis par les articles 198 à 204 du même traité. Les RUP comprennent pour la France la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, Mayotte, La Réunion, Saint-Martin. Les PTOM quant à eux regroupent la Polynésie française, la Nouvelle-Calédonie, Wallis et Futuna, Saint Pierre et Miquelon, Saint Barthélemy. Les RUP sont intégrées au marché intérieur européen et relèvent d'un régime juridique très proche de celui des territoires de la métropole. Elles sont notamment soumises aux règles relatives à la libre circulation sur le marché intérieur. Les PTOM en revanche sont seulement « associés » à l'Union européenne et disposent d'une plus grande autonomie dans l'exercice de leurs compétences mais ne bénéficient pas des avantages découlant du statut d'État membre de l'Union européenne de la France. (A. CHRISTNACHT, P.O. CAILLE, *Jcl. adm.* Fasc. 130-10 Régime juridique et administratif de l'Outre-mer, n°35, 7 février 2012, dern. MAJ 30 avril 2014.)

⁷⁴ J. LORGEUX, A. TRILLARD, R. BEAUMONT, M. BOUTANT, J. GERRIAU, P. PAUL, Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées au nom du groupe de travail sur la *maritimisation*, n°674, Sénat, 17 juillet 2012 p. 221.

⁷⁵ *Ibid.* p. 11.

d'implantation de centrales d'énergie thermique des mers (ETM) et de dispositifs houlomoteurs sont bien en cours de réalisation en outre-mer, notamment à la Réunion et en Martinique⁷⁶, mais principalement pour l'heure dans la mer territoriale, dont l'ampleur est toutefois bien faible au regard du potentiel exploitable.

Que ce soit sur le plan international, européen, notamment dans le cadre de la PMI, ou sur le plan national, la « valorisation des ZEE » par les EMR, et de façon plus générale, la valorisation du « domaine maritime » de la France est au cœur d'enjeux économiques, eu égard notamment au potentiel de création d'emplois, d'enjeux géopolitiques et climatiques. Cette ambition maritime de la France a été confirmée lors de la 14^e édition des Assises de l'économie de la mer qui s'est tenue à Brest les 27 et 28 novembre 2018. La nouvelle Programmation Pluriannuelle de l'Énergie, dont quelques chiffres transparus à propos des EMR⁷⁷ peuvent sembler manquer d'ambition au regard des attentes des professionnels du secteur soucieux d'accroître et de consolider la filière industrielle française des EMR, devrait néanmoins confirmer la trajectoire fixée par l'État français.

La France s'engage ainsi lentement mais sûrement sur le marché de l'électricité EMR, cette volonté s'étant traduite par plusieurs simplifications du cadre juridique, dont la plus révélatrice a été la désignation grâce au décret du 8 janvier 2016 d'une instance judiciaire unique, la Cour administrative d'appel de Nantes, pour traiter les litiges relatifs aux EMR⁷⁸. Les quelques arrêts qu'elle a rendus sont en effet jusqu'à présent favorables aux projets EMR⁷⁹. En 2018, soucieux d'accélérer le développement de ce marché, notamment en priorité celui de l'éolien en mer, le gouvernement s'est vu habilité par l'article 34 du projet de loi « Pour un Etat au service d'une société de confiance », devenu l'article 58 de la loi du 10 août 2018⁸⁰, à prendre par voie

⁷⁶ ARER Réunion, « Les projets d'énergie marine à la Réunion », avril 2013 ; Voir aussi le rapport du sénat sur les ZEE ultramarines précité, notamment pp. 35 et 205 : Projet Houles australes d'EDF et DCNS et SEAWATT (projet conçu en Ecosse par la société *Pelamis Wave Power*). Pour l'ETM, des projets sont en cours à la Martinique et en Polynésie française portés par Naval Énergies.

⁷⁷ La PPE 2023-2028 fixerait un objectif pour l'éolien en mer de 2,4 GW pour 2023 (contre les 3 GW annoncés dans la précédente PPE) et entre 4,7 et 5,2 GW pour 2028 (tandis que France Énergie Éolienne recommandait 12 GW pour 2028).

⁷⁸ Décret n°2016-9 du 8 janvier 2016 concernant les ouvrages de production et de transport d'énergie renouvelable en mer (JORF n°0008 du 10 janvier 2016). Les autres mesures de simplification seront étudiées au cours de la thèse.

⁷⁹ Voir notamment CAA Nantes 2 octobre 2017 *Association Libre Horizon et autres* n°16NT03382 ; CAA Nantes 20 juin 2017 *Association de protection du site des petites dalles et autres* n°16NT02757.

⁸⁰ Loi n°2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance (JORF n°0184 du 11 août 2018). L'objet initial de cette loi était relatif au droit à l'erreur et à l'instauration de relations de confiance entre l'administration et le public mais il a été élargi à d'autres mesures visant à simplifier des dispositions liées au droit de l'environnement, de l'urbanisme et de l'énergie. Ces dispositions relatives aux EMR ont d'ailleurs été qualifiées de « cavalier législatif » par certains députés, les jugeant totalement étrangères à l'objet principal du projet de loi.

d'ordonnances quelques dispositions visant à simplifier le processus décisionnel des projets EMR tout en continuant à assurer la protection de l'environnement.

Parmi elles, l'introduction d'une certaine souplesse dans les procédures en permettant que les autorisations⁸¹ dont sont détenteurs les porteurs de projet puissent désormais prendre en compte l'évolution de la puissance des ouvrages EMR postérieurement à leur délivrance, en informant simplement l'administration, ce qui leur évite de demander une nouvelle autorisation⁸². Une autre mesure vise à soulager quelque peu les maîtres d'ouvrages des parcs EMR en les délestant au profit de l'Etat d'une partie ou de toutes les études d'impacts qu'ils doivent réaliser. Dans l'optique d'une meilleure acceptabilité sociale des EMR, il est prévu que la participation du public intervienne plus en amont dans le cadre des appels d'offres EMR en le consultant non plus seulement sur un projet EMR spécifique mais sur le choix de la localisation du site propice à son déploiement. Comme nous aurons l'occasion de le voir au cours de nos développements, cette mesure peut constituer une meilleure application du principe de participation du public à condition qu'il ait réellement la possibilité d'influer sur le choix des sites⁸³. Néanmoins la mesure de cette loi qui aura suscité le plus d'interrogations parmi les acteurs du marché des EMR est celle qui donne la faculté à l'Etat de renégocier à la baisse les tarifs d'achat issus d'une procédure d'appel d'offre terminée, afin de diminuer la facture supportée au final par le consommateur d'électricité⁸⁴. Si l'objectif était louable, à savoir développer les EMR au moindre coût pour les citoyens, la manière quasi péremptoire dont l'amendement à l'article 34 du projet de loi a été imposé par le gouvernement sans concertation a été ressentie comme une menace pour la sécurité juridique dont les investisseurs sur le marché des EMR ont besoin.

La prégnance de l'État sur le marché de la production d'électricité de source EMR est ainsi manifeste. Outre son rôle de pourvoyeur de subventions à la recherche et développement, d'initiateur de l'offre sur le marché via la procédure de mise en concurrence, et de la demande via l'obligation d'achat de l'électricité produite à partir des EMR imposée à EDF, il est davantage présent que sur les autres marchés d'énergies renouvelables, à travers son rôle d'offreur exclusif d'espaces publics en mer, tel le domaine public maritime, d'actionnaire des principaux protagonistes du marché des EMR, voire celui d'initiateur de commande publique. Nous aurons l'occasion de démontrer en effet que la frontière semble bien mince entre le rôle

⁸¹ Il s'agit principalement de l'autorisation administrative de produire de l'électricité (article L311-1 du code de l'énergie), de l'autorisation d'utilisation du domaine public maritime (article R2124-1 et s. CGPPP) et de l'autorisation au titre de la loi sur l'eau (article L214-1 et s. du code de l'environnement), analysées au cours de la thèse.

⁸² Article L 181-28-1 I du code de l'environnement.

⁸³ Article L 121-8-1 du code de l'environnement.

⁸⁴ Ce point sera étudié au cours de la thèse.

apparent de l'État en tant que « simple » initiateur et soutien d'une activité privée d'intérêt général et son rôle éventuel de demandeur d'une prestation de travaux ou de service public dans le cadre de la commande publique. Activité privée d'intérêt général ou activité de service public, la nature juridique du marché de l'électricité EMR flirte avec les notions de marché public, de concession ou de délégation de service public. Le phénomène de contractualisation s'imisce également dans ce marché, avec l'introduction de possibilités de négociation entre l'État et les candidats dans le cadre du dialogue concurrentiel, ainsi que des clauses d'indemnisation des exploitants EMR de plus en plus conséquentes en cas de résiliation des conventions d'utilisation du domaine public maritime pour motif d'intérêt général⁸⁵.

L'accès au marché des EMR ainsi que sa structure sont aussi imprégnés des principes juridiques gouvernant le milieu marin. Foyer des ressources EMR et lieu d'implantation des installations permettant leur mise en valeur, le milieu marin constitue la clé d'accès au marché des EMR, ce dernier se voyant aussi entravé par certains principes gouvernant tant le domaine public maritime naturel, telle l'interdiction de droits réels, que la ZEE. Le marché des EMR n'est certes pas un marché au sens économique du terme, mais davantage une création de l'État au moyen de mécanismes de marché afin de satisfaire l'intérêt général, dont les spécificités juridiques sont imprégnées du régime juridique protéiforme du milieu marin, que ce soit au stade de l'accès au marché que de sa structure et son fonctionnement.

Le marché des EMR peut contribuer à la valorisation économique du « domaine maritime » de la France. Dans une perspective de développement durable, cette valorisation économique doit néanmoins prendre en compte le caractère spécifique du milieu marin, à savoir son caractère sensible et son cadre juridique protéiforme, unifié cependant par la prégnance de l'usage commun. La valorisation économique durable du milieu marin ne peut pleinement s'accomplir sans une valorisation éthique de celui-ci. La valorisation durable du milieu marin est d'autant plus nécessaire que le marché des EMR risque de le contraindre doublement, tant sur le plan environnemental que spatial.

Avant de dévoiler le plan de l'étude qui nous permettra de démontrer certaines spécificités juridiques des EMR en France⁸⁶, à travers l'analyse des interactions entre le marché de l'électricité EMR et le milieu marin, les notions de « marché des EMR » **(I)** et de « valorisation économique du milieu marin » **(II)** méritent d'être explicitées.

⁸⁵ Ces points seront analysés au cours de la thèse.

⁸⁶ Pour une belle étude doctorale consacrée aux aspects juridiques des EMR en droit international, européen et comparé, voir la thèse de F. SCHNEIDER, Ed. Pédone 2015.

I- Le marché des EMR

Avant de tenter de cerner la notion de marché des EMR, notamment à travers sa finalité (B), un bref rappel de la notion de marché s'impose (A).

A- La notion de marché

Le marché est une notion économique (1) appréhendée de manière protéiforme par les juristes (2).

1) La notion économique de marché

La première définition du marché (du latin *mercatus* : le commerce, le négoce, le trafic) désigne un lieu public où l'on vend et achète les marchandises⁸⁷. Il désigne aussi la « réunion de ceux qui vendent et qui achètent dans le marché », ou la « vente de ce qui se débite dans le marché ». Le marché « se dit de l'état de l'offre et de la demande »⁸⁸. Selon les définitions du Trésor de la langue française informatisée (TLFI)⁸⁹ (éco, éco. pol.), il s'agit aussi d' « ensemble de firmes, centres de décision autonome, liées entre elles par un réseau d'échanges, qui rend interdépendants tous les prix et toutes les quantités », « ensemble des échanges dans une production donnée », mais aussi : « convention, écrite ou orale, entre deux partenaires et qui définit les modalités d'une vente (passer un marché) ».

Le marché est avant tout une notion économique. Il est « le point de rencontre, réel ou abstrait, des offres et des demandes relatives à un même bien ou service dont résulte un prix. On peut caractériser chaque marché par le nombre d'offres et de demandeurs⁹⁰ ». La libre concurrence est le fondement de l'économie de marché. Mais en réalité, il n'existe pas un marché idéal de concurrence pure et parfaite, mais une multitude de marchés, oscillant entre concurrence et monopole⁹¹. Comme le soulignent C. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLEANI⁹², les « marchés spéciaux » sont des « marchés qui ne subissent pas l'application pleine et entière des règles de circulation ou de concurrence du droit commun », soit en raison d'une prégnance étatique ou de « monopoles accouplés à des services publics (énergie, transports ferroviaires, et aériens) »,

⁸⁷Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd. [http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?22;s=3409238055](http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?22;s=3409238055;); Définition fournie aussi par G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011.

⁸⁸ Dictionnaire de l'Académie française 8^e édition, <http://www.cnrtl.fr/definition/academie8/march%C3%A9>

⁸⁹ Trésor de la langue française informatisée (TLFI), <http://www.cnrtl.fr/definition/march%C3%A9>

⁹⁰ D. MAINGUY, *Dictionnaire de droit du marché*, Éditions Ellipse 2008.

⁹¹ A. DECOCQ, G. DECOCQ, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*. 5^e éd. LGDJ, Paris 2012, pp.28 et s.

⁹² C. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF Themis Droit privé Paris 2002, pp. 331 et 332.

soit dans un « but de régulation plus ou moins corporatiste (transports routiers, presse), soit encore dans un but plus franchement politique (audiovisuel, santé) ».

La notion de marché induit l'existence d'un bien. L'électricité, qu'elle soit issue ou non des EMR, est considérée tant en économie⁹³ qu'en droit⁹⁴ comme un bien. En revanche, l'absence de spontanéité caractérise tant l'offre que la demande du secteur des EMR. Selon C. LUCAS DE LEYSSAC, « pour qu'existe un marché, il est nécessaire que coexistent une offre et une demande dont la libre confrontation porte sur un produit ou un service régulièrement mis sur le marché. S'il n'y a pas d'offre, ou pas de demande, pour la raison qu'aucun opérateur n'a entendu intervenir sur le marché, les questions posées relèveront de l'examen de la décision de ne pas recourir au marché, dont on se demandera notamment dans quelle mesure elle peut dépendre des seuls choix des opérateurs. Ces problèmes n'intéressent pas directement l'existence du marché, mais la décision de recourir au marché⁹⁵».

C'est la raison pour laquelle, dans le cadre de la politique énergétique européenne, afin de garantir la sécurité d'approvisionnement en électricité et de lutter contre le réchauffement climatique, sont fixés des objectifs de production d'énergie renouvelable, en ayant recours à des mécanismes de marché pour satisfaire l'intérêt général européen, dont la protection du climat⁹⁶. L'intervention publique devient ainsi nécessaire « afin de modifier le résultat du processus allocatif » des ressources, allocation qui est sous-optimale dans le cadre du libre fonctionnement du marché⁹⁷.

2) Le marché appréhendé par le droit

La notion économique de marché est appréhendée par diverses branches du droit. M. TORRE-SCHAUB, dans son *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*⁹⁸, explique que « les juristes, dans leur effort pour définir la catégorie de marché, proposent plusieurs sens

⁹³ J. PERCEBOIS définit l'électricité comme « un bien hybride qui combine les caractéristiques d'un bien public et d'un bien privé. Le kilowattheure est un bien privé, les fils électriques sont des « facilités essentielles » accessibles aux tiers, la mise à disposition de l'électricité au client final peut être considérée comme un bien public entrant dans la catégorie du SP » (J. PERCEBOIS, « Gaz et Électricité, un défi pour l'Europe et pour la France », Rapport du Conseil d'analyse économique, *La Documentation Française*, Paris 2008)

⁹⁴ M. LAMOUREUX, « Le bien énergie », *RTD Com.* 2009, p.239.

⁹⁵ C. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF Themis Droit privé, Paris 2002, p.183.

⁹⁶ La Commission européenne a intégré le marché des énergies renouvelables parmi les marchés porteurs, soit des marchés mondiaux en expansion rapide dans lesquels les entreprises européennes sont invitées à se positionner rapidement afin de bénéficier d'un avantage concurrentiel (*Marchés porteurs : une initiative pour l'Europe*, COM (2007) 860 final).

⁹⁷ E. GRAND, T. VEYRENC, *L'Europe de l'électricité et du gaz. Acteurs, marchés, régulations*, Economica, Paris 2011, p.498.

⁹⁸ M. TORRE-SCHAUB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, LGDJ, Paris, 2002, p. 6 et s.

qui s'approchent somme toute assez de la signification économique. On peut trouver deux définitions différentes. Dans la définition juridique la plus fréquente, le marché demeure le lieu où s'effectuent les ventes des marchandises⁹⁹. Le Conseil de la concurrence définit « le marché, au sens où l'entend le droit de la concurrence, (...) comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique¹⁰⁰».

La notion de « marché intérieur » en droit de l'Union européenne, se rapproche à première vue de l'idée de lieu d'échanges de marchandises. P. MADDALON souligne que « très utilisée, la notion de marché demeure pourtant peu explicitée. Est-ce du fait de l'évidence de son contenu ? Dans le langage économique, il est admis en effet que le marché se définit comme un lieu de rencontre réel ou fictif entre des offreurs et des demandeurs. C'est effectivement un emploi du mot « marché » par le droit communautaire, qui l'appréhende alors comme une notion essentiellement économique ». Le droit de la concurrence quant à lui a recours à la notion de « marché pertinent », de « marché en cause » et de « pouvoir de marché » pour traiter des atteintes au bon fonctionnement du marché. L'expression de « marché » est directement employée par l'article 2 du règlement n°139/2004¹⁰¹ relatif au contrôle des concentrations et par l'article L.420-1 du code de commerce.

Dans la deuxième définition proposée par M. TORRE.SCHAUB, le marché est également « un ensemble de contrats, de conventions et de transactions relatives à des biens ou à des opérations données. Le changement produit dans la définition du marché fait passer ce dernier d'un lieu à une activité se livrant au jeu concurrentiel ». G. CORNU¹⁰² dans sa définition du marché inclut le « marché public », qui comprend « les contrats administratifs passés par les collectivités ou établissements publics en vue de la réalisation de travaux ; de la production de fournitures ou de la prestation de services dans des conditions fixées par une réglementation générale (Code des marchés publics) qui en détermine les règles communes et particulières ».

Ainsi, comme le souligne C. LUCAS DE LEYSSAC¹⁰³, « le concept de marché, d'origine économique, a d'abord été subi par le droit auquel il était étranger ». Il constitue aujourd'hui

⁹⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd. PUF, Paris, 2011, p.638.

¹⁰⁰ Conseil de la concurrence, 14^e Rapport d'activité, Année 2000, p.109 ; La Cour d'appel de Paris a eu l'occasion aussi de donner une définition « Considérant que le marché se définit comme le lieu où se rencontrent l'offre et la demande pour un bien ou un service spécifiques, et que pour être retenu comme pertinent, ce marché implique qu'existe une concurrence effective entre les produits ou services qui en font partie, ce qui suppose un degré suffisant d'interchangeabilité en vue du même usage entre les produits ou services faisant partie du même marché » (Paris 1^e chambre 12 mars 2002, *Juris-Data n°171254*).

¹⁰¹ Règlement 139/2004/CE du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

¹⁰² G. CORNU *op.cit.* p. 640.

¹⁰³ C. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF Paris 2002, p.167 : Il relativise toutefois la définition proposée par les juristes, « directement issue des analyses économiques les plus traditionnelles, (qui) est extrêmement rudimentaire de sorte que sa mise en œuvre comporte une marge d'appréciation, et donc d'imprévisibilité, presque aussi large que si la définition n'existait pas (...) Il n'existe pas un marché, mais de très nombreux marchés aussi distincts les uns des autres juridiquement qu'économiquement».

« la pierre angulaire du droit du marché ». Selon M. TORRE-SCHAUB¹⁰⁴, « le marché est certes un lieu de rencontre et d'échange, d'offre, de demande, des acteurs, des marchandises, des services, en somme des « objets », mais il est plus que cela. Force est alors de constater que le régime du marché a tendance à s'appliquer au-delà des frontières du droit économique ». P. MADDALON reconnaît qu'au-delà de la définition économique de marché, « le concept de marché présente également une dimension juridique, moins apparente mais essentielle, dans la construction communautaire¹⁰⁵ ». Ainsi « le marché ne se réduit pas à l'économie de marché ; il façonne aussi et surtout une société de marché¹⁰⁶ », dans la mesure où l'« idéologie marchande » imprègne aussi des activités « non économiques » telles que la religion¹⁰⁷, l'art, l'éducation. Le marché communautaire n'est pas seulement le « domaine des activités économiques », mais aussi un « ensemble de relations sociales¹⁰⁸ ».

Ainsi la sphère du marché a tendance à englober des domaines jusqu'ici préservés tels que celui touchant à la personne humaine¹⁰⁹, ou à l'environnement. M. HAUTEREAU-BOUTONNET¹¹⁰ relève ainsi que « l'environnement revêt aujourd'hui une valeur patrimoniale. De ce fait, il suscite le marché lieu de l'offre et de la demande (...). Le contrat se révèle alors instrument de marché environnemental. Le mouvement est ici circulaire. Le contrat crée le marché et le marché crée le contrat ». Elle fait référence notamment aux contrats de bioprospection, aux contrats Natura 2000, ou au marché de la compensation écologique.

Ces quelques précisions ayant été apportées sur la définition du marché, il est nécessaire à présent de s'attarder sur l'objet de notre étude proprement dit, à savoir le marché des EMR.

B- La nature et la finalité du marché des EMR

S'il existe un véritable marché, certes subventionné, des technologies EMR, le marché de la production d'électricité EMR quant à lui est créé de toutes pièces par l'État (1). La finalité du marché des EMR est la satisfaction de l'intérêt général. Cette notion est par nature protéiforme

¹⁰⁴ M. TORRE-SCHAUB *op.cit.* p.10.

¹⁰⁵ P. MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ Paris 2007, p.2.

¹⁰⁶ *Ibid.* p.6.

¹⁰⁷ *Ibid.* p.9 : il fait ainsi référence à l'arrêt de la CJCE du 23 octobre 1986, *Van Roosmalen c/Bestuur van de Bedrijvereniging voor de Gezondheid*, 300/84, Rec.p.3097 : Monsieur van Roosmalen est un prêtre qui n'est pas rémunéré par son ordre et dont les besoins sont assurés par ses paroissiens. Il se voit toutefois qualifié de travailleur non salarié par la Cour. Ainsi, « d'un échange fondé avant tout sur le partage de la foi, le juge communautaire ne retient dans sa définition que la dimension économique de l'échange ».

¹⁰⁸ *Ibid.* p.16.

¹⁰⁹ M. TORRE-SCHAUB *op.cit.*

¹¹⁰ M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Le contrat environnemental », *Rec. Dalloz* 2015 p.217.

et riche, de surcroît lorsqu'est impliqué le milieu marin. (2). Enfin, on peut s'interroger sur la soumission du marché des EMR au droit du marché (3).

1- La nature du marché des EMR

Il faut distinguer le marché des technologies EMR (a) du marché de la production d'électricité EMR (b).

a) Le marché des technologies EMR

Selon l'économiste W.B. ARTHUR¹¹¹ (1989), ce n'est pas parce qu'une technologie est efficace qu'elle est adoptée, mais parce qu'elle est adoptée qu'elle devient efficace.

J. PERCEBOIS¹¹² rappelle que « toutes les énergies ont, à un moment de leur histoire et dans la quasi-totalité des pays, même les plus libéraux, été aidées par les pouvoirs publics, que ce soit par le biais de subventions, d'aides à la recherche ou d'incitations fiscales. Le charbon est sans aucun doute l'énergie qui, en Europe, a le plus bénéficié de subventions directes. Le nucléaire civil a lui aussi bénéficié d'aides publiques au niveau de la recherche-développement ».

Il ne manque pas non plus de souligner que « le financement du programme électronucléaire a, quant à lui, été réalisé par l'augmentation des prix de l'électricité, donc payé par le consommateur et non par le contribuable » pour des raisons tenant à « l'indépendance énergétique, sécurité des approvisionnements, maintien de l'emploi, développement d'une industrie nationale. Il est donc légitime que les énergies renouvelables (...) soient elles aussi aidées, du moins tant que leur compétitivité n'est pas assurée par rapport aux prix du marché. Ces énergies contribuent à la diversification du mix énergétique et elles présentent des avantages sur le plan environnemental (pas ou peu d'émissions de gaz à effet de serre) ».

Parmi les politiques incitatives nécessaires au développement des EMR figurent celles qui consistent à mettre en place des financements de démonstrateurs et de sites d'essais en mer dans toutes les filières afin d'accélérer la maturation des technologies et de sélectionner les plus prometteuses pour la phase de déploiement.

Il existe un réel marché mondial des technologies et de l'expertise EMR. Le Processus consultatif informel¹¹³ sur les océans et le droit de la mer lors de la tenue de sa treizième réunion en 2012 a mis en exergue « la mise en valeur des énergies marines renouvelables », grâce aux

¹¹¹ W.B. ARTHUR, "Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Events," *Economic Journal*, Vol.99, n° 394 (Mar. 1989), pp. 116-131.

¹¹² J. PERCEBOIS, « Les mécanismes de soutien aux énergies renouvelables, leurs forces et leurs faiblesses respectives », CREDEN, Cahiers de recherche n°14.03.107, 5 mars 2014.

¹¹³ Assemblée générale des Nations unies A/67/50

investissements dans les technologies nouvelles. La Commission européenne dans sa communication du 20 janvier 2014 déclare que l'Europe occupe une position forte sur le marché mondial de l'énergie océanique, faisant référence aux compétences accrues des entreprises européennes en matière de technologies EMR. Selon les estimations de l'Institut britannique *Carbon Trust*, « le marché mondial de l'énergie houlomotrice et marémotrice pourrait représenter jusqu'à 535 milliards d'euros entre 2010 et 2050 », marché dont l'Union européenne « pourrait à l'avenir conquérir une part importante¹¹⁴ ». Ces équipements et technologies EMR « participent de la logique des relations commerciales (...) entre plusieurs États » et sont donc soumis au droit du libre-échange sur le plan international, contrairement aux ressources EMR, qui ne sont pas des biens échangeables sur un marché¹¹⁵ ou à l'électricité, qui est certes un bien, mais ne pouvant circuler qu'au sein du marché intérieur en raison de son caractère non stockable¹¹⁶.

b) Le marché de la production d'électricité de source EMR

Afin de faire émerger un marché de la production d'électricité EMR¹¹⁷, l'État français soutient à la fois l'offre de production d'électricité et la demande. L'outil privilégié par l'État pour susciter l'offre est la procédure d'appel d'offres, intégrée désormais plus globalement dans la procédure de mise en concurrence¹¹⁸, qui s'inscrit dans le cadre de la Programmation Pluriannuelle de l'énergie (PPE), dont le contenu est défini par le décret du 27 octobre 2016. La PPE a été créée par l'article 176 de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique¹¹⁹ et succède aux Programmes Pluriannuels des Investissements (PPI)¹²⁰. Elle

¹¹⁴ Communication de la Commission au parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Énergie bleue. Réaliser le potentiel de l'énergie océanique dans les mers et les océans européens à l'horizon 2020 et au-delà », 20 janvier 2014, COM (2014) 8 final.

¹¹⁵ La question de la nature juridique de la ressource EMR sera étudiée au cours de la thèse.

¹¹⁶ B. LE BAUT-FERRARESE, « Marché des énergies renouvelables et droit du libre-échange » in *Défis énergétiques et droit international*, sous la dir. de S. DOUMBE-BILLE, Éditions Larcier, Bruxelles, 2011, n°15, pp. 178 et s.

¹¹⁷ Notre étude porte sur le marché de la production d'électricité à partir des EMR, et non sur les autres modes d'utilisation des EMR telles que la production de chaleur ou de froid ou la production de biocarburants.

¹¹⁸ Procédure issue de l'article 8 de la loi électricité de 2000 précitée, et codifiée aux articles L.311-10 et s. du code de l'énergie.

¹¹⁹ Selon l'article L141-1 du code de l'énergie, les PPE établissent « des priorités d'action des pouvoirs publics pour la gestion de l'ensemble des formes d'énergie sur le territoire métropolitain continental, afin d'atteindre les objectifs définis aux articles L. 100-1, L. 100-2 et L. 100-4 du présent code. Elle est compatible avec les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre fixés dans le budget carbone mentionné à l'article L. 222-1 A du code de l'environnement, ainsi qu'avec la stratégie bas-carbone mentionnée à l'article L. 222-1 B du même code ».

¹²⁰ Les PPI, arrêtées par le ministre chargé de l'énergie, ont principalement pour objectif d'identifier les investissements nécessaires en moyens de production d'électricité au regard de la sécurité d'approvisionnement électrique. Dans le cadre de la politique énergétique française, la PPI fixe des objectifs de développement des moyens de production d'électricité installés en France, en termes de répartition des capacités de production par source d'énergie primaire utilisée, de techniques de production mises en œuvre. La PPI s'appuie notamment sur le bilan prévisionnel de l'équilibre entre l'offre et la demande d'électricité. <http://www.developpement-durable.gouv.fr/La-mise-en-oeuvre-de-la.html>

permet de mettre en concurrence les opérateurs sur des critères tenant au prix, sur des critères environnementaux, ces critères étant devenus classiques dans le cadre des marchés publics, mais aussi sur des critères spécifiques au milieu marin, à savoir les mesures prises pour gérer les conflits d'usage en mer. Le milieu marin complexifie les conditions d'accès au marché des EMR, en imposant une phase relativement longue de levée des risques entre la sélection du candidat et sa confirmation, au cours de laquelle de nombreuses et coûteuses études relatives au milieu marin et aux gisements EMR sont nécessaires. La planification spatiale du milieu marin marque en outre les limites de la planification énergétique.

Après avoir suscité la création d'offres, l'État doit permettre la pérennité de celles-ci en créant aussi la demande. En effet, malgré ces incitations à la création d'offres dans le secteur des EMR, celles-ci ne rencontrent pas de demande, le prix proposé par les investisseurs étant largement supérieur aux prix pratiqués sur le marché de l'électricité. C'est la raison pour laquelle ont été institués les mécanismes de l'obligation de contracter, imposant d'acheter l'électricité produite au tarif proposé par les exploitants dans le cadre des appels d'offres principalement. Le marché de l'éolien offshore devenant de plus en plus mature, il permet toutefois une baisse du prix des technologies et, partant, du tarif de rachat de l'électricité produite grâce à ces technologies.

Les EMR s'inscrivent dans le cadre de la politique énergétique européenne, qui ne repose plus uniquement sur la libéralisation et la compétitivité du marché de l'électricité. Celles-ci n'ont en effet pas permis d'atteindre l'objectif initial de baisse des prix de l'électricité pour le bien des consommateurs. D'autres facteurs entrent en jeu tels que le respect des engagements climatiques et la sécurité d'approvisionnement. Des tensions peuvent toutefois surgir entre les trois objectifs, et notamment entre compétitivité et engagements climatiques. En effet, les politiques de soutien aux énergies renouvelables adoptées pour atteindre ces objectifs sont coûteuses pour l'État et les consommateurs. L'objectif final est l'intégration des EMR dans le marché concurrentiel de l'électricité. « Pour la puissance publique européenne, au-delà de la conciliation se profile à terme la réconciliation. En effet, le marché constitue l'instrument principal de réalisation de l'intérêt général. L'interventionnisme ne jouant qu'un rôle subsidiaire voire temporaire en cas de carence du marché¹²¹».

Loin d'évoquer un marché de la production d'électricité EMR à proprement parler, il est davantage question de recours à des mécanismes de marché pour satisfaire l'intérêt général via

¹²¹ C-M. ALVES, « Biocarburants et Union européenne, entre marché et intérêt général », *Revue de droit des transports*, n°7, Juillet 2008, étude 10 ; voir aussi du même auteur : « Énergies renouvelables et droit de l'Union européenne : entre marché (intérieur) et intérêt général », *RJE*, 02/2014.

des mesures de soutien temporaires, jusqu'à ce que le marché soit en mesure lui-même d'y satisfaire. L'expression « marché de l'électricité EMR » sera quoi qu'il en soit employée pour désigner l'ensemble des dispositifs ou actions visant à soutenir la production d'électricité EMR et à l'intégrer dans le marché de l'électricité. La satisfaction de l'intérêt général constitue la finalité du marché des EMR. Que recouvre cette notion ?

2- La finalité d'intérêt général

Définir l'intérêt général est une gageure. Il s'agit, selon le rapport du Conseil d'État¹²², d'une « notion cardinale du droit dit moderne. C'est en son nom que la loi est investie d'une forte légitimité ». Il « justifie le rôle clé de la personne publique ». Selon J.M. PONTIER¹²³, « dans la conception classique du droit administratif, cet intérêt légitime est plus particulièrement celui qui est défini par l'État, car ce dernier bénéficie d'une présomption d'agir dans l'intérêt de tous. Seul l'État dispose de l'objectivité nécessaire pour édicter des normes et c'est pourquoi seul, il peut exprimer l'intérêt général ». Mais en réalité, aujourd'hui « sont aussi associés à la définition de l'intérêt général les représentants de la société civile ». L'intérêt général est ainsi « immanquablement le fruit de « *compromis plus ou moins laborieusement dégagés entre des intérêts fragmentés*¹²⁴ ».

D. TRUCHET¹²⁵ a mis en évidence la primauté de la fonction de la notion d'intérêt général sur son contenu : « ce qui importe à la jurisprudence, c'est, au premier chef, la fonction de la notion d'intérêt général, et beaucoup moins son contenu : elle l'utilise, elle ne la définit pas.¹²⁶ ». L'intérêt général constitue un « facteur de légalité administrative en constituant une limite à l'action publique ». En outre, « les notions fondamentales du droit public (...) ont toutes, peu ou prou, à voir avec l'intérêt général. Il en est ainsi du service public, de la domanialité publique, de l'ouvrage et du travail publics, de l'acte unilatéral, des contrats administratifs (...) de la responsabilité administrative (...) Fonctionnellement, l'intérêt général apparaît comme une justification supérieure de nature à limiter les droits et libertés¹²⁷ ».

¹²² CONSEIL D'ÉTAT, Rapport sur l'intérêt général, EDCE, n°50, La Documentation française, Paris 1999

¹²³ J.M. PONTIER, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *Recueil Dalloz* 1998 p.327.

¹²⁴ Rapport du Conseil d'État *op.cit.*

¹²⁵ Voir *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*. Dalloz Paris 2015.

¹²⁶ D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ 1977.

¹²⁷ G. CLAMOUR, Intérêt général et concurrence. *Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*. Dalloz, Paris, 2006, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, pp. 35 et 36.

Que recouvre l'intérêt général dans le cadre des EMR ? On pourrait s'accorder la comparaison avec l'intérêt général des ports. Pour G. GUEGUEN-HALLOUET¹²⁸ en effet, « l'intérêt général est, dans le domaine portuaire, composé de différentes notions qui en sont autant de facettes. Il s'agit en particulier de l'intérêt de l'économie nationale ou régionale, de la protection de l'environnement marin, des besoins de la circulation maritime ou encore de la sécurité des approvisionnements. Sans doute, tous ces intérêts publics ne constituent pas « l'intérêt général », mais ils sont autant d'intérêts généraux incontestables, composant finalement ce que l'on a appelé « l'intérêt général du port ».

Le concept d'intérêt général se retrouve dans différents domaines du droit administratif s'appliquant aux EMR. Il est convoqué comme condition d'autorisation d'utilisation du domaine public maritime par les exploitants EMR. L'article R2124-1 CGPPP dispose en effet que « les dépendances du domaine public maritime situées hors des limites administratives des ports peuvent faire l'objet de concessions d'utilisation en vue de leur affectation à l'usage du public, à un service public ou à une opération d'intérêt général »¹²⁹. Le caractère d'intérêt général de la production d'électricité EMR sera également mis en exergue lorsque nous tenterons de qualifier cette activité de service public. Il sera abordé en tant qu'« ordre public » relativement aux questions liées à la sécurité en mer, en tant qu'« utilité publique » dans le cadre de l'application par le juge de la théorie du bilan, ou pour qualifier les installations EMR d'ouvrages publics. L'intérêt général se retrouve aussi dans la notion de « bien commun » dans le cadre de l'approche éthique de la valorisation du milieu marin.

Les différentes terminologies de cette notion évolutive sont interchangeable. Tantôt il s'agira de l'« intérêt national » s'agissant de questions liées à la souveraineté de l'État, sur sa mer territoriale et sur ses ressources énergétiques, de « l'utilité publique » quand il s'agira d'accorder la priorité aux projets EMR favorisant la création d'emplois, le développement économique, ou l'aménagement du territoire, d'« intérêt général » lorsqu'on aborde l'interventionnisme public dans l'économie par le biais des aides d'État. Ce sont peut-être davantage les fonctions que la teneur réelle de l'intérêt général qui permettent d'appréhender cette notion floue appliquée au EMR¹³⁰.

¹²⁸ G. GUEGUEN-HALLOUET, L'application du droit communautaire aux ports maritimes. Contribution à l'étude du régime juridique des activités d'intérêt général dans l'Union européenne". Thèse soutenue en 1999, UBO Brest, p.157.

¹²⁹ Le décret 2016-9 du 8 janvier 2016 a créé un alinéa supplémentaire au sein de cet article pour venir préciser que la durée des concessions relatives aux ouvrages d'énergie en mer et leurs ouvrages connexes a été allongée à quarante ans, au lieu de trente ans initialement comme les autres concessions relevant du même article.

¹³⁰ P. DURAN, « Rapport introductif. L'impuissance publique, les pannes de la coordination », in *La puissance publique*, AFDA n°5, LexisNexis 2012, p.20 : « à la notion d'intérêt général qui « a alimenté une conception neutraliste du service public¹³⁰ », on pourrait substituer une « approche centrée sur l'étude des problèmes publics, c'est-à-dire l'ensemble des questions qui s'imposent à l'attention des pouvoirs publics et nécessitent leur intervention ». Or, « le propre des problèmes publics est leur ambiguïté et leur indétermination : comment sauver

D. TRUCHET¹³¹ évoquait également la possibilité pour le juge de confronter des intérêts généraux entre eux. En effet, « le bon sens suggère que l'intérêt général est supérieur et indivisible, l'intérêt public partiel et contingent : on pourrait comparer des intérêts publics entre eux, mais non des intérêts généraux. La pratique courante du juge est en ce sens, mais elle n'est pas rigoureuse : en particulier, les arrêts qui parlent d'intérêts généraux, ou qui confrontent l'intérêt général à un autre, ne sont pas rares ». C'est ainsi qu'en matière de contrôle de la légalité d'un arrêté fixant un tarif d'achat dans le domaine des énergies renouvelables, le juge a pu privilégier l'intérêt économique du consommateur d'électricité par rapport à l'urgence écologique et énergétique alléguée par les requérants de la suspension d'un décret instituant un moratoire sur la production d'énergie solaire¹³².

Ce contentieux « solaire » illustre également le caractère évolutif de l'intérêt général. Le soutien à la production d'électricité photovoltaïque par le biais du tarif d'achat garanti est justifié tant que la filière n'est pas encore mature technologiquement et donc rentable économiquement, et ne peut donc s'écouler sur le marché de gros de l'électricité à un prix compétitif, et tant que les objectifs de production de la Programmation Pluriannuelle des Investissements (PPI) ne sont pas atteints. C'est pourquoi le Conseil d'État avait refusé de suspendre les effets du moratoire de trois mois institué par le décret du 9 décembre 2010, en justifiant l'intérêt général poursuivi par les pouvoirs publics, à savoir éviter qu'un essor incontrôlé de la filière ne conduise à faire peser sur le consommateur final d'électricité une charge financière excessive¹³³. L'arrêt souligne « la faible durée de la suspension et l'ampleur des capacités de production par rapport aux objectifs, ces derniers étant fixés en tenant compte du droit de l'Union européenne ».

Le soutien public apporté au développement des énergies renouvelables basé sur l'intérêt général fondé notamment sur des critères environnementaux ne se justifie que tant que l'initiative privée est insuffisante pour remplir les objectifs de production fixés par la PPI (ou la PPE) sur la base des recommandations de l'Union européenne, en raison de l'immaturité technologique et donc du prix excessif par rapport au marché de l'électricité. Mais quand ces objectifs commencent à être dépassés, témoignant du succès des soutiens publics, le juge administratif se doit de contrôler si la poursuite de ces soutiens ne s'effectue pas au détriment

l'emploi et conduire les restructurations industrielles, aménager le territoire dans une logique de développement durable....Aujourd'hui la difficulté vient du fait que des logiques différentes viennent à s'entrechoquer (...) C'est bien là toute la difficulté telle qu'elle s'incarne dans la fortune de la notion de « développement durable ». Comment penser harmonieusement et dans le même temps *et* le développement économique *et* la protection de l'environnement *et* la solidarité implique un renouvellement complet de nos approches ».

¹³¹ D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ 1977, Tome 125, p. 278.

¹³² A. CARPENTIER, H. SMITH, « Contentieux solaire : le consommateur final, clé de voute de l'intérêt général », *La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales* n°10, 7 mars 2011, 2094, à propos de l'arrêt du CE, sect., 9^e et 10^ess-sect., 19 janv. 2011, n°343389, *EARL Schmittseppel et M. Noir*.

¹³³ *Ibid.*

d'autres buts d'intérêt général. Le juge procède alors à un bilan coût-avantages pour faire prévaloir l'intérêt général sur d'autres intérêts. C'est ainsi que le Conseil d'État considère que « si le décret contesté est susceptible d'entraîner pour les entreprises concernées par la suspension un préjudice économique, pouvant revêtir pour certaines un caractère de gravité, ce préjudice doit être mis en balance avec l'intérêt public qui s'attache au réexamen d'un système incitatif dont les effets, dans son équilibre actuel, risquent de soumettre les consommateurs d'électricité à des prélèvements compensatoires en forte hausse ». L'intérêt général est ainsi par essence un concept contingent et protéiforme. C'est une notion « abstraite, étroitement dépendante des évolutions historiques, sociologiques et philosophiques de la société (...) évoluant au gré des changements politiques et économiques et constitue par nature, un élément de légitimation de l'action étatique¹³⁴».

La théorie du bilan coûts avantages est souvent utilisée quand il s'agit de mettre en balance des intérêts économiques, environnementaux et sociétaux, permettant ainsi de respecter une perspective de développement durable. A quoi sert-il en effet de soutenir économiquement une activité qui a certes des impacts positifs sur le climat, mais qui nuit au bien-être du consommateur d'électricité ? Cette technique a toutefois l'inconvénient de faire « de l'intérêt général un concept singulièrement élastique », du fait notamment de l'absence de définition juridique à son égard¹³⁵. Il faut préciser qu'en l'espèce la suspension du bénéfice du prix de rachat garanti n'était que de trois mois, et que d'autre part la possibilité de suspendre l'obligation d'achat est prévue par l'ancien article 10 de la loi de 2000 quand cette obligation ne répond plus aux objectifs de la PPI.

La Commission européenne dans sa communication du 6 juin 2012¹³⁶ a d'ailleurs déploré cette insécurité juridique qu'est « la crainte d'une modification rétroactive des régimes de soutien » outre la complexité des procédures d'autorisations et l'absence de guichet unique.

Dans le domaine des EMR, l'intérêt général a commandé à l'Etat de renégocier les appels d'offres éolien offshore lancés en 2011 et 2013 afin de ramener le prix d'achat de l'électricité produite par les parcs à 150 euros le kilowattheure (kwh) au lieu des 200 euros initialement accordés, dégageant ainsi une économie de 15 milliards d'euros sur 15 ans de subventions publiques¹³⁷.

La PPE est fixée en tenant compte des objectifs contraignants fixés par l'Union européenne pour chaque État membre en vue de la réalisation de l'objectif général de 32 % d'énergies

¹³⁴ S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, 2^e éd. Themis, PUF, 2007, pp.179 et s.

¹³⁵ J.M. PONTIER, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *Recueil Dalloz* 1998 p.327.

¹³⁶ COM (2012) 271 final. Communication de la Commission au parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 6 juin 2012, *Énergies renouvelables : un acteur de premier plan sur le marché européen de l'énergie*.

¹³⁷ <https://www.green-law-avocat.fr/leolien-offshore-nouvelle-donne-et-perspectives/>

renouvelables en 2030¹³⁸. La Commission a eu l'occasion de rappeler que l'objectif visé par ces politiques de soutien aux énergies renouvelables est bien de permettre à celles-ci d'atteindre le libre jeu du marché à terme. C'est pourquoi elle précise que dans chaque État membre les mécanismes de soutien sont ajustés au fur et à mesure.

L'utilisation de ces mécanismes de marché ayant prouvé leur efficacité dans le soutien aux énergies renouvelables, cela engendre des impacts négatifs sur le véritable marché de l'électricité, notamment l'apparition de prix négatifs. C'est la raison pour laquelle la nouvelle loi relative à la transition énergétique¹³⁹ introduit dans un article L.314.18 du code de l'énergie une obligation de conclure un contrat offrant un complément de rémunération aux producteurs en faisant la demande¹⁴⁰.

Cette confrontation d'intérêts généraux peut s'observer aussi à l'échelon européen. En effet, le développement des EMR, fondé notamment sur l'adoption du « 3^e Paquet Énergie »¹⁴¹ se conjugue avec les trois objectifs du marché intérieur de l'électricité que sont la compétitivité, la sécurité d'approvisionnement et la durabilité¹⁴² mentionnés par l'article 194 TFUE. Cet article qui consacre la compétence de l'Union européenne dans le domaine de l'énergie intègre les objectifs de la politique climatique européenne au sein du marché intérieur de l'énergie¹⁴³. Or l'objectif de durabilité peut se voir confronter à celui de la compétitivité, à travers la question du coût des EMR notamment. La politique européenne de l'énergie fait ainsi l'objet de conciliations d'intérêts spécifiques pouvant s'avérer divergents. Trois grandes caractéristiques s'appliquent à l'intérêt général qui naît de ces conciliations. Il est sectoriel, technique et très spécialisé. Il est aussi évolutif et les dosages effectués entre les différents intérêts apparaissent mouvants, révisables périodiquement au gré des évolutions technologiques¹⁴⁴.

Le marché de l'électricité EMR peut-il être soumis au droit du marché ?

¹³⁸ Cf *supra*.

¹³⁹ Loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (JORF n°0189 du 18 août 2015 page 14263).

¹⁴⁰ Voir analyse *infra* Première partie Titre II.

¹⁴¹ Adopté le 13 juillet 2009 (JOUE L211, 14/08/2009) voir *supra* note 28.

¹⁴² C. BOITEAU, « Mise en perspective des fondements internationaux et européens du droit de l'énergie renouvelable », in *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques*, Actes du colloque de Brest 11 et 12 Octobre 2012, Pédone, 2013, p. 21.

¹⁴³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Énergies renouvelables : un acteur de premier plan sur le marché européen de l'énergie », COM (2012)271 ; voir C. BOITEAU, « Énergies renouvelables et marché intérieur. Introduction », in *Énergies renouvelables et marché intérieur*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. XV.

¹⁴⁴ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, présentée et soutenue le 6 janvier 2001, Université Robert Schuman de Strasbourg, p. 295.

3- L'application du droit du marché dans le cadre des EMR

Selon C. RIBOT, « le droit du marché serait la forme moderne du droit de l'économie », et permet de dépasser les clivages droit public/droit privé. « Il est évident » poursuit-elle « qu'il n'y a pas de droit privé du marché ou de droit public du marché. Il y a le droit du marché applicable à un contentieux administratif. Autrement, le droit serait unifié alors même que les contentieux sont distingués¹⁴⁵». Il faut préciser que le droit du marché comprend non seulement le droit de la concurrence mais également le droit de la consommation¹⁴⁶. Il est en effet « marqué par le triptyque « industrie-commerce-consommateur »¹⁴⁷».

Le marché de l'électricité EMR ne concerne pas le droit de la consommation, étant rattaché au marché de gros de l'électricité et non au marché de détail. En revanche, il est concerné par le droit de la concurrence. Celui-ci, afin de détecter la présence d'un marché, notion économique, a recours au critère de l'activité économique. La notion d'activité économique désigne très généralement l'offre de biens et de services sur un marché¹⁴⁸. Si le marché n'est pas pleinement concurrentiel, la jurisprudence a recours au critère de l'exercice d'une activité dans un « contexte de marché » ou dans des « conditions de marché »¹⁴⁹. C'est la nécessité de soumettre certaines situations aux lois du marché, ou au contraire de les en protéger qui conditionne, implicitement, la conception que les autorités de la concurrence et le juge retiennent de l'activité économique¹⁵⁰.

Ainsi, comme le précise l'arrêt *Hofner*, « pour l'application du droit de la concurrence, est une entreprise toute entité qui exerce une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement¹⁵¹. Selon E. BERNARD, « l'activité est qualifiée d'économique parce que les autorités de la concurrence considèrent qu'elle doit être soumise

¹⁴⁵ C. RIBOT, « Délégation de service public et droit du marché », *Contrats et Marchés publics* n°5, Mai 2003, chron.8.

¹⁴⁶ Y. PICOD, « Droit du marché et droit commun des obligations. Rapport introductif », *RTD com*1998, p.1.

¹⁴⁷ Y. PICOD, « Droit des contrats et droit du marché. Entre harmonie et turbulences », *Revue des contrats*, 1 octobre 2006, n°4, p.1330.

¹⁴⁸ CJCE 18 Juin 1998, *Commission c/République italienne* C-35/96

¹⁴⁹ Conclusions de l'Avocat général Maduro dans l'affaire *Fénin* : CJCE 11 juillet 2006, aff. C-205/03 : ces conditions de marché « sont caractérisées par un comportement en vue d'un objectif de capitalisation, par opposition au principe de solidarité. C'est ce qui permet de déterminer s'il existe ou non un marché, même si les dispositions légales en vigueur empêchent l'émergence d'une concurrence réelle sur ce marché. En revanche, dès lors que l'État permet une concurrence partielle de se développer (*par le biais d'une régulation asymétrique permettant le plein accès des opérateurs autres qu'historiques sur le marché de la production d'électricité EMR par exemple* (c'est nous qui ajoutons)), l'activité en cause implique nécessairement la participation à un marché ».

¹⁵⁰ E. BERNARD, « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009/3-t. XXIII, 3, pages 353 à 385.

¹⁵¹ CJCE 23 avril 1991, *Hofner et Elser*, aff. C-41/90. Voir M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 5^e éd. Dalloz 2011, p.71; S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 4^e éd. Montchrestien, Paris 2014, n°581, p.325.

au droit de la concurrence et c'est justement cette soumission au droit de la concurrence qui contribue à consacrer l'existence d'un marché »¹⁵².

L'identification d'un marché en droit est ainsi la conséquence et non la source de la mise en œuvre des règles de concurrence. Tant en droit de l'Union européenne qu'en droit national, « l'existence du marché dépend de l'État et révèle l'existence de phénomènes essentiels de pouvoir »¹⁵³. Ainsi, d'une part la production d'électricité EMR, sans faire l'objet d'un marché à proprement parler, constitue une activité économique soutenue par l'État grâce à des mécanismes de marché. Elle est destinée à terme à intégrer le véritable marché de l'électricité lorsque les prix de l'électricité EMR produite seront assez compétitifs pour pouvoir vendre celle-ci au prix du marché. D'autre part, bien que potentiellement soumise au droit de la concurrence¹⁵⁴, ce sont les éventuelles prochaines décisions des autorités de la concurrence qui contribueront à l'existence de ce marché en droit.

La particularité du marché de la production d'électricité EMR est d'être régulé par la Commission de régulation de l'énergie (CRE)¹⁵⁵, notamment dans le cadre des appels d'offres. Le marché de la production d'électricité étant un marché *s'ouvrant* à la concurrence, la CRE exerce une régulation asymétrique, une sorte de discrimination positive. Ainsi, le droit de la concurrence s'appliquant au marché des EMR serait davantage pour l'heure un droit subjectif, protégeant les concurrents, plutôt qu'un droit de la concurrence objectif, consistant en la préservation des structures concurrentielles¹⁵⁶. En effet, pour les préserver, encore faut-il qu'elles existent.

Ainsi, si l'on évoquait le droit du marché des EMR, ce serait plus volontiers à la manière de B. LE BAUT-FERRARESE lorsqu'elle traite du « droit du marché des énergies renouvelables »¹⁵⁷, entendu comme le droit applicable aux mécanismes de marché visant à

¹⁵² E. BERNARD, « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009/3, t. XXIII, 3, p.368.

¹⁵³ J.-A. MAZERES, « L'un et le multiple dans la dialectique marché-nation », in B. STERN (dir.), *Marché et nation, Regards croisés*, Paris, Montchestien, 1995, p.122, cité par E. BERNARD, « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009/3-t. XXIII, 3, pages 353 à 385.

¹⁵⁴ G. GUEGUEN-HALLOUET, « L'appel d'offres éolien en mer à l'épreuve des règles européennes de concurrence », in *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques*. Actes du colloque de Brest 11 et 12 octobre 2012, Pédone 2013, pp.93 et s.

¹⁵⁵ P. SABLIERE, *Droit de l'énergie*, Dalloz 2014-2015, n°262-12, p.464 : « La CRE concourt au bon fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz naturel au bénéfice des consommateurs finals en cohérence avec les objectifs fixés à l'article L.100-1 du code de l'énergie (concernant les objectifs de la politique énergétique) et les prescriptions énoncées à l'article L.100-2 (relatif aux moyens mis en œuvre par l'État pour atteindre ces objectifs tels que la maîtrise de l'énergie, la diversification des sources d'approvisionnement ou le développement de la recherche) ».

¹⁵⁶ G. CLAMOUR, Intérêt général et concurrence. *Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*. Dalloz, Paris, 2006, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, pp. 33 et 34.

¹⁵⁷ B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, 2^e éd. Le Moniteur, 2012

promouvoir les EMR. L'expression « cadre juridique » ou « spécificités juridiques » du marché sera privilégiée toutefois par rapport à l'emploi de l'expression « droit de ».

II- La notion de valorisation du milieu marin par le marché de l'électricité EMR

La valorisation du milieu marin se traduit d'une part sur le plan économique par l'implantation sur le domaine public maritime d'installations issues des technologies nouvelles permettant la production d'électricité EMR, source de redevances au profit de l'État quand il s'agit d'une propriété publique. Cette propriété publique n'est toutefois pas valorisable comme les autres, et ne s'étend pas à l'ensemble du milieu marin (A). En outre, la valorisation du milieu marin grâce aux EMR prend une dimension particulière transcendant la simple valorisation économique. (B).

A- La valorisation du milieu marin sur le plan économique

Le marché de l'électricité EMR contribue dans une certaine mesure à la valorisation économique du milieu marin. En effet, l'implantation des ouvrages EMR sur le domaine public maritime est soumise à la perception de redevances d'utilisation. En revanche, contrairement au domaine public terrestre, ou maritime artificiel, la conclusion de contrats assortis de droits réels, autre outil de la valorisation économique des propriétés publiques, sur le DPM naturel est impossible. Le domaine public maritime naturel bénéficie d'un régime protecteur particulier, appelant à une contribution accrue des redevances perçues à cette protection, comme le recommande un rapport du Comité opérationnel (COMOP) n°5 du Grenelle de la mer¹⁵⁸.

Le milieu marin d'implantation des ouvrages de production d'électricité EMR est aussi composé de la zone économique exclusive (ZEE), qui n'est pas soumise à la perception de redevances. La qualification d'aide d'État n'est peut-être pas à exclure ici. Dans le cadre d'une réponse ministérielle relative à la gestion durable des océans¹⁵⁹, le ministre de l'écologie a déclaré que « le gouvernement s'engage à mener une réflexion sur une meilleure valorisation de l'usage du domaine public maritime en prenant en compte les critères environnementaux, (...) et qu'il pourrait être envisagé la mise en place d'un juste retour des usages commerciaux et d'exploitation préjudiciable à la biodiversité des milieux marins dans la ZEE à hauteur des

¹⁵⁸ Grenelle de la mer, Comité opérationnel n°5 « Droits d'usage des mers, financement, fiscalité », Rapport final, 28 juin 2010.

¹⁵⁹ Ass. Nat. 14 janvier 2014, p.449, Écologie, Développement durable et énergie, Mer et Littoral (Protection. Gestion durable. Rapport. Propositions) Réponse à la question n°36930 du 10 septembre 2013 de M.G. LURTON.

dommages causés », notamment par les EMR. La mise en place d'un droit d'usage de la ressource EMR, en tant que ressource naturelle, pourrait constituer une piste.

La notion de valorisation économique intègre ainsi davantage l'exigence de développement durable que la seule notion d'exploitation du milieu marin. La valorisation économique du milieu marin revêt un aspect particulier en raison de la sensibilité (1) et de la nature juridique protéiforme de celui-ci (2).

1- La sensibilité du milieu marin

Le milieu dans lequel l'activité de production d'électricité EMR se déploie est un milieu sensible, faisant l'objet d'une protection particulière, que ce soit sur le plan international¹⁶⁰, régional (sept mers régionales sur onze possèdent un protocole consacré spécifiquement à la biodiversité)¹⁶¹, européen¹⁶² ou national¹⁶³.

Cette protection s'est construite au fil du temps en réaction aux diverses sources de pollution du milieu marin, mais aussi à l'exploitation abusive des ressources, halieutiques notamment. La notion d'« exploitation », contrairement à celle de « valorisation », est une notion polysémique.

¹⁶⁰ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM signée à Montego-Bay le 10 décembre 1982), articles 192 à 206 ; Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992, entrée en vigueur le 29 décembre 1993 ; la Convention relative à la protection du patrimoine mondial naturel et culturel signée le 23 novembre 1972 et entrée en vigueur le 17 décembre 1975 ; Convention de Ramsar sur la conservation des zones humides internationales du 2 février 1971 ; Convention de Bonn du 23 juin 1979 et son système de Bonn.

¹⁶¹ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement. Droit durable*, Bruylant, 2014, p. 719 : « Les Conventions sur les mers régionales disposent toutes d'un article sur l'étude d'impact préalable inspirée de l'article 206 de la Convention sur le droit de la mer : par exemple : Protocole pollution tellurique – Caraïbes (Aruba, 1999, art. VII ; Protocole vie sauvage-Caraïbes (Kingston 1990, art.13) ; convention sur l'environnement marin et côtier-Pacifique Nord-est (Antigua 2002, art.5-6-c et 6-2-b) ; Convention d'Helsinki sur la mer Baltique du 9 avril 1992 (art.7) et la Convention de Paris- OSPAR du 22 septembre 1992 sur l'Atlantique Nord-est (art.16 et annexe IV Evaluation de la qualité du milieu marin) ». Voir aussi la Convention de Barcelone de 1976 modifiée en 1995 sur la protection du milieu marin et de la protection du littoral de la Méditerranée, art.4-3-c ; voir son protocole de 1995 sur les aires marines protégées et la diversité biologique en Méditerranée, art.17 ; voir aussi son protocole signé à Madrid le 21 janvier 2008 sur la GIZC ; Protocole de Sofia relatif à la Mer noire du 14 juin 2002 ; Protocole de Madrid du 4 octobre 1991 relatif à l'Antarctique. Étude publiée en 2004 portant étude d'impact internationale relative à l'Arctique (ACIA : *Arctic climate impact assessment*).

¹⁶² Directive 92/43/CE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et la flore sauvage dite Directive « Habitats » (JOCE n°L.206 du 22 juillet 1992 p.7), modifiée par la Directive n°97/62/CEE du Conseil du 27 octobre 1997 (JOCE n° L.305 du 8 novembre 1997) ; Règlement CE n°2371/2002 du Conseil du 20 décembre 2002 relatif à la conservation et l'exploitation durable des ressources halieutiques dans le cadre de la Politique commune de la pêche (JOCE n°L.358/59 du 31 décembre 2002) ; Directive 2008/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin (directive-cadre « stratégie pour le milieu marin ») (JO L 164 du 25.6.2008, p. 19).

¹⁶³ La protection du milieu marin, en tant que patrimoine commun de la nation (art. L.219-7) fait l'objet de dispositions spécifiques dans le code de l'environnement, notamment grâce au Plan d'action pour le milieu marin (art. L.219-9 et s.), et de sanctions pénales, notamment en cas de rejets en mer de substances ou organismes nuisibles pour la faune et la flore marine (art. L.218-73), voir aussi les articles L.218-10 à 24, L.218-32, L.218-48, L.218- 49, L.218-64

En effet, si l'exploitation renvoie à l'« action d'exploiter un bien, de le faire valoir, de le gérer, en vue d'en tirer profit », elle peut aussi désigner l'« action de tirer abusivement profit »¹⁶⁴. Les espaces maritimes internationalisés constituent selon J. SOHNLE un « domaine prototypique de l'antagonisme exploitation versus protection »¹⁶⁵. L'Océan Arctique par exemple est à la fois l'objet d'une protection internationale et d'une exploitation souveraine des États¹⁶⁶. Les grands fonds marins, dont l'exploitation des ressources fait peser des menaces sur les écosystèmes, nous en fournit un autre exemple¹⁶⁷.

Le marché de l'électricité EMR est encore balbutiant, et la crainte d'une exploitation abusive des ressources EMR est largement prématurée¹⁶⁸. Néanmoins, ses impacts sur les écosystèmes marins sont encore pour la plupart méconnus, conduisant à un paradoxe.

En effet, comme nous l'avons vu, l'un des principaux fondements du développement des EMR trouve sa source dans la lutte contre le changement climatique, dont les effets positifs futurs bénéficieront tant à l'homme qu'à la faune ou à la flore marine. Les maîtres d'ouvrage sont à ce sujet invités par l'Autorité environnementale à mieux argumenter l'avantage des EMR sur les autres modes de production d'énergie fossile en matière d'émissions de gaz à effet de serre¹⁶⁹. Dans un arrêt rendu le 1^{er} juillet 2014 à propos de la compatibilité de régimes de soutien suédois aux énergies renouvelables avec la liberté de circulation des marchandises au sein du marché intérieur, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) précise que la teneur de « l'objectif de protection de l'environnement sous-jacent à une augmentation de la production et de la consommation d'électricité verte (vise) en particulier la réduction des émissions de gaz à effet de serre », mais aussi la « protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ainsi que de la préservation des végétaux¹⁷⁰».

Or le marché de l'électricité EMR peut lui-même être la cause d'une dégradation de certains écosystèmes marins. Dans son avis sur le projet de parc éolien offshore situé au large du

¹⁶⁴ Dictionnaire de l'Académie française 9^e édition,

<http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?22;s=1520814135;>

¹⁶⁵ J. SOHNLE, « Avant-propos » in *Marché et environnement*, sous la dir. de J. SOHNLE et M.P. CAMPROUX DUFFRENE, Bruylant Bruxelles 2014, p. XV.

¹⁶⁶ S. KAUFMANN, « Le régime juridique de l'Océan arctique : un paradoxe entre exploitation souveraine et protection internationale », in *Marché et environnement*, sous la dir. de J. SOHNLE et M.P. CAMPROUX DUFFRENE, Bruylant Bruxelles 2014, pp. 177 et s.

¹⁶⁷ J. SOHNLE, « Avant-propos » in *Marché et environnement*, sous la dir. de J. SOHNLE et M.P. CAMPROUX DUFFRENE, Bruylant 2014, p. XIII.

¹⁶⁸ Les EMR sont en effet des ressources renouvelables, dont le caractère inépuisable les rend en principe étrangères à toute idée d'exploitation abusive. L'idée avancée par certains auteurs étrangers d'une possible « tragédie des communs » concernant les ressources EMR, notamment la ressource vent, sera néanmoins évoquée dans la thèse.

¹⁶⁹ Voir l'Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le parc éolien flottant Provence Grand Large du 16 mai 2018 n° Ae 2018-27 p. 16.

¹⁷⁰ CJUE, 1^{er} juillet 2014, *Alands Vindkraft*, aff. C-573/12, point.93 ; B. LE BAUT-FERRARESE, « Nouvelle position de la CJUE sur l'euro-compatibilité des mécanismes nationaux de soutien à l'électricité renouvelable », *Environnement* n°11, novembre 2014, comm.75.

Tréport, l'Autorité environnementale reconnaît la complexité technique des questions environnementales que le maître d'ouvrage n'est pas parvenu à appréhender complètement et démontrant qu'il ne sera pas en mesure de maîtriser tous les impacts de son projet sur les espèces¹⁷¹. L'obligation prévue à l'article R122-5 (II 5^oe) du code de l'environnement d'analyser également les effets cumulés des projets éoliens en mer avec d'autres projets existants ou approuvés accroît cette complexité¹⁷². Le rapport de l'Autorité environnementale sur le projet de parc éolien offshore de Courseulles-sur-Mer a mis en évidence le manque de connaissances et les nombreuses incertitudes entourant les risques potentiels à l'environnement marin, révélant les limites des études d'impact que doivent réaliser les développeurs EMR¹⁷³ fondées sur le principe de prévention des risques connus¹⁷⁴. Dans son avis relatif au futur parc de l'Ile d'Yeu, l'Autorité environnementale recommande à plusieurs reprises une approche de précaution dans la réalisation des études¹⁷⁵. Les incertitudes atteignent un degré supérieur concernant des technologies moins matures que l'éolien posé, tel que l'éolien flottant. L'avis de l'Autorité environnementale a relevé à ce sujet le manque de retour d'expériences de cette technologie, et insiste sur l'importance des fermes pilotes dans la collecte d'informations environnementales en vue d'un déploiement industriel plus conséquent, dans le respect du principe de précaution¹⁷⁶. Elle pointe à ce propos la responsabilité de l'État dans la mise en place d'un Conseil scientifique indépendant des maîtres d'ouvrage¹⁷⁷. Les EMR soulèvent ainsi la question primordiale de l'application du principe de précaution en raison de l'incertitude sur la réalisation des dommages au milieu marin et corrélativement celle du respect du droit à un environnement sain des générations présentes et futures.

L'article 194.1 TFUE soumet la mise en œuvre de la politique énergétique au respect de l'exigence de protection mais aussi d'*amélioration* de l'environnement. On retrouve ainsi l'idée de plus-value, de mise en valeur. Selon l'article 6 de la Charte de l'environnement, « les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient

¹⁷¹ Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le parc éolien en mer de Dieppe- Le Tréport n° Ae : 2018-50 p.11.

¹⁷² Voir notamment le document mis à la disposition du public par le CGED (Commissariat général au développement durable) <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/Théma%20-%20Premiers%20éléments%20méthodologiques%20sur%20les%20effets%20cumulés%20en%20mer.pdf>

¹⁷³ Les projets EMR sont soumis à étude d'impact sur le fondement des articles L122-1 et R122-2 du code de l'environnement (rubrique n°27 : installations en mer de production d'énergie ; rubriques n°31 à 33). L'étude d'impact est mise à disposition du public pendant au moins quinze jours avant l'ouverture de l'enquête publique (article L123-10 du code de l'environnement). Une évaluation des incidences des opérations sur les sites Natura 2000 (article L414-4 du code de l'environnement) doit aussi être réalisée.

¹⁷⁴ Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le projet de parc éolien en mer de Courseulles-sur-Mer et son raccordement électrique du 25 mars 2015 n° Ae 2015-003.

¹⁷⁵ Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le projet de parc éolien en mer des Iles d'Yeu et de Noirmoutier du 21 février 2018 n° Ae 2017-89 p.18.

¹⁷⁶ Voir notamment l'Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le parc éolien flottant Provence Grand Large du 16 mai 2018 n° Ae 2018-27.

¹⁷⁷ *Ibid* p.24.

la protection et la *mise en valeur de l'environnement*, le développement économique et le progrès social ». Or les conditions imposées aux développeurs EMR pour exploiter ces ressources, contenues principalement dans les cahiers des charges des appels d'offres, ne laissent pas transparaître cette idée d'« amélioration » de l'environnement. Elles visent tout au plus à « minimiser les impacts sur l'environnement » dans le cadre de la conception, de la construction, de l'exploitation et du démantèlement des installations¹⁷⁸.

Le marché de l'électricité EMR doit pouvoir contribuer à la valorisation économique du milieu marin en vue de protéger son caractère sensible. Il doit également prendre en compte sa nature et son régime juridiques particuliers.

2- La nature et le régime juridiques protéiformes du milieu marin

Outre son caractère sensible, une autre spécificité du milieu d'exploitation des EMR réside dans son caractère tridimensionnel, qui se manifeste tant de façon horizontale que verticale.

Comme nous aurons l'occasion de le développer dans le cadre de la thèse, les installations permettant l'exploitation des EMR ont en effet systématiquement un lien avec le sol marin, soit qu'elles y sont implantées, soit pour assurer leur stabilité via des câbles lorsqu'elles sont flottantes. La ressource énergétique marine quant à elle est exploitée dans la colonne ou la surface de l'eau de mer, ou dans l'espace aérien surplombant celle-ci quand il s'agit d'exploiter la force cinétique du vent. La nature juridique du sol marin semble s'apparenter à celle d'une partie du sol terrestre, soit une propriété de l'État, tout au moins dans la limite de la mer territoriale¹⁷⁹. Les eaux surjacentes sont une chose commune, échappant à toute appropriation, qu'elle soit publique ou privée, au sens de l'article 714 du code civil. Quant à l'espace aérien, la doctrine semble plus divisée sur sa nature juridique. Il fait a priori partie du domaine public¹⁸⁰, mais pourrait aussi être qualifié de *res nullius*, soumis au seul pouvoir de police de

¹⁷⁸ Cahier des charges de l'appel d'offres éolien en mer n°2011/ S 126-208873 portant sur les installations éoliennes d'électricité en mer. Point 4.2.

¹⁷⁹ Ce point sera développé au cours de la thèse.

¹⁸⁰ La doctrine est divisée quant à l'existence d'un domaine public aérien (P. GODFRIN, M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens*, 10^e éd. Sirey. Dalloz, Paris 2012, p. 68. Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, T.2, Droit administratif des biens*, 14^e éd. JGDJ, Paris 2011, p.94 et s.); N. BETTIO, *Jcl propriétés publiques*, fasc. 30 Domaine public de l'État, n°19 et 20 : le CG3P distingue le domaine public aéronautique (art. L.2111-16) affecté à la circulation aérienne et d'autre part le domaine public hertzien (art. L.2111-17). Le domaine public aérien se distingue cependant de ces deux domaines en tant qu'il comprend les voies empruntées par les aéronefs. Pour des raisons évidentes de souveraineté, les domaines aériens et hertziens ont été incorporés dans le domaine public étatique (par la jurisprudence (CE, 7 mars 1930, Cie aérienne française : DP 1931, 3, p. 1, concl. M. Dayras, note L. Trotabas ; Rec. CE 1930, p. 257. – CE, 6 févr. 1948, Radio-Atlantique : RDP 1948, p. 244, concl. B. Chenot. – A. de Laubadère, *Réflexions d'un publiciste sur la propriété du dessus* : Mélanges G. Marty, p. 761) et par la loi (L. n° 86-1067, 30 sept. 1986 sur la liberté de communication : Journal Officiel 1er Octobre 1986. – Cons. const., 28 déc. 2000, déc. n° 2000-442 DC : RID éco. 2001, p. 225, note C. Nzaloussou. – CGPPP, art. L. 2111-17)

l'État, ou également de chose commune¹⁸¹. Ces espaces d'implantation et d'exploitation des EMR ne relèvent jamais de la propriété privée, marquant ainsi l'une des spécificités du marché des EMR comparativement aux autres énergies renouvelables exploitées à terre. Ils sont en outre imprégnés du régime de l'usage commun à tous.

Selon le professeur BEURIER¹⁸², « l'océan a toujours été considéré par l'homme comme une surface, vecteur de la navigation, et non comme un volume ». R. CASADO RAIGON¹⁸³ nous remémore le fait qu'« à partir de 1945, la conception horizontale classique du milieu marin, celle de la mer comme moyen de communication, sera définitivement complétée par une nouvelle conception ou projection verticale de celle-ci (relation fonds-surface, ressources du fond et du sous-sol marins) ».

La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) évoque dans son préambule « les problèmes des espaces marins » pour ensuite privilégier le concept de « zone ». La mer territoriale en premier lieu est désignée selon l'article 2 comme la « zone de mer adjacente » à laquelle s'étend la souveraineté de l'État côtier, au-delà de son territoire et de ses eaux intérieures, souveraineté s'appliquant aussi à l'espace aérien au-dessus de la mer territoriale, ainsi qu'au fond de cette mer et à son sous-sol. La largeur maximale de cette zone ne peut dépasser 12 milles marins (22,2 km). L'État côtier y exerce sa souveraineté tant en matière économique que de police. L'exploration et l'exploitation des ressources de la mer territoriale sont réservées aux ressortissants de l'État riverain qui seul détermine les conditions des activités économiques¹⁸⁴. Ce dernier a également compétence pour autoriser l'implantation des ouvrages de production d'électricité de source EMR.

La notion de « zone économique exclusive » ensuite, au-delà de la mer territoriale, qui introduit dès la fin de la Seconde Guerre Mondiale la conception verticale et non plus seulement horizontale du milieu marin, s'étend jusqu'à 200 milles des lignes de base. Selon les articles 55 et 56 de la CNUDM, l'État côtier dispose de droits qualifiés de « souverains » pour l'exploration, la conservation et la gestion des ressources naturelles, biologiques ou non,

¹⁸¹ N. BETTIO, *Jcl propriétés publiques*, fasc. 30 Domaine public de l'État, n°21 : la jurisprudence classant l'espace atmosphérique surplombant le territoire national dans le domaine public date d'une époque à laquelle n'était pas clairement conceptualisée la relation domaine public/propriété publique. L'État n'étant pas propriétaire de son territoire, mais souverain sur son territoire, il est difficilement concevable que l'appropriation étatique puisse s'étendre à l'espace atmosphérique qui le surplombe. Dans cette hypothèse, la théorie de l'accession définie à l'article 552 du code civil n'est pas applicable. En réalité, la propriété étatique de l'espace aérien n'est admise que pour l'espace surplombant les dépendances du domaine public (CE, 23 oct. 1963, SNCF : RDP 1963, p. 1191, concl. Braibant, à propos de l'espace aérien surplombant les voies ferrées).

¹⁸² J.P. BEURIER, *Droits maritimes*, Dalloz 2006, n°111.09, p.69.

¹⁸³ R. CASADO RAIGON, « Le droit de la mer jusqu'à la conférence de Genève de 1960 », in *L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer. Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*. sous la dir. de R. CASADO RAIGON et G. CATALDI, Bruylant Bruxelles 2009, p.108.

¹⁸⁴ J.P. BEURIER, *Droits maritimes*, Dalloz 2006, n°112.53, pp.87 et 88

comprises dans le sous-sol, le sol ou la colonne d'eau surjacente. Ces droits souverains s'appliquent aussi à l'exercice d'activités économiques, telles que la production d'énergie à partir de l'eau des courants et des vents¹⁸⁵. Il est intéressant de préciser que la France a repris ces définitions dans une ordonnance du 8 décembre 2016 relative aux espaces maritimes relevant de la souveraineté ou de la juridiction de la République française afin de clarifier et d'unifier le droit¹⁸⁶.

L'État côtier a ensuite compétence pour la mise en place d'installations ou d'ouvrages aux fins de réalisation des droits souverains décrits ci-dessus. Les matières dans lesquelles l'État côtier exerce sa juridiction forment en quelque sorte le prolongement de celles qui font l'objet des droits souverains et ont pour finalité de matérialiser ou de protéger la réalisation de ces droits¹⁸⁷. Les droits énoncés dans l'article 56 CMB relatifs aux fonds marins et au sous-sol de la ZEE s'exercent conformément à la partie VI de la convention. Ainsi, dans l'éventualité, certes peu probable, où des engins EMR seraient implantés sur le sol de la ZEE, le régime du plateau continental s'applique.

L'article 60 CMB octroie à l'État côtier le droit exclusif de procéder ou d'autoriser et réglementer la construction, l'exploitation et l'utilisation des installations visées à l'article 56. Dans le cadre de l'implantation des parcs EMR au-delà de sa mer territoriale, le Royaume Uni avait déclaré des zones maritimes dédiées, les *Renewable Energy Zone (REZ)*, et ce bien avant d'avoir déclaré une ZEE. L'*Exclusive Economic Zone Order* de 2013 actant de la ZEE du Royaume-Uni est entré en vigueur le 31 mars 2014, abrogeant dans son article 1(2) le *REZ Order Act*. Le Royaume Uni n'avait en effet pas proclamé de ZEE mais uniquement des zones de pêche.

La haute mer enfin désigne selon l'article 86 CMB toutes les parties de la mer qui ne sont comprises ni dans la ZEE ni dans la mer territoriale ou les eaux intérieures d'un État. L'article

¹⁸⁵ Le décret n°2012-1148 du 12 octobre 2012 portant création d'une zone économique exclusive au large des côtes du territoire de la République en méditerranée (JORF n°0240 du 14 octobre 2012 page 16056) a substitué à la zone de protection écologique (ZPE) créée en 2003 une ZEE en Méditerranée, accordant ainsi à l'État français des droits souverains pour exploiter les EMR. Il faut préciser que la France avait, bien avant la CNUDM de 1982, créé une zone économique au large des côtes du territoire de la République bordant la Mer du Nord, la Manche et l'Atlantique, depuis la frontière franco-belge jusqu'à la frontière franco-espagnole, par le décret n°77-130 du 11 février 1977 (en application de la loi n°76-655 du 16 juillet 1976).

¹⁸⁶ Ordonnance n° 2016-1687 du 8 décembre 2016 relative aux espaces maritimes relevant de la souveraineté ou de la juridiction de la République française (JORF n°0286 du 9 décembre 2016) qui a abrogé et intégré la loi n°1968-1181 du 30 décembre 1968 relative à l'exploration du plateau continental et à l'exploitation de ses ressources naturelles et la loi n°76-655 du 16 juillet 1976 relative à la zone économique et à la zone de protection écologique au large des côtes du territoire de la République. Voir aussi Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-1687 du 8 décembre 2016 relative aux espaces maritimes relevant de la souveraineté ou de la juridiction de la République française (JORF n°0286 du 9 décembre 2016).

¹⁸⁷ L. LUCCHINI précité n°46.

87 confère aux États la liberté de construire sur cet espace les installations autorisées par le droit international, sous réserve de respecter les règles de la partie VI relatives au plateau continental. La partie XI de la CMB est consacrée à la Zone qui désigne selon l'article 1^{er} les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale.

Ainsi, le marché de l'électricité EMR doit s'adapter au régime juridique protéiforme du milieu marin. La difficulté consiste alors à créer des outils de planification prenant en considération cette originalité. La planification maritime ne peut se contenter de reproduire une pâle copie des outils terrestres. Elle doit aussi légitimer la place accordée aux EMR au sein de la répartition des activités et usages de la mer. Les délégations réunies dans le cadre du Processus consultatif informel des Nations Unies précité ont reconnu « que la mise en valeur des énergies marines renouvelables nécessit(e) une démarche structurée de répartition de l'espace maritime ». L'intérêt d'une démarche planificatrice destinée à favoriser le développement des EMR est également vivement défendu dans le cadre de la PMI¹⁸⁸, notamment de la directive 2014/89/UE du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la planification de l'espace maritime¹⁸⁹.

L'enjeu consiste donc à ce que le marché des EMR contribue à la valorisation économique du milieu marin dans le respect de son caractère sensible, de son régime juridique tridimensionnel et de son usage commun. Le ministre de l'écologie a souligné dans une réponse ministérielle¹⁹⁰ que « le développement de nouveaux usages de la mer et particulièrement l'exploitation de ses ressources naturelles notamment pour la production d'énergies marines renouvelables, rend nécessaire l'encadrement de ces nouvelles activités pour, d'une part, vérifier la cohérence des activités pratiquées sur une même zone maritime, et, d'autre part, évaluer leurs incidences environnementales potentielles et les prévenir ».

A ce titre, la sélection préalable des sites propices à l'exploitation des EMR se doit de tenir compte de ces deux spécificités. Comme nous aurons l'occasion de le développer dans le cadre de la thèse, le régime de l'usage commun qui caractérise notamment la colonne d'eau surjacente au domaine public maritime n'autorise pas d'exclusivité de l'usage. Il s'agit d'un usage libre,

¹⁸⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Énergie éolienne en mer: réaliser les objectifs de politique énergétique à l'horizon 2020 et au-delà, 12 décembre 2008, COM (2008) 768 final; Communication de la Commission COM(2008) 791 final: « Feuille de route pour la planification de l'espace maritime: élaboration de principes communs pour l'Union européenne »; Rapport de la Commission au Conseil, au parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions (COM(2009)540): Rapport sur l'état d'avancement de la politique maritime intégrée de l'UE (SEC(2009)1343).

¹⁸⁹ Directive 2014/89/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la planification de l'espace maritime (JOUE L 257/135 du 28 août 2014).

¹⁹⁰ ASSEMBLEE NATIONALE, 27 mai 2014, p.4290, Écologie, Développement durable et énergie, Mer et Littoral (Protection. Gestion durable. Rapport. Propositions) Réponse à la question n°36932 du 10 septembre 2013 de M. G. LURTON.

égal et gratuit¹⁹¹. Des exceptions sont toutefois admises uniquement afin de protéger l'usage commun. C'est le cas notamment de la loi sur l'eau¹⁹² qui soumet les activités susceptibles d'altérer le milieu marin, telle la production d'électricité EMR, à autorisation préalable. L'existence d'aires marines protégées excluant totalement ou soumettant la présence de parcs EMR à autorisation peut également se classer parmi ces exceptions à l'usage commun.

Sans entrer ici dans le débat opposant ceux qui considèrent ces restrictions comme un usage supérieur à tous les autres, ou un usage concurrent, sur lequel nous reviendrons, il faut souligner que certains projets de parcs éoliens en mer sont localisés au sein de ces zones protégées. C'est le cas du parc éolien offshore au large de Dunkerque qui se situera intégralement dans deux sites Natura 2000 en mer désignés au titre des directives « Habitat, faune, flore » et « oiseaux ». Le tiers de la surface du parc éolien en mer du Tréport se situe au sein du parc naturel marin des estuaires picards et de la mer d'Opale et le site dans son ensemble côtoie des zones d'importance internationale pour les oiseaux et les mammifères marins. Il est ainsi nécessaire de réguler la répartition des usages au sein des zones sélectionnées, de justifier leur hiérarchisation, ce qui constitue un défi dans le cadre du respect de l'usage commun.

Le marché de l'électricité EMR est ainsi susceptible de contribuer à la valorisation économique du milieu marin, mais aussi à sa valorisation éthique, en participant au mieux-vivre des citoyens.

B- La dimension éthique de la valorisation du milieu marin

La contribution du marché de l'électricité EMR à la valorisation du milieu marin dépasse la dimension économique. La place de l'homme se voit de plus en plus affirmée, non plus seulement en tant qu'acteur dans le cadre des activités économiques liées à la mer, mais comme finalité de la mise en valeur des EMR. Il n'est plus uniquement le bénéficiaire par ricochet des mesures prises contre le réchauffement climatique. Le processus consultatif informel précité évoque les notions de justice distributive, d'équité sociale, d'accès à l'énergie. L'article 3.2 de la Décision relative au 7^e Programme d'action pour l'environnement (PAE) de l'Union européenne¹⁹³ invite à « l'amélioration de la qualité de vie et du bien-être des citoyens ». Ce 7^e PAE invite notamment à « œuvrer dans le cadre d'une approche cohérente et exhaustive post-2015 en vue de relever les défis universels de l'éradication de la pauvreté et du développement

¹⁹¹ Art. 714 du code civil.

¹⁹² Loi n°92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau reprise aux articles L214-1 à L214-6 du code de l'environnement.

¹⁹³ Décision 1386/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 relative à un programme d'action générale de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020 « Bien vivre dans les limites de notre planète ».

durable ». Ces objectifs de développement durable doivent notamment couvrir « au niveau international et national, les domaines prioritaires tels que l'énergie (... et) les océans ¹⁹⁴».

L'homme est également au centre des préoccupations lorsqu'il s'agit de défendre le « paysage marin », expression utilisée par le groupe de travail OSPAR¹⁹⁵. Ce dernier, mis en place dans le cadre de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord- Est dite Convention OSPAR¹⁹⁶, a servi de plate-forme d'échange d'informations concernant la planification de l'espace maritime. Il fournit des orientations sur les considérations environnementales pour le développement des éoliennes offshore¹⁹⁷, notamment sur les critères de choix de l'emplacement d'un parc. Il est intéressant de noter que le « paysage marin » fait partie des données à prendre en compte, au même titre que les aires marines protégées, la pêche, la navigation, ou le tourisme. Il est recommandé de préparer une illustration visuelle de l'impact des parcs EMR sur le paysage, ceux-ci pouvant être visibles à plus de 20 milles, visibilité dépendant des conditions météorologiques. L'impact des parcs d'éoliennes offshore sur le paysage marin fait partie d'un des points le plus souvent discutés lors des débats publics.

La notion de paysage est subjective et les impacts sur le paysage difficilement quantifiables, contrairement aux autres usages. Le paysage fait pourtant partie du patrimoine commun de la nation¹⁹⁸, au même titre que les espaces, les ressources naturelles, la biodiversité ou la qualité de l'air. La transversalité du droit de l'environnement permet de réunir les deux aspects naturel et culturel du paysage. Comme le souligne M. PRIEUR, ce « concept polysémique » recouvre deux aspects : « un aspect subjectif qui est ma vision et ma perception de l'espace qui m'entourne. Ma lecture du paysage est le fruit de ma culture, de mon éducation et de mon passé », et « un aspect objectif qui peut être la description scientifique de ce que je vois et se traduira en une série de données objectivement observables, voire mesurables par des naturalistes, des géographes, des historiens et des paysagistes. Ainsi le paysage est bien la rencontre entre des données culturelles et des données naturelles¹⁹⁹».

¹⁹⁴ *Ibid.* p.85.

¹⁹⁵ Dans lequel sont impliqués les gouvernements de 15 pays : France, Belgique, Danemark, Finlande, Norvège, Suède, Allemagne, Espagne, Portugal, Royaume Uni, Islande, Irlande, Luxembourg, Pays bas, Suisse.

¹⁹⁶ Signée à Paris le 22 septembre 1992 et entrée en vigueur le 25 mars 1998

¹⁹⁷ Accord 2008-3

¹⁹⁸ Art. L.110-1 du code de l'env.

¹⁹⁹ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement. Droit durable*, Bruylant, 2014, pp. 533 et s.

La Convention européenne du paysage²⁰⁰ définit le paysage (art.1-a) comme désignant « une partie de territoire telle que perçue par les populations, dont le caractère résulte de l'action de facteurs naturels et/ou humains et de leurs interrelations ». Selon l'article 2 le territoire en question inclut les espaces terrestres, les eaux intérieures et maritimes. La convention impose aux États de reconnaître juridiquement le paysage comme composante essentielle du cadre de vie des populations, comme fondement de leur identité et de mettre en place une politique paysagère, notamment au travers de la prise en compte du paysage dans les études d'impact. La France, partie à la Convention, a l'obligation juridique depuis le 1^{er} juillet 2006 d'intégrer le paysage dans toutes les politiques sectorielles dont l'environnement (art. 5-d).

D'avantage de collaboration entre porteurs de projets de parcs éoliens en mer, architectes et paysagistes devrait permettre une insertion plus harmonieuse des aérogénérateurs dans le paysage marin. Comme l'exprimait E. RECLUS, « même de grands édifices peuvent aider à la beauté de l'espace environnant quand les architectes ont compris le caractère du site et que l'œuvre de l'homme s'accorde avec le travail géologique des siècles en un harmonieux ensemble²⁰¹».

J.P. BEURIER s'est interrogé sur la prise en compte par le droit du paysage sous-marin²⁰². Selon lui rien ne s'oppose à ce que la Convention européenne sur le paysage s'applique également au fond de la mer. La directive de 2008²⁰³ (stratégie pour le milieu marin) traite du niveau d'intégrité des fonds marins comme garant du bon fonctionnement des écosystèmes. Ainsi, au-delà des atteintes éventuelles à l'intégrité du sol de la mer ou à la biodiversité, la dimension « paysagère » pourrait être prise en compte notamment dans les prescriptions imposées aux développeurs quant aux choix des fondations d'éoliennes offshore, ou lors de la phase de démantèlement.

C'est en analysant le lien inextricable entre le marché de l'électricité EMR et le milieu marin que se dégageront au fil de notre étude les spécificités juridiques des EMR, notamment au

²⁰⁰ Adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à Strasbourg le 19 juillet 2000, la Convention européenne du paysage a été ouverte à la signature des États membres de l'Organisation à Florence le 20 octobre de la même année. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2004.

²⁰¹ E. RECLUS, *L'homme et la terre*, T. VI, Paris Librairie universelle 1905 ; voir l'article que lui a consacré J. MORAND-DEVILLER, « Ordre naturel, ordre universel : la démocratie environnementale. Elisée Reclus » in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Costa*, Dalloz 2011, pp. 443-459, spéc. p. 448 : E. RECLUS a rendu « hommage aux progrès de la science et de la technique lorsqu'il décrit l'aménagement intelligent que l'homme (...) peut apporter aux éléments naturels ».

²⁰² J.P. BEURIER, « Le paysage sous-marin à l'épreuve du droit », in *Marché et environnement*, sous la dir. de J. SOHNLE et M.P. CAMPROUX DUFFRENE, Bruylant 2014, pp.221 et s.

²⁰³ Directive 2008/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin (directive-cadre « stratégie pour le milieu marin ») (JO L 164 du 25.6.2008, p. 19).

regard des énergies renouvelables terrestres. Foyer des ressources EMR et lieu d'implantation des installations permettant leur mise en valeur, le milieu marin constitue la clé d'accès au marché de l'électricité EMR, ainsi que le vecteur privilégié du transport de la marchandise électricité de source EMR, en témoigne le soutien de l'Union européenne aux programmes de développement des réseaux électriques offshore reliant plusieurs parcs éoliens en mer de différents États européens. Mais il représente aussi une contrainte pour les investisseurs sur ce marché au regard de son régime de propriété, prohibant notamment la constitution de droits réels. Inversement, le marché de l'électricité EMR valorise économiquement tout en contraignant le milieu marin. Ce n'est qu'en intégrant et en minimisant ces contraintes que la valorisation pourra être durable, en considérant les aspects social et environnemental de la valorisation.

Comme le souligne le professeur PANCRACIO²⁰⁴, « l'océan mondial est un système complexe d'interactions ». Le Dictionnaire de l'Académie française²⁰⁵ définit l'interaction comme une « influence réciproque » ou « action réciproque de deux ou plusieurs objets, de deux ou plusieurs phénomènes ». L'interaction peut être d'une part « une dynamique, une action conjuguée, parallèle ou croisée²⁰⁶ », une « émulation, une influence réciproque, un renforcement mutuel²⁰⁷ ». D'autre part, « envisager l'interaction en tant que réaction ou interférence ne permet pas d'exclure l'idée de conflit²⁰⁸ ».

La première partie sera consacrée à l'analyse juridique de l'accès au marché de l'électricité EMR, de sa nature et de son fonctionnement. Dans un premier temps sera mise en exergue la complexité de l'accès au marché de l'électricité EMR, conditionné par l'accès au milieu marin, dont la clé est détenue par l'Etat. Dans un deuxième temps, l'étude portera sur la singularité du marché de l'électricité EMR, tant au niveau de la production d'électricité qu'au stade de la vente de celle-ci, sur sa structure, notamment au regard des acteurs de ce marché, ainsi que sur son fonctionnement, à l'épreuve du droit de la concurrence. Les aspects juridiques du marché de l'électricité EMR sont empreints du régime juridique du milieu marin. (**Première partie**).

²⁰⁴ J.-P. PANCRACIO, *Droit de la mer*, Dalloz Paris, 2010, p.1.

²⁰⁵ *Dictionnaire de l'Académie française en ligne*, disponible sur <http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;S=4094377155>

²⁰⁶ A. M. SMOLINSKA, *Le droit de la mer entre universalisme et régionalisme*, Bruylant Bruxelles 2014, p.33.

²⁰⁷ E. DECAUX, cité par J. CARDONA LLORENS, « Le rôle des traités », in *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, travaux du séminaire tenu à Palma, les 20 et 21 mai 2005, Bruylant 2006, pp.26-48.)

²⁰⁸ A.M. SMOLINSKA *op. cit.*

Nous analyserons dans un second temps la manière dont le marché de l'électricité EMR contribue à la valorisation économique et éthique du milieu marin, tout en lui imposant ses contraintes environnementales et spatiales. Ce n'est qu'en intégrant pleinement ces contraintes que la valorisation du milieu marin par le marché de l'électricité EMR sera durable (**Seconde partie**).

Première partie

L'EMPREINTE DU MILIEU MARIN SUR LE MARCHÉ DE L'ELECTRICITE EMR

L'accès au marché de l'électricité EMR n'est pas libre. L'article L311-1 du code de l'énergie subordonne en effet l'exploitation de toute installation de production d'électricité à l'obtention d'une autorisation administrative. Cette atteinte légale à la liberté d'entreprendre²⁰⁹ est moindre néanmoins, dans la mesure où ce marché est non seulement réglementé mais aussi créé par l'État pour remplir ses objectifs de production d'énergies renouvelables et de lutte contre le changement climatique. La carence de l'initiative privée, si elle ne constitue plus le critère déterminant de la régularité de l'intervention publique sur le marché²¹⁰, caractérise nettement le marché de la production d'électricité EMR. C'est « l'absence d'intérêt économique des opérateurs privés pour une activité jugée a priori non rentable qui ouvre un champ d'intervention naturel à l'initiative publique²¹¹».

Cette initiative publique se traduit par l'obligation de service public imposée à EDF consistant à acheter l'électricité produite par les exploitants EMR. Ces dispositifs rendent attractive la mise en valeur de la ressource EMR, qui est en théorie très abondante, mais dont les gisements techniquement et économiquement exploitables sont plus rares, nécessitant une régulation de l'accès à ceux-ci. En outre, contrairement au marché de l'électricité photovoltaïque qui doit son rapide essor à l'octroi d'un tarif d'achat incitatif, les caractéristiques « maritimes » hétéroclites des gisements de ressources EMR induisent une différenciation dans le niveau de rémunération des exploitants de parcs. L'initiative publique se traduit donc aussi par l'orchestration de procédures d'appels d'offres, dénommées, depuis l'ordonnance n° 2016-1059 du 3 août 2016 relative à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables, « procédures de mise en concurrence »²¹², nettement imprégnées du droit de la commande publique, et ouvrant l'accès aux gisements de ressources EMR.

²⁰⁹ J.P. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique*, 5^e éd. LGDJ, 2010, n°186, pp.127 et 128 : dans la mesure où la liberté d'entreprendre constitue une liberté constitutionnelle, seule une loi peut y apporter des restrictions.

²¹⁰ CE 17 mars 2017 *Ordre des avocats de Paris* n°403768 ; CE ass. 31 mai 2006 *Ordre des avocats au barreau de Paris Rec.* p.272. Le critère de la carence d'initiative privée est désormais inclus dans l'intérêt public, seule condition de l'intervention publique sur le marché. L'initiative publique est désormais « fondée sur un principe d'action positif (l'intérêt public) et ne se définit plus en négatif (l'espace laissé libre par le secteur privé). B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, 2^e éd. LGDJ 2018 n°157 et s. p. 105 et s.

²¹¹ S. NICINSKI *Droit public des affaires*, LGDJ Lextenso Éditions, Paris 2014 n°853 p.458.

²¹² Article 8 de l'Ordonnance n° 2016-1059 du 3 août 2016 relative à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables, ratifiée par la loi n° 2017-227 du 24 février 2017 (JORF n°0048 du 25 février 2017), ayant modifié les articles L311-10 et suivants du code de l'énergie. L'article 119 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte dispose en effet que le gouvernement est habilité à modifier par ordonnance le code de l'énergie pour y introduire de nouvelles procédures de mise en concurrence pour le

Ainsi, la production d'électricité EMR est certes assurée par des personnes privées, mais à l'initiative de l'État. On peut ainsi soulever la question de son éventuelle soumission au droit de la commande publique, ou plus largement de la collaboration économique ? Celle-ci comprend les « actes » ou les « structures par lesquels une personne publique confie une prestation économique à un opérateur ou l'habilite à développer une activité économique ». Elle est caractérisée par « le fait que la personne publique est à la *source* d'une activité économique pour un opérateur ». Elle « repose ainsi sur plusieurs éléments : *l'initiative publique* d'un projet, *un lien de collaboration* entre l'administration et l'opérateur et, enfin, le *caractère économique* de l'objet de la collaboration²¹³ ». Elle repose principalement sur le droit de la commande publique. Les contrats de commande publique peuvent porter notamment sur la réalisation d'un équipement public ou l'exploitation d'un service public ou les deux. Dans le cas du marché de l'électricité EMR, les appels d'offres portent à la fois sur la réalisation d'ouvrages et l'exploitation d'une activité de production d'électricité, celle-ci s'effectuant sur le domaine public maritime ou la zone économique exclusive (ZEE), voire la haute mer. Le titre d'occupation en mer constitue ainsi le support à cette activité, et son obtention une des conditions pour accéder à ce marché.

L'accès au marché de l'électricité EMR est donc régulé via une procédure de mise en concurrence, qui concerne d'une part l'accès aux gisements de ressources EMR, les sites propices, via les appels d'offres, et d'autre part l'octroi de titres d'occupation du milieu marin, dont la délivrance, auparavant à la discrétion de l'État, se voit désormais soumise à l'obligation de mise en concurrence sous la pression du droit de l'Union européenne. L'accès au marché est aussi soumis au contrôle de l'Etat, via diverses autorisations dont la multiplication des procédures a conduit à leur simplification. L'accès au marché se voit en outre entravé par les obstacles inhérents au régime protecteur du milieu marin dans l'accès au financement des parcs EMR. **(Titre I).**

La production d'électricité en mer constitue une activité économique, une « offre de biens et de services sur un marché²¹⁴ », en l'occurrence une offre de biens, d'un bien, l'électricité, vendue sur un marché très spécifique grâce à un contrat de vente non moins spécifique, dénommé d'ailleurs contrat d'achat et non contrat de vente, dont le contenu est principalement dicté par

développement des énergies renouvelables, le projet d'ordonnance renvoyant les modalités d'organisation de celles-ci à un décret en Conseil d'État.

²¹³ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 6^e édition, LGDJ 2018 n°946, p.508.

²¹⁴ CJCE 18 juin 1998, *Commission c/ République italienne*, C-35/96.

les cahiers des charges des appels d'offres et l'exécution influencée par le régime juridique de l'occupation du milieu marin.

En tant qu'activité économique, la production d'électricité est soumise au droit de la concurrence. Le critère retenu par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne pour qualifier une activité d'économique, en l'absence de réel marché concurrentiel, réside dans « l'exercice d'une activité dans un contexte de marché ²¹⁵ ». Les exploitants EMR évoluent dans un « contexte de marché », et ce grâce à des mécanismes de marché mis en place par l'État, afin de rendre à terme ce marché pleinement concurrentiel²¹⁶. Opérant ainsi sur le marché singulier de la production d'électricité EMR, ils sont soumis au droit de la concurrence au regard notamment des pratiques anticoncurrentielles. Dans la mesure où la finalité du marché de la production d'électricité EMR, créé et contrôlé par l'État, est de servir l'intérêt général, voire même de remplir une mission ou certaines obligations de service public, certaines distorsions au droit de la concurrence pourraient se voir justifiées, dont l'octroi de droits exclusifs. Ces distorsions peuvent donc provenir des opérateurs, mais aussi de l'État lui-même.

Toutes les manifestations de la présence de l'État, que ce soit par le biais de soutiens extérieurs au marché, en créant l'offre et la demande, d'interventions indirectes sur le marché à travers sa participation au capital des principaux opérateurs, sont scrutées par le droit de l'Union européenne, et notamment par le droit des aides d'État. Davantage encore que sur les autres marchés de production d'électricité renouvelable, le rôle prépondérant et omniprésent de l'État constitue une spécificité du marché de la production d'électricité en mer.

Les aides d'État, qui se traduisent principalement par le mécanisme de soutien apportés aux producteurs, entravent la libre circulation de la marchandise électricité provenant des parcs EMR au sein du marché intérieur, bien que justifiées. Des projets d'interconnexions marines entre parcs éoliens offshore, localisés dans différents États européens, sont encouragés par l'Union européenne et tentent de contourner les obstacles liés aux régimes de soutien nationaux. Les spécificités juridiques du marché de l'électricité EMR seront analysées sous l'angle de la production d'électricité EMR d'une part et de la vente de l'électricité EMR d'autre part. (**Titre II**).

²¹⁵ Conclusions de l'Avocat général Maduro dans l'affaire *Fénin* : CJCE 11 juillet 2006, C-205/03 : ces conditions de marché « sont caractérisées par un comportement en vue d'un objectif de capitalisation, par opposition au principe de solidarité. C'est ce qui permet de déterminer s'il existe ou non un marché, même si les dispositions légales en vigueur empêchent l'émergence d'une concurrence réelle sur ce marché. En revanche, dès lors que l'État permet une concurrence partielle de se développer (*par le biais d'une régulation asymétrique permettant l'accès des opérateurs autre qu'historique sur le marché de la production d'électricité* (c'est nous qui ajoutons)), l'activité en cause implique nécessairement la participation à un marché ».

²¹⁶ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 4^e édition, LGDJ 2014 n°602, p.335 : « Il ne faut pas se demander si l'opérateur agit sur un marché concurrentiel, mais si le marché est susceptible de l'être ».

TITRE I- LA COMPLEXITE DE L'ACCES AU MARCHE DE L'ELECTRICITE EMR

L'accès au marché de l'électricité EMR est conditionné par l'accès aux sites propices à l'exploitation des gisements de ressources EMR d'une part, et aux sites d'implantation des ouvrages d'autre part, que ce soit sur le domaine public maritime ou en ZEE. Ces deux voies d'accès cumulatives au marché répondent à des régimes juridiques différents. En outre, l'accès à ce marché n'est pas libre. La production d'électricité EMR, comme toute activité de production d'électricité, est soumise à autorisation d'exercer, mais elle présente des spécificités. L'Etat a tenté depuis quelques années de faciliter l'essor du marché de l'électricité EMR en simplifiant les procédures d'obtention des autorisations nécessaires à son fonctionnement et en créant une voie contentieuse qui lui est spécifique (**Chapitre I**).

En outre le régime juridique protéiforme du milieu marin peut entraver ou freiner l'accès au financement des investissements nécessaires pour accéder à ce marché. D'une part, le régime juridique protecteur du domaine public maritime naturel interdit en effet la constitution de droits réels nécessaire à l'obtention de garanties bancaires. L'obtention de droits réels n'est pas davantage aisée en ZEE. D'autre part, les caractères précaire et révocable de l'autorisation domaniale limitent aussi l'efficacité d'autres garanties possibles basées notamment sur les revenus de l'activité (**Chapitre II**).

Chapitre I- La régulation et le contrôle de l'accès au marché de l'électricité EMR

Condition d'entrée sur le marché des EMR, le milieu marin fait l'objet d'une forme de concurrence dans l'accès à la ressource rare que constituent les gisements propices à la mise en valeur des EMR. L'État, après avoir suscité la compétition entre les candidats, procède à la mise en concurrence de leurs offres, celles-ci ayant été spécifiées en fonction des caractéristiques propres à chaque zone propice retenue. En outre, comme le rappelle le document de consultation relatif au dialogue concurrentiel pour la zone de Dunkerque²¹⁷, « le fait pour un candidat d'être retenu à l'issue de la procédure de dialogue concurrentiel ne préjuge en rien de l'aboutissement des procédures administratives qu'il lui appartient de conduire et, en particulier, de celles destinées à obtenir toutes les autorisations nécessaires, notamment celles relatives (...) à l'occupation du domaine public maritime ». L'octroi de titres d'occupation des lieux d'implantation des parcs EMR, sur le DPM, ainsi qu'en ZEE, fait donc l'objet d'une procédure distincte. Bien que relevant en principe du pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique, l'octroi de ces titres se voit lui aussi soumis désormais à une procédure de mise en concurrence (**Section I**).

D'autre part, l'accès au marché de l'électricité EMR n'est pas libre. L'exercice de l'activité de production d'électricité EMR est soumis à autorisations préalables. Afin de favoriser les investissements privés et susciter l'offre sur ce marché, certaines simplifications administratives ont été opérées, notamment grâce à la publication du décret n°2016-9 du 8 janvier 2016 relatif aux ouvrages de production et de transport d'énergie renouvelable en mer. (**Section II**).

Section I- La régulation de l'accès au marché de l'électricité EMR

Il existe divers modes d'accès à la ressource rare²¹⁸ que constituent les gisements de ressources EMR. Parmi ces modes d'accès, le procédé de la soumission comparative ou procédure de mise

²¹⁷ Document de consultation relatif au dialogue concurrentiel n°1/2016 portant sur des installations éoliennes de production d'électricité en mer dans une zone au large de Dunkerque Décembre 2016.

²¹⁸ J. F. CALMETTE, « Le régime juridique des ressources rares dans le domaine des infrastructures aéroportuaires », *RFDA* 2009, p.1177 : « Le droit de la concurrence retient la rareté comme un des critères d'identification du caractère essentiel d'une ressource, dès lors que celle-ci ne peut être immédiatement dupliquée et que sa rareté conditionne par ailleurs l'accès et l'exercice des activités d'entreprises concurrentes sur un marché déterminé » ; voir aussi S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 4^e éd. LGDJ Paris 2014, n°525, pp. 289 et 290, n°899, p.499 : La notion de ressource rare ou ressource essentielle est souvent liée à une activité publique ou à un bien de l'administration : réseau câblé, installation portuaire, aéroport, temps d'antenne... Mais elle a été appliquée aussi dans le cas de l'attribution d'une exclusivité d'occupation du domaine public par l'autorité administrative, mettant ainsi sur le marché une infrastructure essentielle. (CA Paris 31 oct. 1991, *Mme Parouty* ; Conseil de la

en concurrence est privilégié, appelant l'application des principes de non-discrimination et de mise en concurrence (§1). Ces principes se voient aussi appliqués lors de l'octroi des autorisations d'accès aux sites d'implantation des installations EMR sur le domaine public maritime (DPM) et en ZEE (§ 2).

§ 1- La régulation de l'accès aux gisements de ressources EMR

Dans la mesure où, en dépit d'une ressource EMR en apparence abondante, les sites propices à leur exploitation sont plutôt restreints, comment, dès lors, l'accès aux gisements de ressources EMR peut-il être régulé ? L'attribution initiale d'une ressource rare à un ou plusieurs opérateurs induit la détermination d'une technique de mise en concurrence ou d'une procédure d'attribution²¹⁹. Une approche de la notion économique de rareté en droit public a mis en exergue deux modes d'accès à la ressource rare : le système du « premier arrivé premier servi », ainsi que la soumission comparative ou procédure de mise en concurrence²²⁰ (A). Ce deuxième mode d'accès à la ressource rare privilégié par l'État dans le domaine des EMR se voit confronté au respect des principes d'égalité de traitement et de transparence ainsi qu'au respect du droit de la concurrence (B). La question de l'application de la procédure d'appel d'offres au-delà de la mer territoriale invite à s'interroger plus globalement sur l'applicabilité du droit de l'Union européenne en ZEE ou en haute mer (C).

A- Les modes d'accès à la ressource EMR

Les deux principaux modes d'accès aux sites propices EMR sont d'une part la technique du « premier arrivé premier servi » (1) et la mise en concurrence, qui se décline en deux voies possibles : l'appel d'offres ou le dialogue concurrentiel, dont les caractéristiques sont empreintes du droit des marchés publics, sans toutefois y être soumis (2).

concurrence Avis n°04-A-19 du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du DP pour la distribution de journaux gratuits. (Ces notions sont analysées *infra* dans la présente section).

²¹⁹ S. NICINSKI, *op.cit.* n°526 p.291.

²²⁰ J.F. CALMETTE, *La rareté en droit public*, L'harmattan, Paris 2004, p.234 : Il existe aussi la technique du tirage au sort, mais elle n'est pas utilisée dans le domaine des EMR. Cette technique est utilisée par les pouvoirs publics pour attribuer des autorisations administratives dans des cas où la demande est nettement supérieure au nombre d'autorisations permises, permettant une égalité arithmétique au niveau des possibilités offertes à chacun. Elle est utilisée notamment pour attribuer des licences de pêche à un nombre limité d'agents, ou des logements sociaux. CE 1^{er} mars 1995, *Comité régional des pêches et des élevages marins de Bretagne et autres*, req. n°153532: « Face à ce cas de rareté relative, lié à une offre moins importante que la demande, le tirage au sort était donc un moyen approprié pour attribuer les licences ».

1- La technique du « premier arrivé, premier servi »

L'attribution de l'autorisation d'accès s'effectue ici selon un critère chronologique. Seuls les premiers demandeurs bénéficient du droit d'accès à l'autorisation. En droit administratif, cette procédure est utilisée dans certains cas de rareté, notamment pour attribuer les licences ouvrant droit à l'ouverture de pharmacies, en respectant la règle de l'antériorité des demandes. Elle est utilisée aussi en matière d'accès à certaines formations universitaires. En droit international des télécommunications, ce principe était également appliqué pour l'accès des États aux ressources orbitales. Mais il contrevenait au principe d'égalité, défavorisant les pays en développement. La technique du « premier arrivé, premier servi » a donc été abandonnée dans certains cas pour permettre un accès plus équitable à ces ressources²²¹.

Dans le secteur des énergies renouvelables, cette technique est utilisée notamment dans le secteur de l'énergie photovoltaïque²²², non pas au niveau de l'attribution des autorisations d'exploitation de l'énergie solaire, les rayonnements solaires n'étant pas qualifiés de ressource rare²²³, mais au stade de l'octroi des autorisations de raccordement au réseau électrique. En effet, aucune priorité n'est accordée au traitement des demandes de raccordement des producteurs d'électricité solaire²²⁴. Ces dernières sont donc traitées de manière chronologique sur la base du système d'entrée en « file d'attente » qui postule que les premiers arrivés soient les premiers servis. Ce principe est appliqué également dans le cadre des procédures de raccordement des parcs éoliens offshore²²⁵.

Dans le domaine des EMR, la technique du « premier arrivé premier servi » est pratiquée aussi pour l'accès à la ressource énergétique elle-même. L'Allemagne l'appliquait encore très récemment, dans le cadre de l'attribution des autorisations d'implantation des parcs éoliens offshore, après avoir au préalable défini au sein de sa ZEE des zones d'aménagement propices à cette ressource. Conformément à la loi sur l'aménagement du territoire, la planification de

²²¹ J.F. CALMETTE, *La rareté en droit public*, L'harmattan, Paris 2004, p. 235 et s.

²²² La règle du « premier arrivé, premier servi » (First Come First Serve Basis) est également appliquée dans les secteurs éolien terrestre et photovoltaïque aux États Unis, mais pas dans celui de l'éolien offshore, où se pratique la soumission comparative (<http://www.doi.gov/ppa/upload/Chapter-5-FY2012-Econ-Report.pdf>.)

²²³ D. BAILLEUL (dir.) *L'énergie solaire, aspects juridiques*, sous la direction de D. BAILLEUL, Université de Savoie, 2010, p. 133 ; B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Traité de droit des énergies renouvelables*, 2^e édition, Éditions du Moniteur, Paris, 2008-2012, p.92 et s.

²²⁴ Il existe en revanche un principe d'accès prioritaire au réseau favorisant les installations de production d'énergie renouvelable. Outre le principe de l'accès des tiers aux réseaux, rappelé par l'article 32 de la directive électricité 2009/72/CE du 13 juillet 2009, qui impose aux États membres de mettre le réseau d'électricité, anciennement réservé aux monopoles nationaux ou régionaux, à la disposition des tiers, une discrimination positive peut être pratiquée en faveur des fournisseurs d'électricité-SER. L'article 25.4 indique en effet que « un État membre peut imposer au gestionnaire d'un réseau de distribution, lorsqu'il appelle les installations de production, de donner la priorité à celles qui utilisent des sources d'énergie renouvelables ». Le respect du principe de non-discrimination est assuré par la CRE. La directive du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables pose également le principe d'accès prioritaire.

²²⁵ Voir notamment le cahier des charges de l'appel d'offres éolien offshore de mars 2013, point 3.1.4.

l'éolien en Allemagne prévoyait un triple zonage. Dans un premier temps l'exclusivité est donnée à l'exploitation de l'énergie éolienne dans des zones dites prioritaires (*Vorranggebiete*), toute autre forme d'exploitation étant exclue si elle est incompatible avec l'exploitation de cette énergie. C'est le plus haut stade de priorité. Ensuite, des zones appropriées (*Eignungsgebiete*) à l'éolien offshore sont définies, dans lesquelles ce type d'exploitation est accepté par principe, sans véritable arbitrage avec les autres usages. Les zones qui ne sont pas classées comme appropriées ne peuvent par conséquent pas accueillir ce type d'exploitation. Enfin, des zones réservées (*Vorbehaltsgebiete*) dans lesquelles l'énergie éolienne est favorisée par rapport à d'autres formes d'exploitation, sont déterminées. Les autres usages sont autorisés dans le cadre d'une planification préalable. Cinq zones prioritaires pour l'éolien offshore ont ainsi été définies, trois en mer du Nord et deux en mer Baltique²²⁶.

En juin 2011, grâce à un prêt de cinq milliards d'euros accordé par l'agence étatique *KfW*²²⁷ *Bankengruppe* pour la construction des dix premiers parcs éoliens offshore et à un tarif d'achat²²⁸ particulièrement attractif, le BSH²²⁹ a traité les demandes d'accès aux sites éoliens offshore par ordre chronologique de présentation des dossiers des candidats. Aux Pays-Bas, l'appel à projets éolien offshore lancé en 2005 dans le cadre du *Round 2* a été organisé suivant la règle du « *First Come First Serve* » et suscita soixante-dix projets portés par neuf consortia, conduisant le ministre des Transports, des Travaux publics et de la Gestion des eaux²³⁰ à décider d'un moratoire sur les autres initiatives²³¹. Certains juristes néerlandais²³² se sont penchés sur la question de savoir s'il valait mieux procéder à l'attribution des sites éoliens offshore sur une

²²⁶ U. PRALL, « *Legal frame for the use of offshore wind energy in Germany* », 3rd Seminar on EIA for offshore wind farms vis-à-vis Natura 2000 and other land uses: "Which kind of legal frame we need ?" Riga, 15-16 April 2009, pp.12 et s.

²²⁷ *Kreditanstalt für Wiederaufbau*.

²²⁸ La loi EEG (entrée en vigueur le 1^{er} août 2014) prévoit un tarif de départ de 15,4 cts/kWh versé au minimum pendant 12 ans. Il est prévu une prolongation de la durée du contrat d'achat de l'électricité issue d'installations construites dans la ZEE et à une profondeur d'au moins 20 m, à raison de 0.5 mois par mille nautique supplémentaire entier au-delà de la distance des 12 milles nautiques, et de 1.7 mois par mètre supplémentaire entier au-delà d'une profondeur de 20 m (Article 31 §2 de la loi EEG). Les exploitants demandent cependant que le niveau de référence choisi pour le calcul de la profondeur de l'eau ne soit plus le niveau de plus basse marée astronomique mais le niveau de plus haute marée, la conception des fondations des éoliennes étant basée sur le niveau le plus haut. D'autre part, si l'installation du parc a été mise en service avant le 1^{er} janvier 2020, l'exploitant peut opter pour la mise en place d'un modèle de concentration de la rémunération sur 8 ans, appelé « *Stauchungsmodell* », permettant d'opter pour une rémunération majorée sur au moins deux tiers de la période de rémunération au tarif initial (19,4 cts/kWh). Il faut préciser aussi que les coûts de raccordement au réseau sont pris en charge par le gestionnaire de réseau allemand.

²²⁹ *Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie*

²³⁰ Ce Ministère a fusionné en 2010 avec le Ministère du Logement, de l'Aménagement du Territoire et de l'Environnement pour former le ministère de l'Infrastructure et de l'Environnement.

²³¹ www.oceanwind.nl, Offshore wind experiences, A bottom-up review of 16 projects. Contract 2010-002, 08-04-2010.

²³² K. de GRAAF, "Balancing exploitation and protection of the Dutch North Sea", in *Sustainable development in international and national law. What did the Brundtland report do to Legal thinking and legal development, and where can we go from here?* H. C. BUGGE § C. VOIGHT, (The Avosetta series 8), Groningen, Europa Law Publishing 2008, p.573-589.

base du « premier arrivé premier servi », ou par appel d'offres, compte tenu notamment des préoccupations environnementales. C'est ce deuxième mode d'accès au gisement éolien en mer qui est désormais privilégié puisque le ministre néerlandais des affaires économiques a remis le 22 octobre 2014 au Parlement un projet de loi balisant le développement de 3 500 MW d'éolien offshore d'ici à 2020 et annoncé le lancement annuel d'appel d'offres sur la base de zones prédéfinies par l'État²³³.

Aux États-Unis, le principe du *First Come First Serve* a été une expérience réussie dans le domaine de l'aquaculture en Louisiane et à Hawaï ainsi que dans les débuts de l'éolien offshore au Texas²³⁴. Ce système présente l'avantage d'inciter à la prise de risques, à l'innovation ou à l'imagination pour accéder à la ressource. Par contre il n'aboutit pas toujours à une minimisation des impacts sociaux et environnementaux et attire souvent malheureusement les spéculateurs. En imposant des conditions de performance des turbines et des pénalités en cas de défaillance des machines, il est possible d'en atténuer les inconvénients. Afin de pallier les inconvénients du principe du *First Come First Serve*, le système du « *competitive leasing* » contraint le développeur à soumettre une offre cachetée et l'accès à la ressource est accordé à celui qui propose le meilleur compromis entre le prix, les capacités techniques et financières, l'expérience. Ce système s'apparente à notre système d'appel d'offres. Les cas d'extraction du pétrole et du gaz en Louisiane et plus récemment l'éolien offshore au Texas sont des illustrations de la mise en œuvre de ces « *competitive leasing* ».

2- La procédure de mise en concurrence de l'accès aux sites de production d'électricité EMR

La procédure de mise en concurrence constitue un outil permettant à l'État de contrôler et d'adapter les capacités de production d'électricité de source renouvelable aux objectifs fixés dans le cadre de sa Programmation Pluriannuelle de l'Énergie (PPE), qui s'est substituée aux PPI. L'article L.311-10 du code de l'énergie permet ainsi à l'État de recourir à la procédure de mise en concurrence « lorsque les capacités de production ne répondent pas aux objectifs de la programmation pluriannuelle de l'énergie, notamment ceux concernant les techniques de

²³³ www.greenunivers.com, 29 octobre 2014.

²³⁴ A. DHANJU, J. FIRESTONE, « *A framework for regulation of offshore wind power in Delaware States waters* », University of Delaware College of Marine and Earth Studies, January 2008; A. DHANJU, « *Four essays on offshore wind power potential, development, regulatory framework and integration* », UMI Dissertation Publishing n°3423406, United States 2010. Le 1^{er} parc éolien offshore des États Unis devrait voir le jour au Texas dans le golfe du Mexique vers 2016 (projet GOWind : *Gulf Offshore wind project*). Ce projet est porté par la société Baryonyx, leader dans l'éolien offshore au Royaume Uni. Le Texas est déjà leader dans l'éolien terrestre. Le 1^{er} parc devait être installé dans le Massachusetts au large de Cape Cod, mais après 10 années de conflit avec les habitants dont le sénateur Ted Kennedy, ce projet est toujours en litige (http://res.dallasnews.com/interactives/2013_November/offshorewind).

production et la localisation géographique des installations ». Dans le cas des EMR, cette procédure permet de faire évoluer ces capacités à la hausse. En revanche, le lancement d'appels d'offres en août et septembre 2011 dans le secteur de l'électricité d'origine photovoltaïque afin de remplacer pour certains types d'installations le système de l'obligation/tarif d'achat garantis tendaient davantage à maîtriser l'offre de marché devenue excessive²³⁵.

La procédure de mise en concurrence, outil privilégié par l'État français pour réguler la concurrence dans l'accès aux gisements EMR, prévoit désormais deux dispositifs distincts, décrits aux articles R311-12 et suivants du code de l'énergie. Le système d'appel d'offres sans négociation, d'une part, a permis d'attribuer les premiers sites propices à la production d'électricité d'origine éolienne offshore en 2011 et en 2013, puis la procédure du dialogue concurrentiel introduite spécifiquement dans un premier temps pour l'éolien offshore, est actuellement en cours pour l'attribution du site de Dunkerque. Il est attendu des candidats dans le cadre de la mise en concurrence des parcs éoliens offshore qu'ils les construisent et en assurent l'exploitation.

Le coût de déploiement des technologies EMR varie considérablement en fonction des différents sites propices retenus, « ce qui rend sous-optimale la fixation d'un tarif de rachat unique et plaide alors pour une différenciation des prix de rachat en fonction des zones considérées »²³⁶. Une des spécificités des EMR par rapport à l'énergie solaire ou éolienne terrestre peut ici être soulignée. Dans le cahier des charges de l'appel d'offres lancé en mars 2013 portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'énergie solaire d'une puissance supérieure à 250 kW, il n'est pas spécifié de zones propices dans lesquelles les lauréats sont tenus d'installer leurs centrales de production après avoir proposé leur prix. Il est simplement indiqué notamment que les centrales au sol ne doivent pas interférer avec l'exercice d'une activité agricole, pastorale ou forestière. Les cahiers des charges des appels d'offres éolien terrestre lancés en 2017 n'imposent pas non plus l'implantation des aérogénérateurs au sein de sites particuliers. Quand bien même des Schémas régionaux éoliens aident à identifier les zones favorables à l'éolien, les appels d'offres sont lancés en fonction de volumes de production échelonnés dans le temps, et non en fonction de sites propices, contrairement à l'éolien en mer.

La nouvelle procédure de dialogue concurrentiel s'applique dans un premier temps uniquement au marché de l'éolien offshore. Elle sera sans doute ensuite généralisée aux autres énergies renouvelables. Cette procédure ouverte le 6 mars 2017 est appliquée actuellement pour

²³⁵ B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Traité de droit des énergies renouvelables*, 2^e édition, Éditions du Moniteur, Paris, 2008-2012, p.489.

²³⁶ E. GRAND, T. VEYRENC, *L'Europe de l'électricité et du gaz. Acteurs, marchés, régulations*. Economica, Paris 2011, p.517.

l'attribution du site éolien localisé au large de Dunkerque. L'article R311-12 2° précise que « le ministre chargé de l'énergie dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre ». Le ministre élabore donc le cahier des charges à la suite du dialogue concurrentiel. Cette procédure permet de « mieux tirer parti des possibilités de négociation avec les candidats, sans retirer à l'État sa liberté de ne pas donner suite à sa consultation si les performances techniques et financières ne sont pas suffisantes. Une telle procédure permet de répondre notamment aux enjeux du développement de projets d'investissements lourds tels que les projets d'éolien en mer »²³⁷. Elle permet surtout de mieux répartir les risques entre les développeurs et l'État et d'améliorer la concurrence, afin notamment d'aboutir à un prix de production d'électricité à partir de l'énergie éolienne offshore plus compétitif.

L'expression « appel d'offres » provient du droit des marchés publics. En effet, cette procédure emprunte très largement à ce droit, mais n'entre pas dans son champ d'application²³⁸. C'est notamment à l'occasion du lancement de l'appel d'offres éolien offshore en 2011 que le ministre de l'Économie et des Finances²³⁹ avait déclaré que « les contrats relatifs à l'éolien offshore, s'ils ne relèvent pas de la commande publique, sont néanmoins soumis à une procédure d'attribution spécifique, transparente et non discriminatoire, en application des articles 6 et 7 de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003²⁴⁰, transposée dans la loi n°2000-108 du 10 février 2000 modifiée ». La Cour administrative d'appel de Bordeaux a confirmé cette position en précisant que l'appel d'offres en matière de production d'électricité est une procédure particulière dérogeant au code des marchés publics²⁴¹.

Il est vrai que les deux voies de mise en concurrence que nous venons de décrire ressemblent étrangement aux procédures prévues dans le cadre du droit des marchés publics, à savoir l'appel d'offres, la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif²⁴². Les avis

²³⁷ Amendement n°906 à l'article 30 du projet de loi de transition énergétique présenté par le gouvernement le 6 février 2015 et adopté par le Sénat lors de la séance du 17 février 2015.

²³⁸ G. GUEGUEN-HALLOUET, N. BOILLET, « L'appel d'offres « éolien en mer ». Quelques réflexions à propos d'un nouvel avatar juridique ». *JCP. La semaine juridique. Éditions Administrations et collectivités territoriales*, n°40, 8 octobre 2012 ; B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Traité de droit des énergies renouvelables*, 2^e édition, Éditions du Moniteur, Paris, 2008-2012, p.488.

²³⁹ JOAN 5 juillet 2011- QE n°101275 rubrique : Marchés publics, passation.

²⁴⁰ Cette directive a été abrogée par la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (JOUE L211/55 du 14 août 2009). Ce sont les articles 7 et 8 qui évoquent la procédure objective, transparente et discriminatoire.

²⁴¹ CAA Bordeaux 27 octobre 2016 *Sté Caribéenne d'Éolienne* n°16BX00728.

²⁴² Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 (JORF n°0169 du 24 juillet 2015 page 12602) et Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JOUE L 94/65 du 28 mars 2014).

sont publiés au journal officiel de l'Union européenne sous la rubrique marché de travaux et mentionnés comme relevant de la directive 2004/18/CE relative aux marchés publics²⁴³.

Les procédures d'appel d'offres ou de dialogue concurrentiel semblent difficilement qualifiables de marché public, dans la mesure où le maître d'ouvrage est le lauréat de l'appel d'offres. Pourrait-il alors s'agir d'un marché de partenariat²⁴⁴, en considérant que le contrat d'achat de l'électricité fournit une rémunération étalée dans le temps ? L'assimilation paraît séduisante, si l'on considère que l'exploitant EMR est investi d'une mission globale, allant de la construction des ouvrages à leur exploitation, et ensuite leur démantèlement. Les candidats sont en outre sérieusement sélectionnés sur des considérations financières, tenant à l'importance des marchés EMR, notamment éolien offshore, importance qui justifie en général le recours aux marchés de partenariat²⁴⁵.

Le marché public se caractérise en outre par la conclusion d'un contrat à titre onéreux, qui n'existe pas entre l'État et le lauréat à l'issue de l'appel d'offres²⁴⁶. Un jugement prononcé par le Tribunal administratif de Cergy Pontoise le 17 juin 2014²⁴⁷ a rejeté le recours en référé précontractuel de la société WPD Offshore, candidat évincé d'un appel d'offres, basé sur l'article L551-1 du code de justice administrative, au motif que l'autorisation délivrée à l'issue de l'appel d'offres régit par le code de l'énergie constitue une décision administrative unilatérale et non un contrat administratif. La Cour administrative d'appel de Nantes, dans un arrêt rendu le 26 février 2018²⁴⁸, a confirmé que l'appel d'offres Électricité n'est pas un marché public, le recours provenant ici de co-contractants du candidat évincé qui se prévalaient d'une décision du Conseil d'Etat du 14 octobre 2015²⁴⁹ qui a admis l'intérêt d'un sous-traitant à contester la

²⁴³ Voir notamment l'avis concernant le dialogue concurrentiel de Dunkerque porte notamment la référence suivante : JO/S S242 15/12/2016 441978-2016-FR.

²⁴⁴ article 67 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : Un marché de partenariat est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet : 1° La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ; 2° Tout ou partie de leur financement » ; « II. Cette mission globale peut également avoir pour objet : 1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ; 2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ; 3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée ».

²⁴⁵ G. Eckert, « Le périmètre des marchés de partenariat », E. Muller, « Les modifications apportées au régime des marchés de partenariat », *Contrats et marchés publics*, oct. 2015.

²⁴⁶ La Directive n°2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JOUE L94/65 du 28/03/2014) définit dans son article 2.5 les marchés publics comme « des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services ».

²⁴⁷ N°1404907

²⁴⁸ CAA Nantes 26 février 2018 *Stés WPD Offshore GMBH et WPD Offshore France* n°17NT00615

²⁴⁹ N°391183

validité d'un contrat administratif par un recours de pleine juridiction, dès lors que l'offre d'un des candidats évincés à un marché public repose sur la technologie que fournit cette société. La Cour d'appel affirme donc ici de manière péremptoire qu'il ne s'agit pas d'un marché public, sans entrer dans le détail d'une argumentation sur l'existence ou non d'un contrat administratif, puisqu'elle devait surtout juger de l'intérêt à agir des requérants. En l'occurrence, ceux-ci se fondaient notamment sur l'article 7 de la directive 2009/72 du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité dont le paragraphe 4 précise que « Les procédures et critères d'autorisation sont rendus publics. Les demandeurs sont informés des raisons d'un refus d'autorisation. Ces raisons doivent être objectives et non discriminatoires; elles doivent en outre être justifiées et dûment motivées. Des voies de recours sont ouvertes au demandeur ». Les requérants n'étant pas ici le demandeur proprement dit mais des sous-traitants, ils avaient donc invoqué la décision du Conseil d'Etat précitée.

Nous constatons ainsi l'importance de l'enjeu de la qualification de ce marché en marché public entrant dans le champ de la commande publique, non pas tant pour le soumettre aux obligations de mise en concurrence, puisque la procédure relevant ici du code de l'énergie le prévoit, mais aussi pour qu'un candidat évincé ou un tiers à l'appel d'offres puisse avoir recours au référé précontractuel ou contractuel. A défaut de relever des marchés publics, ce qui devrait être clairement affirmé dans le code de l'énergie, des dispositions plus respectueuses du droit à un recours effectif²⁵⁰ devraient être prises, et ce dans le respect de l'article 7 §4 de la directive 2009/72 précitée. Au cours du débat législatif relatif au projet de loi « Pour un Etat au service d'une société de confiance », une proposition, qui n'a finalement pas été retenue²⁵¹, visait à attribuer le titre d'occupation du DPM simultanément à l'autorisation ministérielle d'exercer au lauréat d'un appel d'offres EMR²⁵². La concession d'utilisation du DPM, dont on sait qu'elle relève de la catégorie des contrats administratifs²⁵³, aurait donc été directement associée à la

²⁵⁰ Article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

²⁵¹ En réalité, le Conseil d'Etat a indiqué ceci, dans son avis sur l'article 58 du projet de loi Pour un Etat au service d'une société de confiance : « 82. Le projet habilite le Gouvernement, dans la perspective de favoriser un développement rapide des énergies renouvelables en mer (éolien posé et flottant, hydrolien), à simplifier et accélérer, par voie d'ordonnance, les diverses procédures nécessaires, conjointement avec la procédure de mise en concurrence, à l'implantation des installations de production. A cette fin, il prévoit que l'autorisation environnementale ainsi que l'autorisation concernant le plateau continental et la zone économique exclusive seront adaptées, en ce qui concerne les installations de production, de façon à pouvoir être délivrées, avant même la désignation du lauréat de l'appel d'offres, à l'Etat, à charge pour celui-ci de les transférer à ce lauréat une fois désigné. Il prévoit aussi que la désignation du lauréat pourra valoir autorisation d'occupation du domaine public en ce qui concerne les installations de production.

83. Le Conseil d'Etat considère que ces dispositions ne soulèvent pas de difficulté, sauf en ce qui concerne celles qui visent à préciser les conditions dans lesquelles le lauréat est autorisé à occuper le domaine public, qui n'ont pas leur place dans une loi d'habilitation ».

²⁵² <http://www.senat.fr/rap/117-658/117-6585.html#fn38>

²⁵³ M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, Lexisnexis 2^e édition 2017 n°370 p. 200.

procédure d'appel d'offres, offrant ainsi une possibilité de recours en référé précontractuel. Indépendamment de cette considération, bien qu'aucun contrat formel ne soit conclu entre l'Etat et le lauréat au stade de l'appel d'offres, l'introduction d'une certaine forme de contractualisation via le dialogue concurrentiel, qui permet clairement une élaboration concertée et non plus unilatérale du cahier des charges, peut faire penser à l'existence d'une certaine forme de contrat.

Quant à l'exigence du caractère onéreux du contrat, bien que l'onérosité puisse être conçue *in extenso*, il faudrait prouver que l'État trouve un intérêt économique direct à ces travaux, en ayant notamment la perspective de devenir propriétaire des ouvrages à l'issue des travaux, à défaut d'une contrepartie onéreuse²⁵⁴. Les conventions de concession d'utilisation du DPM accordées aux exploitants EMR, à l'issue d'une procédure d'autorisation distincte de l'appel d'offres, prévoient certes que, dans l'hypothèse où l'État décide du maintien et non du démantèlement des ouvrages EMR au terme de la concession, l'État entre gratuitement en possession des ouvrages, mais uniquement au terme du titre et non immédiatement²⁵⁵. Le document de consultation relatif au dialogue concurrentiel pour le site de Dunkerque mentionne bien l'éventualité d'une reprise totale ou partielle des ouvrages par l'État²⁵⁶. L'arrêt de la CJUE *Helmut Muller* précise en outre que « l'intérêt économique peut résider dans les avantages économiques que le pouvoir adjudicateur pourra tirer de l'utilisation ou de la cession futures de l'ouvrage, dans le fait qu'il a participé financièrement à la réalisation de l'ouvrage »²⁵⁷. Quant à l'utilisation future ou la cession, elle demeure plausible en cas de maintien total ou partiel des ouvrages au terme du titre, par dérogation à l'obligation de démantèlement.

La participation financière ne fait aucun doute, dans la mesure où l'État, comme nous le verrons, subventionne massivement à la fois la R&D dans les EMR ainsi que la production d'électricité. Si les contrats de subventions n'entrent pas dans le champ d'application des marchés publics²⁵⁸, en revanche, lorsque « la contribution financière versée par [une] région en application de

²⁵⁴ CJUE 25 mars 2010 *Helmut Muller* C-451/08 pts 48 à 55 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « De l'onérosité et de l'intérêt économique direct comme critères des marchés publics », *Contrats et marchés publics* n°1, Janvier 2011, repère 1.

²⁵⁵ Voir notamment la convention de concession d'utilisation du domaine public maritime accordée pour le parc éolien offshore de Fécamp du 31 mars 2017 entre l'État et la Société Éolienne Offshore des Hautes Falaises (EOHF) article 4.3.3. Les mécanismes de l'occupation du domaine public constituent ainsi une différence avec l'exercice immédiat du droit de propriété par les collectivités territoriales sur les centrales solaires qu'elles décident de faire construire grâce aux concessions de travaux. (D. BAILLEUL (dir.), *L'énergie solaire. Aspects juridiques*, Université de Savoie 2010, p. 286.)

²⁵⁶ Document de consultation relatif au dialogue concurrentiel n°1/2016 portant sur des installations éoliennes de production d'électricité en mer dans une zone au large de Dunkerque, Décembre 2016 p.4.

²⁵⁷ Point 52 de l'arrêt précité.

²⁵⁸ Selon les considérants 12 de la directive sur les concessions et 4 de la directive sur les marchés publics.

conventions était la contrepartie du service rendu par la société pour l'exécution de ces contrats», « les sommes en cause, quelle que soit la dénomination qui leur avait été donnée, devaient être regardées non comme une subvention mais comme la rémunération d'une prestation effectuée pour le compte de la région relevant des règles fixées par le code des marchés publics »²⁵⁹. Le soutien public est bien accordé aux exploitants EMR en contrepartie de la production d'électricité qui sera au final délivrée au profit des consommateurs.

B- Le respect des règles de transparence, d'égalité et de concurrence dans la procédure de mise en concurrence des gisements de ressources EMR

En dehors d'une éventuelle qualification de marché public, l'article L311-10-1 du code de l'énergie impose le respect des principes de transparence, d'égalité ou de non-discrimination, tant au niveau de la sélection des candidats à l'attribution des gisements EMR (1) que de leurs offres (2).

1- Le respect des principes d'égalité et de transparence dans le choix des candidats

L'égalité est un principe à valeur constitutionnelle²⁶⁰ et un principe général du droit administratif²⁶¹ applicable en matière économique. Il signifie l'absence de discriminations injustifiées entre opérateurs et se traduit dans le cadre de la procédure d'appel d'offres par la possibilité offerte à tous les candidats de présenter une offre et de bénéficier de l'égalité de traitement sur la base des critères précisés dans le cahier des charges, ainsi que la publication des questions réponses des candidats potentiels sur le site de la CRE. Son corollaire est l'obligation de transparence qui suppose la mise en œuvre d'une publicité adaptée à l'importance et à la nature du marché projeté²⁶².

En l'occurrence le ministre chargé de l'énergie adresse un avis d'appel d'offres à l'Office des publications de l'Union européenne pour publication au Journal officiel de l'Union européenne. La question ayant donné lieu à la réponse ministérielle précitée du 5 juillet 2011 portait sur la possibilité dans le cadre de l'appel d'offres éolien offshore de privilégier les entreprises participant effectivement au développement de l'économie française et à la création d'emplois. Il est vrai que l'administration peut déroger au principe d'égalité ou de non-discrimination pour

²⁵⁹ CE, sect., 6 juill. 1990, *Comité pour le développement industriel et agricole du choletais* n° 88224. ; CE, 26 mars 2008, *Région de La Réunion*, n° 284412, Lebon p. 114 ; AJDA 2008 671; *ibid.* 1152, note J.-D. DREYFUS RTD com. 2008. 694, obs. G. ORSONI ; CMP mai 2008, comm. 90, G. ECKERT ; P. DEVOLVE, « Les contrats de la commande publique », *RFDA* 2016 p. 200.

²⁶⁰ Cons. Const., 27 décembre 1973 n°73-51 DC.

²⁶¹ CE Sect. 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*, *Rec.* p.151.

²⁶² J.P. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique*, 5^e édition, L.G.D.J. Lextenso Éditions, n°259, p.177.

des motifs tenant à l'intérêt général ou à des différences de situations²⁶³. La ministre de l'Économie répond que le droit communautaire de la commande publique ne permet pas de retenir des critères liés à l'origine ou à l'implantation géographique des candidats au marché. Elle poursuit néanmoins en indiquant que les contrats relatifs à l'éolien offshore ne relèvent pas de la commande publique, semant le trouble sur le droit applicable²⁶⁴. La Cour administrative d'appel de Bordeaux a confirmé cette position à propos d'un appel d'offre éolien terrestre²⁶⁵. Une atteinte à l'égalité, ou une discrimination, certes justifiée sur le fondement de l'intérêt général, peut néanmoins être sanctionnée au regard du droit de la concurrence. Un traitement différent d'une entreprise par rapport à ses concurrentes peut être justifié au regard du principe d'égalité tout en portant une atteinte à l'équilibre du marché. Il en va particulièrement des cas dans lesquels l'action de l'administration vise la satisfaction d'un intérêt spécifique, comme la sauvegarde de l'emploi ou de l'industrie, tout en omettant de prendre en compte les effets sur la concurrence²⁶⁶.

En outre, les critères de sélection des candidatures ne doivent pas être confondus avec les critères de choix des offres. La qualification professionnelle et l'expérience du candidat ne peuvent donc légalement être utilisées comme un critère de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Or ici, les exigences techniques, le programme industriel et les pièces à fournir impliquant d'avoir mené des études de longue date, sans compter le délai de six mois imparti aux candidats pour répondre, laissent peu de chance à une société peu expérimentée dans le secteur des EMR de répondre à cet appel d'offres qualifié d'ouvert²⁶⁷. Le Conseil d'État²⁶⁸ a jugé que l'article 53-I du code des marchés publics ne faisait pas obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur retienne un critère lié à l'expérience des candidats. Il n'en demeure pas moins que la prise en compte de ce critère doit être rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et ne pas avoir d'effet discriminatoire²⁶⁹.

²⁶³ *Ibid.* n°204 et s. pp.141 et s ; S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 4e éd. Montchrestien, Paris 2014, n°93 et s, p.68 et s.

²⁶⁴ G. GUEGUEN-HALLOUET, N. BOILLET, « L'appel d'offres « éolien en mer ». Quelques réflexions à propos d'un nouvel avatar juridique ». *JCP. La semaine juridique. Éditions Administrations et collectivités territoriales*, n°40, 8 octobre 2012.

²⁶⁵ CAA de Bordeaux 18 octobre 2016 n°16BX00728

²⁶⁶ A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, Paris 2009, n°590, p.308.

²⁶⁷ G. GUEGUEN-HALLOUET, N. BOILLET *op.cit.*

²⁶⁸ CE 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, req. n° 348254, *Contrats et marchés publics*, 2011, comm. n°287, obs. Zimmer ; *AJDA* 2011, p.1599.

²⁶⁹ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, 4^e édition, Le Moniteur, Paris 2012, pp.317 et 318.

2- Le respect des règles de transparence, d'égalité et de concurrence dans le choix des offres

La technique de l'appel d'offres, aussi appelée « quotas avec enchères concurrentielles » par les économistes²⁷⁰, intègre la norme de concurrence en introduisant notamment le système d'enchères. Les enchères constituent une procédure d'allocation de ressources rares assez répandue, notamment dans l'attribution des licences d'exploitation pétrolières²⁷¹. Elles permettent de révéler le prix que les exploitants sont prêts à payer. Dans le secteur des EMR, les enchères portent certes sur le prix, mais d'une part, le prix correspond à celui qui rémunérera l'électricité produite par l'exploitant, et non pas celui que ce dernier est prêt à payer pour exploiter la ressource, et d'autre part, elles portent aussi sur d'autres aspects comme le respect de l'environnement marin et le progrès social. Les producteurs retenus au terme de l'appel d'offre bénéficient d'une garantie d'achat sur la durée prévue au contrat. Le prix contractuel de rachat de cette électricité est le prix demandé par chaque producteur retenu. Il correspond au système des « enchères à la hollandaise » (« *paid as bid* »), contrairement au mécanisme des « enchères à la française » (« *bid at the marginal price* ») où le prix est le même pour tous et correspond au prix-limite qui est celui de la dernière offre retenue ou de la première offre rejetée²⁷². Dans le premier cas appliqué à l'éolien offshore, il y a discrimination par les prix, les producteurs retenus recevant un prix différent puisque fonction de leur offre.

J. PERCEBOIS²⁷³ a souligné les effets pervers pouvant néanmoins être engendrés par le mécanisme des enchères à la hollandaise. En effet, un producteur peut regretter d'avoir été retenu parce que le prix qu'il a proposé est particulièrement bas, alors que des concurrents qui eux aussi ont été retenus ont proposé des prix sensiblement plus élevés. Les producteurs d'électricité ont ainsi intérêt à surestimer leur prix d'offre dès lors qu'ils anticipent la « malédiction du vainqueur » (Chari et Weber), souvent évoquée dans le cadre de l'attribution des concessions d'exploitation pétrolière²⁷⁴.

²⁷⁰ P. MENANTEAU, D. FINON, M.L. LAMY, « Prix versus quantités : les politiques environnementales d'incitation au développement des énergies renouvelables », *Cahiers de recherche* n°25, Mai 2001, IEPE Grenoble.

²⁷¹ *Note sur l'exploration et l'exploitation pétrolière en mer*, Direction de l'initiative parlementaire et des délégations LC 230, Division de législation comparée, Janvier 2013 : Hormis au Mexique, où prévaut un monopole géré par une société nationale, les 4 autres États objets de l'étude (Norvège, Royaume Uni, Brésil et Australie) ont recours à la mise en concurrence pour l'attribution des concessions et des contrats de partage de la production (Brésil) et des licences (Australie, Norvège et Royaume Uni).

²⁷² J. PERCEBOIS, « Les mécanismes de soutien aux énergies renouvelables, leurs forces et leurs faiblesses respectives », CREDEN, *Cahiers de recherche* n°14.03.107, 5 mars 2014.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ F. NAEGELEN, « La malédiction du vainqueur dans les procédures d'appel d'offres », *Revue économique*, 1986, vol.37, n°4, p. 606 : dans les années 70 aux États Unis, dans le cadre de l'attribution de parcelles situées sur le plateau continental et contenant des nappes pétrolières via des procédures d'appels d'offres à ces compagnies pétrolières, celles-ci se plaignirent de la faible rentabilité de leurs investissements. Des experts (Capen, Clapp et

En anticipant cette situation, chacun va donc avoir tendance à revoir à la hausse son prix d'offre. Cela réduit certes les chances d'être retenu mais en cas de sélection, la rentabilité de l'opération est plus élevée pour le producteur mais plus coûteuse pour le consommateur d'électricité qui finance ce surcoût via la Contribution au service public de l'électricité (CSPE). De plus, il est de l'intérêt de tous les producteurs de chercher à connaître les offres des concurrents, et, si possible, de s'entendre avec eux pour proposer des prix communs. Ce système favorise donc les stratégies de collusion et dissuade les petits producteurs, le coût de la recherche d'informations étant trop élevé.

Dans une optique de baisse des coûts, la Commission de régulation de l'énergie (CRE) avait invité l'État à recourir à l'appel d'offres plutôt qu'à la technique du « premier arrivé premier servi » sur la base du tarif d'achat initial fixé à 130 €/MWh. La technique de l'appel d'offres était ainsi préconisée comme pouvant favoriser la concurrence dans une optique finale de baisse des coûts d'électricité pour le consommateur. La concurrence est en effet une composante de l'intérêt général, et notamment l'intérêt général énergétique. L'intérêt général concurrentiel figure parmi la pluralité des objectifs d'intérêt général²⁷⁵. L'objectif avait été atteint puisque le prix d'achat retenu dans le cadre de l'appel d'offres pour le parc éolien de Veulettes-sur-Mer en 2004 était de 105 €/MWh.

Dans le cadre de l'article 10 de la loi électricité, un premier arrêté du 10 juillet 2006 avait créé un tarif de rachat pour l'éolien en mer de 130 €/MWh les 10 premières années, et un tarif compris entre 30 et 130 € les 10 années suivantes selon la durée annuelle de fonctionnement, et ce malgré un avis défavorable rendu par la CRE. En effet, elle estimait que ce tarif proposé était nettement supérieur à ceux qui avaient été présentés par les candidats à l'appel d'offres de 2004. Cet arrêté ayant été annulé par le Conseil d'État dans un arrêt rendu le 6 août 2008 pour vice de forme²⁷⁶, un autre arrêté a été pris le 17 novembre 2008, maintenant le même tarif pour l'éolien en mer, complété par un autre arrêté du 23 décembre 2008, et ce malgré un autre avis défavorable de la CRE rendu le 30 octobre 2008²⁷⁷.

L'article 10 de la loi électricité désormais codifié précise que les conditions d'achat obligatoire par EDF et les distributeurs non nationalisés de l'électricité produite doivent tenir compte des coûts d'investissements et d'exploitation évités par les acheteurs obligés, auxquels peuvent s'ajouter une prime rétribuant la contribution de la production livrée à la réalisation des objectifs

Campbell, 1971) attribuèrent cela à la malédiction du vainqueur, c'est-à-dire « par le fait que le vainqueur de l'appel d'offres est généralement celui qui a le plus surestimé la valeur de la parcelle ».

²⁷⁵ G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*. Dalloz, Paris, 2006, p.249.

²⁷⁶ CE 6 août 2008, *Association Vent de colère*, req n°297723 : le gouvernement n'avait en effet consulté que le Conseil supérieur de l'électricité et du gaz alors qu'il devait consulter le conseil supérieur de l'énergie.

²⁷⁷ Avis du 30 octobre 2008 relatif au projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent, JORF n°290 du 13 décembre 2008 texte n°121.

légaux tels que la qualité de l'air et la lutte contre l'effet de serre, la sécurité et l'indépendance de l'approvisionnement... Or la CRE a estimé que le tarif de rachat proposé est bien supérieur aux coûts évités aux acheteurs obligés augmentés de cette prime. Il risque donc de contrevenir au principe de l'article 10 de la loi du 10 février 2000, à savoir que « le niveau de cette prime ne peut conduire à ce que la rémunération des capitaux immobilisés dans les installations bénéficiant de ces conditions d'achat excède une rémunération normale des capitaux ». Dans la mesure où le surcoût généré par le système d'obligation d'achat de l'électricité est compensé par la CSPE (contribution au service public de l'électricité), ces tarifs attractifs offriraient en quelque sorte une « rente de situation payée par les consommateurs²⁷⁸ ». En outre, le système de l'obligation d'achat ne tient pas compte des éventuelles subventions reçues par les producteurs, qui pèsent aussi sur la collectivité.

Dans le cadre de l'appel d'offres éolien offshore, le prix ne constitue qu'une partie des critères de sélection des candidats, les volets industriels et environnementaux étant aussi fondamentaux, ce qui explique sans doute le maintien de l'utilisation de la technique de l'appel d'offres par l'État en dépit de son inefficacité à atteindre l'objectif initial de baisse des coûts. Les cahiers des charges des appels d'offres éolien offshore précisent que le critère d'attribution est celui de l'offre économiquement la plus avantageuse, empruntant l'expression à l'ancien article 53-I du code des marchés publics²⁷⁹, qui donne une liste des critères sur lesquels la personne publique peut se fonder pour prendre sa décision : qualité, le prix, valeur technique, les performances en matière de protection de l'environnement, le caractère innovant... Les critères définis dans le cadre de l'appel d'offres éolien offshore sont au nombre de trois. Le sous-critère du prix et le volet industriel représentent chacun 2/5 du critère global d'attribution, le volet environnemental complétant quant à lui le 1/5 manquant. Les prix que les appels d'offres éolien offshore de 2011 et 2013 ont dégagés avoisinent plutôt les 200 euros le mégawattheure, mais l'Etat les a renégociés aux alentours des 150 euros en juin 2018²⁸⁰.

L'accès au marché des EMR se traduit aussi par l'accès aux sites d'implantation des ouvrages permettant de transformer la ressource EMR en électricité.

²⁷⁸ Expression du ministre délégué à l'industrie lors des débats parlementaires à l'occasion du vote de la loi POPE du 13 juillet 2005.

²⁷⁹ Abrogé par l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015.

²⁸⁰ Voir *infra*.

C- La régulation de l'accès à la ressource EMR au-delà de la mer territoriale

On peut supposer que l'État privilégiera aussi le système de l'appel d'offres pour réguler l'accès à la ressource EMR. Dès lors, la question se pose de l'applicabilité des règles de mise en concurrence au-delà de la mer territoriale. En outre, l'attribution d'un lot en ZEE s'accompagnera probablement aussi d'une exclusivité d'exploitation de la ressource EMR.

Indépendamment de la procédure d'appel d'offres et de l'exclusivité dans l'exploitation de la ressource qui en découle, on peut s'interroger sur l'articulation entre l'exclusivité accordée à l'État côtier pour l'exploitation des EMR dans sa ZEE avec l'ouverture à la concurrence de la production d'électricité ? Cette exclusivité s'applique-t-elle vis à vis de tout État autre que la France ou s'applique-t-elle uniquement aux pays tiers, hors UE ? Plus généralement, la question se pose quant à l'appartenance de la ZEE au territoire européen. Le territoire européen, et plus précisément le champ d'application du droit de la mise en concurrence dans l'accès à la ressource EMR, s'étend-il à la ZEE et au plateau continental ? (1) Qu'en est-il de la haute mer ? (2)

1- L'applicabilité du droit de l'Union européenne au plateau continental et à la ZEE

Que recouvre la notion de territoire de l'Union, dont seul l'article 153-1 g du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) fait mention ? Cette notion peut paraître de prime abord incongrue dans la mesure où la notion de territoire, que ce soit sur le plan du droit constitutionnel ou international, renvoie en principe à la notion d'État²⁸¹. Il s'agit du cadre privilégié d'exercice de la souveraineté de l'État. Le partage des compétences entre les États et l'Union européenne peut être assimilé sous certains aspects aux États fédéraux, où les compétences sont partagées entre le gouvernement fédéral et les États. La notion de territoire lorsqu'on évoque le territoire de l'Union doit s'entendre différemment de la notion de territoire étatique. Il s'agit d'un territoire fonctionnel, du champ d'application territorial du droit de l'Union, qui est multiple. Ce territoire de l'Union européenne n'est pas défini par un critère géographique mais par énumération des États membres (TUE, art.52) auxquels s'ajoutent les territoires dont ils assurent les relations extérieures (TFUE, art. 355). Le principe est donc la coïncidence du territoire de l'Union et des composantes territoriales, terrestres, maritimes et aériennes des États membres. La délimitation du territoire de l'Union s'effectue d'abord par référence aux dispositions nationales²⁸².

²⁸¹ A. RIGAUX, *Rép.de dt. Comm.* « Territoire communautaire ». Fév. 1995, mise à jour 2010.

²⁸² CJCE 10 oct. 1978, *Hansen c/ Hauptzollamt de Flensburg*, aff. 148/77, Rec. 1787

Les espaces maritimes sur lesquels l'État ne dispose que de droits souverains font- ils partie de ce territoire ? L'article 52 du TUE et l'article 355 du TFUE, qui évoquent et délimitent le champ d'application territoriale du Traité, sont muets sur la question de savoir si ce territoire européen comprend ou non les zones économiques exclusives des États membres. En principe, le territoire européen comprend les espaces relevant de la souveraineté des États en application des règles de droit international²⁸³. Qu'est-ce que cela signifie ?

Concernant le plateau continental, Y. VAN DER MENSBRUGGHE a souligné l'applicabilité des libertés de circulation des marchandises ou d'établissement, des règles de concurrence et de la politique énergétique commune à cet espace²⁸⁴ « Quel intérêt y aurait-il en effet », selon lui, « à concevoir un marché commun, voulu par les États, et établi par le traité, dont serait exclue une part importante des ressources énergétiques et qui serait amputé d'un domaine où les États membres seraient libres d'adopter des politiques divergentes voire discriminatoires et ce à un moment où les compétences étatiques en mer prennent une extension croissante ». Il ajoute que la même problématique se pose en ZEE.

Le traité contient des règles pour l'exercice du pouvoir par les États non pas dans un territoire déterminé mais plutôt dans des domaines déterminés²⁸⁵. Ainsi, il serait inutile d'adapter les traités aux modifications des frontières nationales pour pouvoir appliquer le Traité au plateau continental, « le fait que le Traité s'adresse aux États et couvre l'exercice de droits qui leur sont conférés par le droit international est suffisant²⁸⁶ ». Cela a été confirmé par la Commission dans son Mémoire du 9 septembre 1970²⁸⁷ : « le plateau continental est assimilable, quant à l'application du Traité, aux territoires des États signataires sur lesquels ceux-ci exercent des droits souverains ».

Y. VAN DER MENSBRUGGHE poursuit : « L'exercice individuel de pouvoirs souverains de la part d'un État membre, ayant pour objet ou pour conséquence l'introduction d'une réglementation publique, doit être soumis au traité de Rome dans la mesure où il touche directement à l'exercice de l'activité économique couverte par le Traité et ce jusqu'aux limites territoriales que l'État impose lui-même de façon souveraine. Si les États membres édictent des réglementations de cette nature concernant le plateau continental, c'est-à-dire une aire géographique qui va au-delà des eaux territoriales, les règles du Traité deviennent en

²⁸³ V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », *Répertoire de droit communautaire* - juin 2011.

²⁸⁴ Y. VAN DER MENSBRUGGHE, « La CEE et le plateau continental des États membres », in *Mélanges Fernand Dehousse* Ed. Nathan Bruxelles 1979 Vol.2. p. 311.

²⁸⁵ P. MATHYSEN, « Aspects juridiques des problèmes énergétiques dans les trois Communautés européennes », *Annales Fac. Droit Liège*, 1967, p.403.

²⁸⁶ Y. VAN DER MENSBRUGGHE *op.cit.*

²⁸⁷ Mémoire du 9 septembre 1970, *Bull. Agence Europe* n°640, p.6 SEC [70], final du 18 sept.1970.

conséquence applicables à la réglementation instituée par les États membres dans cette aire. Il en résulte que les actes pris par la Communauté pour l'application du Traité sont *ipso facto* applicables au plateau continental, sauf disposition contraire expresse si les institutions de la Communauté l'estiment opportun suivant le cas et la matière ». L'auteur souligne qu'il ne s'agit pas ici de considérer le plateau continental²⁸⁸ comme une adjonction de territoire mais simplement une extension de l'application du Traité au plateau continental.

Dans le cadre de l'exploitation du pétrole en Mer du nord, la Commission, sur la base du mémorandum précité, a confirmé que les États membres étaient libres d'exploiter les ressources pétrolières dans la Communauté. Pour rassurer les Anglais, la Commission déclara que le gouvernement britannique pouvait limiter l'octroi de licences de prospection de pétrole de son plateau continental et décider de la propriété de ses ressources, les gisements relevant de la souveraineté nationale. En revanche, elle rappela que le Traité interdit toute discrimination entre acheteurs communautaires des quantités produites de pétrole ou de gaz²⁸⁹. Ainsi, on peut supposer que l'État français a un pouvoir discrétionnaire dans le choix du rythme d'implantation de parcs EMR sur son plateau continental, néanmoins, lorsqu'il a opéré ce choix, il ne peut pratiquer de discrimination entre candidats potentiels et doit respecter les règles de mise en concurrence dans l'octroi des titres d'autorisation d'exploiter la ressource EMR, notamment grâce aux appels d'offres.

La ZEE se voit appliquer le même raisonnement que pour le plateau continental. Elle entre dans le champ d'application spatial du droit de l'Union européenne, si elle relève de son domaine matériel²⁹⁰. P. DAILLIER²⁹¹ a mis en exergue le fait que « les États membres reconnaissent aujourd'hui l'applicabilité du droit européen aux activités de pêche maritime²⁹² par exemple - dans les zones de pêche et les zones économiques exclusives - ainsi qu'aux activités d'exploitation des ressources minérales du plateau continental (régimes douaniers, concurrence, harmonisation des fiscalités, égalité de traitement dans le cadre du droit d'établissement) ou de protection de l'environnement ». La CJUE a jugé que la directive Habitats est applicable dans la ZEE et le plateau continental du Royaume Uni²⁹³. La délimitation de la ZEE influe sur le

²⁸⁸ CJCE 27 février 2002, *Weber* C-37/00.

²⁸⁹ Y. VAN DER MENSBRUGGHE *op.cit.* p. 311 et s.

²⁹⁰ A. RIGAUX, « Territoire communautaire » *Rép.de dt comm.* Fév. 1995, mise à jour 2010, n°76.

²⁹¹ P. DAILLIER, *Répertoire de droit communautaire*, Mer - décembre 1994 (dernière mise à jour : octobre 2014), n°13.

²⁹² V. par ex. Règlement. n° 101/76 du Conseil, 19 janv. 1976, JOCE, n° L 20, 28 janvier, en matière de pêche.

²⁹³ CJCE 20 oct. 2005, Comm/RU, C-6/04. La directive « Habitats » ne dispose pas d'un champ d'application territoriale défini, permettant d'exclure ou non les zones adjacentes à la mer territoriale des États membres. Cependant elle devait être considérée comme étant applicable au-delà des eaux territoriales des États membres dans la mesure où, parce qu'ils exercent des droits souverains sur certains espaces, les États membres sont également responsables de la conservation de leur biodiversité. Le but même de la directive incite à ce que son application ne soit pas limitée aux eaux territoriales.

champ d'application géographique du droit de l'Union européenne. Selon un arrêt de la CJCE du 16 février 1978, *Commission c/Irlande*²⁹⁴, « toute extension de la zone maritime en question (la zone économique exclusive) comporte automatiquement une extension identique du domaine d'application » du droit de l'Union européenne.

L'État côtier est seul décisionnaire du choix de la mise en valeur des ressources EMR de sa ZEE, ou du choix de les exploiter lui-même ou par un tiers pour son propre compte et sous sa juridiction²⁹⁵. Il n'existe pas comme en matière de pêche (art.62 CMB) de disposition prévoyant de laisser aux autres États la possibilité d'exploiter les EMR dans le cas où l'État côtier n'aurait pas les capacités suffisantes de le faire lui-même²⁹⁶. Toutefois dès lors que la décision de les exploiter a été prise par l'État côtier, celui-ci ne peut pratiquer de discrimination dans l'attribution des titres d'autorisation d'accès à la ressource.

2- L'applicabilité du droit de l'Union européenne en haute mer

Bien que la haute mer ne fasse pas partie du territoire de l'Union européenne, certaines compétences de l'Union européenne peuvent s'exercer à condition de correspondre à une compétence reconnue aux États membres par le droit international et à un domaine couvert par le Traité. Les règles s'y appliquent alors, non en vertu d'un lien territorial, les espaces en question étant des espaces internationaux, mais en raison d'une interférence entre les compétences personnelles détenues par les États dans ces espaces et le champ d'application du droit de l'Union européenne²⁹⁷.

C'est ainsi que la CJUE a reconnu dans son arrêt *Kramer* du 14 juillet 1976²⁹⁸ que « la compétence réglementaire *rationae materiae* de la Communauté s'étend également dans la mesure où une compétence analogue appartient aux États en vertu du droit international public- à la pêche en haute mer ». On peut toutefois s'interroger sur une éventuelle application de cette jurisprudence à l'activité de production d'énergie, dans la mesure où, contrairement à la pêche, il n'existe pas de politique commune de l'énergie.

Le lauréat d'un appel d'offres ne se voit pas attribuer automatiquement un titre d'occupation du domaine public maritime ou au-delà de cette zone. Les procédures sont distinctes. L'accès

²⁹⁴ N° 61/77.

²⁹⁵ J.P. BEURIER, *Droits maritimes*, Dalloz 2015, n°114.34 p.125.

²⁹⁶ M. VOELCKEL, « Pêche », n. 21, *Rep. de droit intern.* Dalloz 1998 MAJ 2013. La zone de pêche communautaire résultant de la résolution dite de La Haye du 3 novembre 1976 est le fruit de revendications très fortes quant à l'extension de droits exclusifs de l'État riverain au-delà de ses eaux territoriales. Elle est très éloignée du souci marquant le régime conventionnel de la ZEE d'un équilibre entre droits et devoirs de l'État côtier.

²⁹⁷ A. RIGAUX *op.cit.* n°77.

²⁹⁸ CJCE 14 juillet 1976, *Kramer e.a.* Aff. 3/76, 4/76 et 6/76, *Rec.* p. 1279, points 30 à 33.

au marché des EMR est donc conditionné également par l'attribution d'un droit d'accès et d'utilisation des sites d'implantation des parcs EMR.

§ 2- La régulation de l'accès aux sites d'implantation des parcs EMR

La régulation s'opère différemment selon que le site d'implantation des parcs se situe sur le domaine public maritime et la colonne d'eau en mer territoriale (A), en ZEE ou en haute mer (B).

A- La régulation de l'accès au site d'implantation en mer territoriale

Lorsque l'État attribue l'accès à un site propice à un candidat dans le cadre de l'appel d'offres, il lui offre l'exclusivité de l'exploitation de la ressource EMR au sein de ce site. Aucune autre entreprise ne peut implanter ses ouvrages au sein du site retenu, tout au moins pour l'exploitation de la même ressource. On pourrait envisager en effet l'implantation d'une usine houlomotrice sur le site octroyé à un porteur de projet éolien. Les synergies entre ressources EMR sont d'ailleurs recherchées²⁹⁹. L'autorité publique n'octroie en revanche au candidat sélectionné aucune exclusivité lorsqu'il lui délivre un titre d'occupation du domaine public maritime. Il lui octroie toutefois un avantage économique, le domaine public ayant été qualifié de ressource essentielle³⁰⁰. Le pouvoir discrétionnaire de l'État gestionnaire du DPM se voit mis à l'épreuve au regard des obligations de publicité et de mise en concurrence en tant qu'offreur d'espaces publics (1). Cette confrontation aux règles de mise en concurrence peut aussi être suscitée par l'existence d'une frontière très mince entre le rôle d'offreur d'espaces publics de l'État et son rôle éventuel de demandeur dans le cadre de la commande publique. (2).

1- Le respect des règles de concurrence par l'État en tant qu'offreur d'espaces publics aux exploitants EMR

Il convient d'envisager la question des mesures de publicité préalable (a) ainsi que celle de la mise en concurrence des titres d'occupation (b)

²⁹⁹ Voir notamment: B.H. BUCK, G. KRAUSE, H. ROSENTHAL, "Extensive open ocean aquaculture development within wind farms in Germany: the prospect of offshore co-management and legal constraints", *Ocean and Coastal management* 47, 2004, 95-122; F. SCHNEIDER, *Les énergies marines renouvelables. Approche juridique en droit international, européen et comparé*, Éditions Pédone 2015 pp.459 et s.

³⁰⁰ CA Paris 31 octobre 1991, *Mme Parouty*, D.1992, J, p.312, note V. SELINSKY ; M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, 2e éd. Lexis Nexis 2017, n°404 p.219 ; S. NICINSKI, « Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles », *La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°44, 29 octobre 2007, 2287.

a) Le respect des mesures de publicité préalable

Si la question de la soumission de la délivrance d'une autorisation d'occupation d'une dépendance domaniale à une procédure de publicité préalable est toujours en débat au sein de la doctrine, l'assujettissement de l'octroi d'un titre d'occupation privative du DPM en dehors des ports à une telle procédure ne semble souffrir d'aucun doute. Le Conseil d'État, en jugeant dans l'affaire *Jean Bouin*³⁰¹ qu'il n'existe « aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe » imposant à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable lorsqu'une telle autorisation ou passation n'a pour objet que l'occupation du domaine public, semble avoir omis les titres d'occupation du domaine public maritime en dehors des ports, pour lesquels il existe a contrario des dispositions réglementaires. En effet, l'article R.2124-5 du CG3P impose au préfet, avant l'instruction administrative du dossier, de publier un avis « dans deux journaux à diffusion locale ou régionale habilités à recevoir des annonces légales diffusées dans le ou les départements intéressés ». « Si l'importance du projet le justifie », il doit procéder « à la même publication dans deux journaux à diffusion nationale ». Le décret n° 2011-757 du 28 juin 2011³⁰² a introduit un article 7-2 dans le décret du 4 décembre 2002³⁰³ relatif à la procédure d'appel d'offres pour la production d'électricité, soumettant l'octroi de la concession d'occupation du domaine public maritime aux exploitants EMR au décret du 29 mars 2004³⁰⁴, à l'exception de son article 5, qui impose l'obligation de publicité préalable. Or cet article a été abrogé par le décret n°2011-1612 du 22 novembre 2011³⁰⁵. Aucune disposition n'a par la suite été introduite dans le décret de 2002 pour signifier la non application de l'article R.2124-5 du CG3P, ce qui semble indiquer que les formalités de publicité préalable demeurent applicables y compris lorsque le titre d'occupation du DPM est octroyé suite à un appel d'offres.

L'association Vent de colère, à l'origine du recours contre l'arrêté préfectoral ayant délivré le titre d'occupation du DPM à la société Enertrag en 2008, arguait du fait que le projet étant issu d'un appel d'offres ministériel, il justifiait une publicité dans un journal national, ce qui n'avait pas été le cas en l'espèce. L'avis mentionne les caractéristiques principales de la demande et

³⁰¹ CE 3 décembre 2010 *Jean Bouin* req. n° 338272

³⁰² Décret n°2011-757 du 28 juin 2011 modifiant le décret du 4 décembre 2002 relatif à la procédure d'appel d'offres pour la production d'électricité (JORF n°0150 du 30 juin 2011 page 11023)

³⁰³ Décret n°2002-1434 du 4 décembre 2002 relatif à la procédure d'appel d'offres pour les installations de production d'électricité, (JORF n°288 du 11 décembre 2002)

³⁰⁴ Décret n°2004-308 du 29 mars 2004 relatif aux concessions d'utilisation du domaine public maritime en dehors des ports, abrogé par le décret n°2011-1612 du 22 novembre 2011 et désormais codifié au code général de la propriété des personnes publiques (CG3P).

³⁰⁵ Décret n°2011-1612 du 22 novembre 2011 relatif aux première, deuxième, troisième et quatrième parties réglementaires du code général de la propriété des personnes publiques (JORF n°0272 du 24 novembre 2011 page 19708).

les frais de publicité sont à la charge du demandeur. Le régime de l'utilisation du domaine public maritime en dehors des ports s'inscrit ainsi dans le respect du principe de transparence des procédures consacré par la Cour de justice de l'Union européenne et appliqué aux marchés publics³⁰⁶ et aux concessions dans l'affaire *Telaustria*³⁰⁷.

Toutefois, il ne faut pas confondre mesures de publicité préalable, permettant de respecter le principe d'égalité ou de non-discrimination des candidats, ainsi que le libre jeu de la concurrence en permettant aux opérateurs de se manifester, avec l'obligation de mise en concurrence du titre d'occupation.

b) La soumission des titres d'occupation du DPM à l'obligation de mise en concurrence

Avant d'envisager la situation particulière des opérateurs EMR sur le DPM **(b-2)**, un bref rappel de l'évolution jurisprudentielle et législative de l'obligation de mise en concurrence s'avère nécessaire **(b-1)**.

b-1- L'évolution jurisprudentielle et législative de l'obligation de mise en concurrence des titres d'occupation

Avant l'intervention clarificatrice du législateur par l'ordonnance du 19 avril 2017, la question de l'application de la procédure de mise en concurrence des titres d'occupation du domaine public revenait régulièrement dans les débats jurisprudentiels et doctrinaux. La concurrence n'a certes pas lieu d'être sollicitée quand l'octroi du titre d'utilisation du domaine public ne trouble pas le jeu de la concurrence, lorsque les possibilités d'occupation du domaine sont supérieures au nombre de concurrents sur le marché ou que cette occupation n'est pas susceptible d'intéresser plusieurs demandeurs³⁰⁸. Néanmoins, la pression exercée sur le littoral et le domaine public maritime invitait plutôt à envisager le contraire. La tendance à la valorisation du domaine public maritime s'associe à celle de mise en concurrence devenue « sous la pression de Bruxelles l'*Alpha* et l'*Omega* d'une bonne gestion publique »³⁰⁹.

Le droit de la concurrence étant une branche du droit d'origine privatiste, l'extraction d'un principe de libre concurrence opposable aux décisions administratives n'avait rien

³⁰⁶ CJCE, 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, C-507/03 *Rec. CJCE* 2007, I, p.9777.

³⁰⁷ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress* C-324/98 ; *AJDA* 2001, p.106, note L. Richer : « le principe de non-discrimination implique une obligation de transparence, laquelle suppose un minimum de publicité ».

³⁰⁸ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif des biens*, Tome 2, 15^e éd. LGDJ Paris 2014, n°475, p.286.

³⁰⁹ Y. GOUTAL, E-L. BERNARDI, « Valorisation du domaine public et mise en concurrence », *AJCT*, 2013 p.84.

d'automatique. En effet, l'arrêt *Million et Marais*³¹⁰ a rendu le droit de la concurrence directement opposable aux actes administratifs, entrant ainsi dans le bloc de légalité. Opposabilité ne signifie certes pas applicabilité. L'administration est réputée devoir tenir compte des règles de concurrence lorsqu'elle prend une décision, et notamment ne doit pas placer les destinataires de la décision, c'est-à-dire les opérateurs économiques, en situation de méconnaître les règles de la concurrence³¹¹. C'est en cela que le droit de la concurrence lui est opposable et non directement applicable lorsqu'elle est saisie en tant qu'autorité publique³¹². L'occupation du domaine public maritime est devenue un réel enjeu économique, tant en droit des propriétés publiques, qu'en droit de l'Union européenne, ce dernier ne considérant plus la gestion du domaine public en elle-même comme une manifestation de la puissance publique³¹³. L'existence en droit national d'un régime de police spécial de la domanialité publique n'est pas incompatible avec l'exercice d'une activité économique sur le domaine public³¹⁴. L'arrêt *EDA*³¹⁵ a rendu *applicable* et non plus seulement *opposable* le droit de la concurrence à la passation de conventions d'occupation du domaine public, l'administration étant considérée comme le prestataire d'une offre de location d'emplacements³¹⁶. Les choix de gestion des biens publics opérés par l'autorité publique sont analysés comme les conditions de mise sur le marché d'une infrastructure essentielle³¹⁷. Une infrastructure ou ressource essentielle³¹⁸ dispose en général d'un lien avec une activité publique ou un bien de l'administration (réseau câblé, installation portuaire, aéroport, base de données, temps d'antenne...), mais, comme le souligne

³¹⁰ CE, arrêt de section, 3 novembre 1997, req. n°169907, *Lebon* 393 et 406 ; *RFDA* 1997 p.1228, concl ; *RDP* 1998 p.256 note Y. GAUDEMET.

³¹¹ CE 23 mai 2012 *Régie autonome des transports parisiens (RATP)* *AJ* 2012 n°1151 note E.G ; *JCP adm.* 2013.2012 note Pauliat.

³¹² P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, Paris 2011, pp.124 et 125 ;

³¹³ CJCE 14 décembre 2000, *Fazenda Publica et Camara Municipal do porto*, Aff. C-446/98 : *Rec. CJCE* 2000 I, p.11435).

³¹⁴ TPICE 12 décembre 2000 *ADP c/ Commission*, Aff. T-128/98.

³¹⁵ CE 26 mars 1999, *Société Eda*, req. n°202260. *AJDA* 1999 p.427 note M. BAZEX.

³¹⁶ S. NICINSKI, « Droit de la concurrence et contrats portant sur la propriété publique » in *Contrats et propriété publique*, sous la dir. de G. CLAMOUR, LexisNexis Paris 2011 ; B. DELAUNAY considère qu'il faut malgré cela ranger cette décision parmi celles qui consacrent l'opposabilité et non l'applicabilité du droit de la concurrence aux autorités normatives dans le domaine de la gestion du domaine public (B. DELAUNAY *Droit public de la concurrence* 2^e ed. 2018 LGDJ Paris n°420 p.232).

³¹⁷ J.D. DREYFUS, « Requalification de la convention d'occupation du stade Jean Bouin en délégation de service public », *AJDA* 2009, p.1149 : « Sur le fondement du droit de la concurrence, il semble qu'une mise en concurrence préalable s'impose lorsque le nombre d'occupations du domaine public possibles est inférieur au nombre de concurrents sur le marché. C'est alors le risque d'atteinte à la concurrence qui contraint les personnes publiques, l'utilisation du bien public constituant de par sa nature et/ou sa localisation, une « facilité essentielle » ».

³¹⁸ Selon la Commission européenne, les ressources ou infrastructures essentielles sont les installations ou équipements sans l'utilisation desquelles les concurrents ne peuvent servir leur clientèle (Décision 94/19/CE de la Commission du 21 décembre 1993, *Sea Containers/Stena Sealink*, JOCE n° L 15 du 18 janvier 1994, p. 8). Un opérateur détenant une infrastructure ou ressource essentielle à la conduite d'une activité économique sur un marché connexe ou aval est tenu à un certain nombre d'obligations afin de ne pas fausser le jeu de la concurrence ou entraver l'activité d'autres opérateurs.

S. NICINSKI, « le Conseil de la concurrence (relativement à une exclusivité d'occupation du domaine public³¹⁹) et la Cour d'appel de Paris (s'agissant d'un refus d'octroi de titre d'occupation du domaine public³²⁰) ont tous deux admis que les règles de la concurrence s'appliquaient aux choix opérés par l'autorité administrative »³²¹. Ainsi les décisions d'attribution de titres d'occupation du domaine public, d'autant plus lorsqu'elles sont assorties de droits exclusifs, sont considérées par le Conseil de la concurrence comme les conditions de « mise sur le marché » d'infrastructures essentielles, imposant le respect des règles de concurrence par l'administration³²². L'autorité de la concurrence avait réitéré le même avis concernant les problèmes de concurrence surgissant à l'issue de la privatisation des aéroports français³²³. Bien que le CGPPP ne prévoyait pas d'obligation de mise en concurrence pour l'attribution des titres d'occupation du domaine public, le Conseil d'État recommandait lui aussi de mettre en place de telles procédures³²⁴.

Une évolution significative a été apportée par la CJUE dans ses arrêts *Promoimpresa Srl et Mario Melis*³²⁵, lorsqu'elle juge que la directive service 2006/123/CE est applicable aux procédures d'attribution des titres d'occupation du domaine, dans la mesure où ils permettent d'exercer une activité économique. La cour considère que l'attribution des concessions domaniales, en l'espèce des concessions de plage, est assimilable à un régime d'autorisation relevant de la directive 2006/123/CE et donc soumise aux règles de mise en concurrence. Quand bien même, selon elle, la directive ne leur serait pas applicable, les concessions domaniales sont néanmoins soumises aux règles fondamentales du Traité, notamment le principe de non-discrimination, et à la jurisprudence *Telaustria*.

Le législateur français a ensuite pris acte de cette évolution dans son ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017, consacrée dans le nouvel article L2122-1-1 du CGPPP, qui impose une procédure de sélection préalable des candidats à l'obtention d'un titre d'utilisation du domaine public pour y exercer une activité économique, dans le respect des principes de transparence et d'impartialité, précédée d'une mesure de publicité pour que les candidats potentiels puissent se manifester. L'emploi du terme « sélection préalable » laisse supposer qu'il ne s'agit pas d'une « mise en concurrence » au sens littéral, mais s'en rapprochant grandement en pratique³²⁶.

³¹⁹ Cons. Conc. Avis n°04-A-19 du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits.

³²⁰ CA Paris 31 octobre 1991, *Mme Parouty*, D. 1992, J, p.312, note V. SELINSKY.

³²¹ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 6e éd. Lextenso Éditions, Paris 2018, n°931, p.497.

³²² Cons. Conc. Avis n°04-A-19 *op.cit.* ; S. NICINSKI *op.cit.* n°526, p.291.

³²³ Avis n°10-A-04.

³²⁴ Conseil d'État, Avis n°366-305 du 16 mai 2002, *EDCE* 2003 p.201.

³²⁵ CJUE 14 juillet 2016 *Promoimpresa Srl et Mario Melis* C-458/14 et C-67/15.

³²⁶ B. DELAUNAY *Droit public de la concurrence* 2° éd. 2018 LGDJ Paris n° 860 et s. pp. 430 et s.

b-2- La situation des exploitants EMR

L'article L2122-1-2 du CGPPP prévoit des dérogations à cette obligation de mise en concurrence lorsque la délivrance des titres s'insère dans une opération dont la procédure présente les mêmes caractéristiques que celles décrites dans le 1^{er} alinéa de l'article L2122-1-1. Il semble donc que la délivrance des titres d'occupation du DPM aux lauréats des différents appels d'offres ou dialogues concurrentiels dans le cadre des EMR n'y soit pas soumise, ce qui paraît logique dans une optique de simplification des procédures administratives pour le marché des EMR.

Néanmoins, la procédure de sélection des candidats orchestrée dans le cadre du code de l'énergie ne met en concurrence que les exploitants EMR d'une même ressource, en l'occurrence la ressource EMR, qui se voient octroyer un droit exclusif d'exploiter cette ressource sur le site objet de l'appel d'offres. Ces droits exclusifs ne doivent pas être confondus avec les droits spéciaux et exclusifs, qui sont des « droits ayant pour effet de réserver à des entités adjudicatrices l'exercice d'une des activités d'opérateurs de réseaux définies à l'article 12 (de l'ordonnance du 23 juillet 2015) et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité »³²⁷. Les droits exclusifs auxquels nous nous intéressons sont des « droits d'exclusivité accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires »³²⁸. Bien que des consultations et des négociations aient lieu avec les autres utilisateurs de la mer, tels les pêcheurs, les extracteurs de granulats ou les aquaculteurs, dans le cadre de la sélection des sites propices aux EMR, aucune mise en concurrence n'est organisée officiellement entre eux et les exploitants EMR. Il faut préciser toutefois que seules les deux dernières catégories d'usagers sont dotées d'une autorisation d'occupation du DPM naturel.

Lorsque les développeurs EMR obtiennent leur titre d'occupation du DPM, ils ne bénéficient d'aucune exclusivité vis-à-vis des autres occupants du DPM. Néanmoins, l'implantation des ouvrages destinés à exploiter la ressource EMR requiert une certaine exclusivité, celle-ci étant matérialisée par l'instauration de zones de sécurité autour des parcs EMR et restreignant les autres activités³²⁹. La convention de concession d'utilisation du domaine public maritime accordée pour le lauréat du site de Fécamp prévoit notamment dans son article 2-2 la possibilité d'autoriser d'autres occupations dans le périmètre de la concession EMR, à condition qu'elles

³²⁷ Ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015.

³²⁸ *Ibid* article 11.3. M.UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, Lexisnexis 2^e éd 2017 n°257 p. 140.

³²⁹ Voir 2^e partie.

soient compatibles avec l'activité de production d'électricité EMR, et après avoir recueilli l'avis du développeur EMR titulaire de l'autorisation. La priorité est clairement donnée à l'activité EMR. Bien que les études préalables de sélection des sites aient pris en compte les autres usages en amont des procédures d'appels d'offre, et que l'article 58 de la nouvelle loi n°2018-727 du 10 août 2018 permettra désormais d'organiser un débat public lors de cette sélection, rien ne garantit qu'un aquaculteur ne décide pas *a posteriori* de convoiter le même espace maritime que celui occupé par un développeur EMR. Or aucune mise en concurrence n'est organisée pour l'octroi des concessions d'utilisation du DPM dans le cadre des EMR. La qualification d'abus de position dominante ne pourrait sans doute pas être retenue ici dans la mesure où l'exploitant EMR n'intervient pas sur le même marché que les autres occupants du DPM³³⁰, sauf à considérer qu'un aquaculteur intervient en fait sur un marché connexe à celui d'un développeur EMR, devant ainsi se voir accorder le droit d'utiliser le même espace que ce dernier pour pouvoir exercer son activité, et à condition qu'un abus de cette position dominante soit caractérisé³³¹.

2- La possible confusion entre la qualité d'offreur d'espaces publics et celle de demandeur de la personne publique

La distinction n'est pas toujours aisée à opérer entre la qualité d'offreur d'espaces publics de l'administration et sa qualité de demandeur. Une analyse antérieure nous a conduits à déduire que nous n'étions *a priori* pas en présence d'un marché public, notamment en l'absence de contrat³³². Néanmoins, des conventions d'occupation du domaine public, telle la convention de concession d'utilisation du domaine public maritime en dehors des ports concédée aux exploitants EMR³³³, peuvent être étroitement liées à un contrat de la commande publique, comme une délégation de service public ou une concession de travaux³³⁴. Elles peuvent parfois être requalifiées en concession de travaux au sens du droit de l'Union européenne et voir ainsi

³³⁰ Avis du Conseil de la concurrence n°04-A-19 du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits : « L'existence éventuelle d'une entreprise jouissant d'une position dominante sur le marché où elle exerce son activité économique devrait conduire la collectivité à une vigilance renforcée quant aux conditions d'accès au domaine public, en écartant a priori toute clause conférant une exclusivité d'installation et en fixant une durée brève pour les autorisations. Dans un tel contexte, une mise en compétition préalable des entreprises intéressées pourrait aussi permettre une meilleure expression du jeu de la concurrence ».

³³¹ CE sect. 8 novembre 1996 *Fédération française des sociétés d'assurance* Rec. p.441, *AJDA* 1997 p.142 Chron. CHAUVAUX et GIRARDOT.

³³² Voir *supra*.

³³³ Elle est régie par les articles L2124-1 à L2124-3 et R2124-1 à R2124-12 du CGPPP et accordée aux développeurs EMR lauréats d'un appel d'offres mais à l'issue d'une procédure distincte.

³³⁴ CE 14 février 2017 *Sté de manutention portuaire d'Aquitaine et Grand Port maritime de Bordeaux* n°405157 *Contrats et marchés publics* 2017 n°98, note G. Eckert ; CE 18 mars 1988, *Société civile des Néo-Polders*, *AJDA* 1988, note J.B. AUVY ; CE ass. 30 mars 1973, *Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ Schwetzoff et autres*, Lebon P.264, *AJDA* 1973 p.366 note J. DUFAU.

leur procédure de passation pleinement régie par les règles de la commande publique³³⁵. La concession de travaux ou de services est définie comme un contrat conclu par écrit, par lequel une autorité concédante confie l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un opérateur économique, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix³³⁶. Si le lauréat d'un appel d'offres EMR ne signe certes pas directement de contrat avec l'État à l'issue de la procédure, il se voit octroyer le droit de signer un contrat avec EDF, filiale à 85% de l'État, en vue de lui vendre l'électricité produite grâce à l'exploitation des ouvrages construits par le candidat au tarif fixé dans l'appel d'offres.

Il signe par la suite, dans le cadre d'une procédure différente certes, une convention de concession d'utilisation du domaine public maritime en dehors des ports, dont le contenu s'étoffe avec le développement du marché des EMR. En effet, les concessions DPM délivrées actuellement aux développeurs éolien offshore s'éloignent de celle qui avait été délivrée à la société Enertrag, première lauréate de l'appel d'offres lancé en 2004. Les concessions délivrées désormais comprennent des clauses plus étoffées pour indemniser le développeur en cas de résiliation du titre par l'autorité gestionnaire. Cette situation pourrait se rapprocher d'une concession de travaux, de services, ou les deux. Le régime des concessions de travaux, auparavant régi par l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009, est désormais unifié dans un régime commun aux concessions de service, depuis l'adoption de l'ordonnance du 29 janvier 2016³³⁷, transposant la directive 2014/23/UE sur les concessions³³⁸. Le contrat de concession de travaux a pour objet « 1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux, dont la liste est publiée au *Journal officiel* de la République française ; 2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante ». Les contrats de concession de services quant à eux consistent en « la gestion d'un service. Ils peuvent consister à déléguer la gestion d'un service public. Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service »³³⁹.

³³⁵ G. ECKERT, « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique » in *Contrats et propriété publique*, sous la dir. de G. CLAMOUR, Lexisnexis Paris 2011.

³³⁶ Article 5 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (JORF n°0025 du 30 janvier 2016), reprenant la définition donnée par l'article 5.1 de la Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession (JOUE L94/1 du 28 mars 2014).

³³⁷ Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (JORF n°0025 du 30 janvier 2016).

³³⁸ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession (JOUE L94/1 du 28 mars 2014).

³³⁹ selon l'article 6 de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

Les concessions d'utilisation du domaine public maritime accordées aux porteurs de projet contiennent des clauses relatives à l'exécution de travaux. Dans la concession relative au parc de Fécamp notamment, l'article 3.5 dispose que « les travaux sont réalisées par le concessionnaire conformément aux dispositions législatives et réglementaires applicables, aux règles de l'art et aux conditions générales présentées dans le dossier de précisions techniques annexé à la présente convention », annexe assez touffue contenant nombre d'indications concernant ces opérations de travaux. D'autres dispositions relatives aux opérations de raccordement des installations au réseau sont indiquées, notamment en cas de retard imputable au gestionnaire, en cas de résiliation de la convention d'utilisation du DPM accordée pour les opérations de raccordement... Il est clair que nous sommes loin d'une simple autorisation d'occupation du domaine public.

Nous aurons l'occasion de revenir sur les critères permettant de détecter l'éventuelle présence d'un contrat de type concessif dans le cadre des EMR, au regard notamment de la question du transfert du risque d'exploitation, lors de l'analyse de la nature juridique de l'activité de production d'électricité EMR³⁴⁰.

B- La régulation de l'accès aux sites d'implantation au-delà de la mer territoriale

Comment s'organise l'attribution des titres d'occupation de ces zones ? Les règles de transparence, non-discrimination et libre concurrence s'appliquent-elles ?

S. NICINSKI, s'interrogeant sur les sources et les fondements de l'application d'une procédure de passation à la délivrance des titres d'occupation du domaine public, soulève la question de savoir si la délivrance de tels titres est un attribut du propriétaire souverain ou une source d'exploitation économique. Les grands principes du TFUE relatifs à la commande publique s'appliquent-ils par nature ou par ricochet³⁴¹.

Elle relève ainsi trois sources de justification d'une procédure de passation. La première réside dans les règles du Traité applicables à l'octroi d'autorisations qui confèrent un avantage économique, la deuxième est l'application du droit de la concurrence aux activités publiques et notamment l'application de la théorie des ressources essentielles. La troisième figure dans la directive service du 12 décembre 2006³⁴². L'article 12-1 dispose que « lorsque le nombre

³⁴⁰ Voir le Titre II de la 1^{ère} Partie *infra*.

³⁴¹ S. NICINSKI, « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ? », in *Biens publics, biens communs, Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatome*, Dalloz 2011, pp. 383 et 384.

³⁴² Directive n 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur issue du projet Bolkenstein et qui devait être transposée au plus tard le 28 décembre 2009. (JOUE n° L376/36 du 27 décembre 2006)

d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, les États membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure de son déroulement et de sa clôture ».

Alors que la mise en concurrence était jusqu'alors limitée à certains contrats de la commande publique, elle s'étend aux mesures unilatérales d'habilitation d'un opérateur à exercer une activité économique lorsque le nombre d'autorisations à accorder est limité, et impacte certaines autorisations du domaine public. Le professeur NICINSKI en déduit qu'en principe l'obligation de publicité et de mise en concurrence s'applique par ricochet aux autorisations domaniales, en tant que l'autorisation domaniale habilite un opérateur à exercer une activité économique ou comporte une dévolution d'une telle activité. Elle nuance toutefois son propos sous l'effet de l'arrêt Jean Bouin et conclut que seules les décisions relevant du champ de la collaboration économique sont soumises à un régime de mise en concurrence, sous l'effet des principes du Traité. Les décisions relevant de la régulation du marché ou ayant un impact sur le marché sont soumises à d'autres corps de règles tels que le droit de la concurrence ou les libertés économiques, notamment la liberté de commerce et d'entreprise.

Ainsi, ce ne serait pas la qualité de propriétaire souverain de l'État qui est déterminante pour l'application des règles de passation aux autorisations d'occupation du domaine public maritime. Ainsi, bien que l'État ne soit pas propriétaire de la ZEE, ces règles devraient aussi pouvoir s'appliquer. On peut dès lors appréhender la question en ZEE sous le même angle. Soit l'activité de production EMR peut être rattachée au droit de la commande publique, et doit donc être soumise aux règles de mise en concurrence, soit elle n'est soumise qu'aux règles de publicité visant à respecter le principe d'égalité ou de non-discrimination, l'État accordant un avantage économique en permettant à l'opérateur d'exercer l'activité de production d'électricité EMR.

Pour l'heure, seul le décret du 10 juillet 2013³⁴³ prévoit une procédure de publicité préalable consistant en un avis dans au moins deux journaux nationaux et dans un journal diffusé dans la zone côtière concernée. Si l'importance du projet le justifie, l'autorité compétente, en l'espèce le préfet maritime, procède à la même publication au Journal officiel de la République française et le cas échéant au Journal officiel de l'Union européenne. L'avis mentionne le délai pendant lequel il est possible de présenter des offres concurrentes, qui est de 30 jours à compter de la

³⁴³ Décret n°2013-611 du 10 juillet 2013 relatif à la réglementation applicable aux îles artificielles, aux installations, aux ouvrages et à leurs installations connexes dans la zone économique exclusive, sur le plateau continental dans la zone économique et la zone de protection écologique ainsi qu'au tracé des câbles et pipelines sous-marins. (JORF n°0160 du 12 juillet 2013 page 11622).

publication de l'avis. Le demandeur en concurrence dispose d'un délai de trois mois pour déposer son dossier.

Des mesures de publicité préalable à la délivrance d'autorisations dans la ZEE sont donc prévues, mais aucune obligation de mise en concurrence ne semble être imposée.

Indépendamment de la régulation de l'accès au marché de la production d'électricité EMR, le contrôle de son accès se traduit par la nécessité pour l'exploitant EMR de détenir certaines autorisations en amont. Le contrôle peut se manifester aussi en aval dans le cadre de recours contentieux.

Section II- Le contrôle de l'accès au marché de l'électricité EMR

L'autorisation d'exploiter des installations de production électrique est commune à toutes les sources de production d'électricité. Elle présente néanmoins certaines spécificités dans le cas des EMR. Elle cédait jusque récemment la place à une autre réglementation en cas d'exploitation de l'énergie des marées, dont la pertinence de l'application aux EMR était sujette à caution, d'autant plus qu'elle suppose le contrôle de l'État sur l'usage de la ressource elle-même, et non uniquement sur le droit d'exploiter l'activité. (§1) En outre, le législateur, afin de favoriser l'émergence d'un marché des EMR, a affiché sa volonté de privilégier ce secteur en amorçant une simplification du processus contentieux du marché de l'électricité EMR (§2).

§1- L'autorisation administrative d'accès à l'activité de production d'électricité EMR

Le producteur d'électricité EMR, comme tout producteur d'électricité, doit obtenir une autorisation d'exercer. La procédure présente quelques particularités lorsque cette autorisation est obtenue à l'issue d'un appel d'offre (A) Le cadre juridique dans le cadre de l'exploitation de l'énergie des courants a été heureusement éclairci(B).

A- La particularité de la procédure dans le cadre d'un appel d'offres

Bien que la production d'électricité, longtemps monopolistique, soit désormais ouverte à la concurrence, son accès demeure contrôlé par l'État, au titre de sa souveraineté sur les ressources énergétiques et de l'intérêt général³⁴⁴. En effet, la loi peut restreindre l'exercice de la liberté de

³⁴⁴ B. Le BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, 2^e éd. Le Moniteur, Paris, 2012, p.117.

commerce et d'industrie, liberté publique au sens de l'article 34 de la Constitution, en soumettant l'accès à certaines activités à autorisation préalable³⁴⁵.

L'article L.311-1 du code de l'énergie soumet à autorisation administrative toute création ou extension d'installation de production d'électricité, qu'elle soit d'origine renouvelable ou pas. Cette obligation ne vise que l'activité de production d'électricité, et non de production de chaleur ou de froid³⁴⁶. Les installations de production d'électricité à partir de l'énergie thermique des mers qui ont également pour fonction la climatisation par eau de mer sont soumises à cette obligation au moins pour la partie qui concerne la production d'électricité.

Afin d'accélérer la procédure d'autorisation des petits projets, tels les parcs démonstrateurs, l'article R 311-2 autorise de plein droit, sans procédure préalable de demande, les installations de production d'électricité en mer, qu'elle soit de source éolienne, houlomotrice (énergie des vagues), hydrocinétique (énergie des courants et des marées) ou hydrothermique (énergie thermique des mers) dont la puissance installée est inférieure ou égale à 50 mégawatts et implantées sur le domaine public maritime³⁴⁷.

Au-delà de ces seuils, l'autorisation administrative est délivrée à l'exploitant ayant formulé une demande spontanée, notamment dans le cadre du système « premier arrivé premier servi », ou dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence. Elle doit dans les deux cas tenir compte des critères tels que la sécurité et la sûreté des réseaux publics d'électricité, les capacités techniques et financières des candidats, l'impact de l'installation sur les objectifs de lutte contre l'aggravation de l'effet de serre, l'autorisation devant être compatible avec la programmation pluriannuelle de l'énergie (art. L.311-5). Les critères retenus sont ici plus restrictifs et centrés sur des exigences purement énergétiques et climatiques depuis la loi du 17 août 2015, et non plus ouverts à des considérations environnementales ou domaniales, dans un souci de rationalisation de la procédure et dans la mesure où ces considérations sont prises en compte au

³⁴⁵ S. NICINSKI, *op.cit.* n°144 p.95.

³⁴⁶ B. Le BAUT-FERRARESE *op.cit.* pp.125 et s : Il n'existe pas pour l'accès à l'activité de production de chaleur ou de froid de régime d'entrée en production similaire à celui adopté pour le secteur électrique, ces secteurs évoluant sur la base de modèles économiques très différents. Les considérations d'intérêt général sont moins prégnantes dans les secteurs de l'énergie thermique et du froid compte tenu de l'importance moindre de ces derniers pour le fonctionnement de l'économie et des services publics du pays. D'autre part, sur le plan technique, les ouvrages liés à la production de chaleur et de froid s'agencent dans le cadre d'une chaîne économique au sein de laquelle ils sont indissociables, ce qu'on appelle le « réseau de chaleur », contrairement au secteur électrique et gazier, où les fonctions de production, de transport, de fourniture et de distribution, sont comptablement voire physiquement séparées. D'autre part, dans la mesure où ces « réseaux de chaleur » sont des micro-réseaux et échappent à la logique des échanges interétatiques du « bien énergie », le principe d'un régime de contrôle *a priori* comme pour le secteur électrique pourrait difficilement procéder du droit de l'UE.

³⁴⁷ La puissance à prendre en considération pour le calcul des seuils est, pour les installations de production disposant d'un même point de livraison unique aux réseaux publics d'électricité, la somme de leurs puissances installées.

cours des autres procédures d'autorisations intervenant plus en aval, telles l'autorisation d'utilisation du DPM ou l'autorisation environnementale. C'est sur ce fondement que la Cour administrative d'appel de Nantes a rejeté des recours d'association de défense de l'environnement³⁴⁸.

L'État français a toutefois clairement manifesté son intention de garder la maîtrise du marché de production d'électricité EMR en n'instruisant que les demandes d'autorisation exprimées par les candidats aux appels d'offre, et non les éventuelles demandes spontanées³⁴⁹. L'autorisation d'exploiter prévue à l'article L.311-5 est délivrée automatiquement au candidat sélectionné à l'issue de la procédure d'appel d'offres (art. L.311-11).

L'article R 311-10 du code de l'énergie prévoit la caducité de l'autorisation d'exploiter une unité de production d'électricité en cas d'absence de mise en service de celle-ci dans un délai de trois à compter de sa délivrance ou d'absence d'exploitation de celle-ci durant trois années consécutives, sauf cas de force majeure ou fait de l'administration. Cette caducité entraîne nécessairement la révocation du titre d'occupation du DPM. Le même article dispose toutefois que le ministre chargé de l'énergie peut accorder des délais supplémentaires dans la limite d'un délai total de dix années, incluant le délai initial de trois ans, ce délai pouvant être prolongé au-delà des dix ans uniquement pour les exploitants EMR, dans la limite de trois années renouvelables deux fois.

Ces dispositions ne sont pas sans rappeler la possibilité de suspension de la prise d'effet des contrats d'exploitation pétrolière aux États Unis, en cas de mauvaises conditions d'exploitation, dont certains exploitants font malheureusement mauvais usage, leur permettant ainsi d'attendre que les cours du pétrole remontent ou que les technologies soient développées. Sont concernés ici les baux accordés en mer, sur le fondement de l'*Outer Continental Shelf Lands Act* (OCSLA). Les organisations environnementales et de pêche ont fait pression sur le *Bureau of Ocean Energy Management* (BOEM)³⁵⁰ pour que ces effets pervers ne soient pas dupliqués dans le secteur des énergies marines renouvelables. Leur demande concernait notamment la

³⁴⁸ CAA Nantes 26 février 2018 *Association « Non aux éoliennes entre Noirmoutier et Yeu »* n°17NT00609 et CAA Nantes 12 janvier 2018 *Association Gardez les caps* n°16NT00737.

³⁴⁹ Rép. min. n° 100589 du 22 février 2011, JOAN 31 mai 2011, p. 5801.

³⁵⁰ Le BOEM délivre les baux pour les projets EMR situés sur l'OCS (partie des terres immergées au-delà de 3 milles nautiques sur laquelle l'État fédéral exerce son autorité et son pouvoir d'accorder des droits sur les ressources pétrolières selon l'OCSA, adopté le 7 août 1953. En deçà de 3 milles nautiques (de 9 milles nautiques pour le Texas et la côte ouest de la Floride), ce sont les États côtiers qui détiennent leur autorité selon le *Submerged Land Act* (SLA) du 22 mai 1953.

possibilité pour le gouvernement américain de révoquer ces baux dans le cas où l'exploitant EMR ne remplit pas ses obligations vis-à-vis de la protection des ressources vivantes³⁵¹.

Une disposition récente introduite à l'article 58 de la loi n°2018-727 du 10 août 2018³⁵² démontre le pouvoir de l'Etat sur l'existence du marché de l'électricité EMR, ajustant au gré de sa politique énergétique les mécanismes de marché nécessaires à son émergence. Cet article dispose que « pour les procédures de mise en concurrence mentionnées à l'article L. 311-10 du code de l'énergie relatives à des installations de production d'énergie renouvelable en mer dont le candidat retenu a été désigné avant le 1er janvier 2015 et pour lesquelles les contrats prévus à l'article L. 311-12 du même code n'ont pas encore été conclus à la date de publication de la présente loi, la décision de l'autorité administrative désignant le candidat retenu à l'issue de la procédure de mise en concurrence peut être abrogée par décret. Cette abrogation entraîne l'abrogation de l'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité prévue à l'article L. 311-1 dudit code et la résiliation de la convention de concession d'utilisation du domaine public maritime accordée en application de l'article L. 2124-3 du code général de la propriété des personnes publiques qui est liée au projet, si une telle convention a déjà été conclue ».

S'il devait exister un intérêt à qualifier ce marché de marché public, outre la possibilité d'exercer un référé précontractuel, il consisterait ici à ouvrir la possibilité au candidat de contester la résiliation du marché par la personne publique, et de contester le motif d'intérêt général qui serait probablement allégué par celle-ci, y compris des motifs techniques³⁵³.

Certes, l'article 58 précité poursuit en précisant qu'« en cas d'abrogation de la décision désignant le candidat retenu, ce dernier est indemnisé de l'ensemble des frais, dûment justifiés et en relation directe avec le projet, exposés entre la date d'adoption de la décision désignant le candidat retenu et la date d'entrée en vigueur du décret d'abrogation mentionné au premier alinéa du présent IV, après déduction des éventuelles subventions publiques versées. Les indemnisations relatives aux études mentionnées au troisième alinéa sont calculées sur la base des frais de réalisation des études dûment justifiés. L'indemnité comprend également, le cas échéant, les coûts raisonnables et dûment justifiés liés à la rupture des contrats conclus par le candidat retenu pour la réalisation du projet, dès lors que

³⁵¹ G. OSHERENKO, "New discourses on ocean governance: understanding property rights and the public trust", *Journal of environmental law and litigation* vol.21, University of Oregon School of Law, 30 avril 2007, page 365.

³⁵² Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance (JORF n°0184 du 11 août 2018).

³⁵³ CE sect. 20 mars 2011 *Cne de Béziers Rec. CE* 2011 p.117 ; CE 22 janvier 1965 *Sté des Établissements M. Aubrun Rec CE* 1965 p.50.

ces contrats ont été conclus à des conditions normales et que leur signature n'a pas été anticipée au-delà de ce qui était nécessaire pour satisfaire aux exigences du cahier des charges de la procédure de mise en concurrence. Cette indemnité est exclusive de toute indemnité complémentaire, notamment de l'indemnité contractuelle prévue en cas de résiliation de la convention de concession d'utilisation du domaine public maritime accordée en application de l'article L. 2124-3 du code général de la propriété des personnes publiques ».

Le lauréat est certes indemnisé, mais il pourrait estimer être perdant à ne pas poursuivre le marché. La qualification de ce marché en contrat administratif permettrait au développeur EMR de solliciter du juge administratif la poursuite des relations contractuelles³⁵⁴. D'autant plus que cette abrogation permet au ministre chargé de l'énergie de lancer, dans un délai de six mois, une nouvelle procédure de mise en concurrence relative à des installations de production d'énergie renouvelable en mer d'une puissance au moins égale et sur la même zone géographique ou sur une zone géographique à proximité.

Les récentes dispositions législatives et réglementaires prises relativement au marché de l'électricité EMR témoignent d'une portée ambivalente, oscillant entre contractualisation, notamment avec l'introduction de la procédure de dialogue concurrentiel, et unilatéralité dans l'action de l'Etat en matière de contrôle du marché.

Quelques remarques seront livrées à présent à propos de l'évolution du cadre juridique de l'énergie des marées.

B- La question de la nécessité de détention d'un droit d'exploitation de l'énergie hydraulique

Dans le cadre de l'expression par l'État de sa souveraineté sur les ressources énergétiques, les activités d'exploitation de l'énergie des marées, exploitée notamment par des hydroliennes semblaient soumises en outre à autorisation sur le fondement de l'article L.511-1 du code de l'énergie. Selon cet article, « nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et des cours d'eau (...) sans une concession ou une autorisation de l'État ». L'article L.312-2 dispose que les titres administratifs délivrés en application du Livre V valent autorisation au sens de l'article L.311-5. Mais dans quelles conditions est délivrée l'autorisation en cas d'appel d'offres portant

³⁵⁴ CE 11 octobre 2012 *Sté Orange Rec. CE 2012 Tables p.744* ; *Contrats Marchés publics 2013 n°16* Note Eckert.

sur la production d'électricité à partir des marées ? Si les critères de l'article L.311-5 ne s'appliquent pas au cahier des charges, sur quels critères celui-ci se base-t-il ?

L'article L.311-5 dispose que cette autorisation est nominative et incessible, et qu'en cas de changement d'exploitant, l'autorisation ne peut être transférée au nouvel exploitant que par décision de l'autorité administrative. Le cahier des charges de l'appel d'offres éolien offshore lancé en juillet 2011 prévoit cette possibilité de transfert, en précisant toutefois que le dossier de candidature des soumissionnaires ne pouvait prévoir à l'avance qu'une autre société bénéficierait d'une autorisation d'exploiter.

Serait-ce une raison pour l'État de tenter de contrôler l'usage de la ressource EMR, comme la ressource hydraulique ? Cette loi a été votée pour plusieurs raisons. Premièrement, les riverains de certains cours d'eau manifestaient quelques velléités excessivement pressantes quant à la production de l'énergie hydraulique. L'État souhaitait ensuite contrôler l'utilisation de la ressource aux fins de production d'électricité. La loi du 16 octobre 1919 contribua ainsi à l'indépendance énergétique de la France. Cette loi visait selon certains auteurs, dont J.-L. GAZZANIGA, « à concilier une administration désireuse d'organiser l'exploitation d'une richesse nationale, des industriels qui souhaitent un régime de concession très libéral, analogue à celui qui régissait les exploitations minières et enfin les intérêts des particuliers³⁵⁵ ».

Selon B. LE BAUT-FERRARESE, ce contrôle qu'exerce l'État sur la ressource hydraulique démontre que ce n'est pas la rareté de la ressource qui détermine la mise en place d'un contrôle administratif de celle-ci, comme l'affirmait M. PRIEUR en opposant l'énergie solaire et la ressource minière³⁵⁶. Si le caractère renouvelable d'une ressource peut contribuer à en déterminer la nature juridique, celle-ci pouvant être un bien ou pas, ou son appartenance, il n'est pas décisif quant à son régime administratif. N'est-ce cependant pas la rareté de la ressource hydraulique qui a motivé l'État à exercer ce contrôle ? Certes, on n'entend pas ici par rareté le fait que la ressource puisse s'épuiser, mais plutôt le fait que les zones d'exploitation de cette ressource ne sont pas si abondantes et devenaient trop convoitées par les riverains à titre privé. Le souci pour l'État français d'assurer son indépendance énergétique peut aussi être invoqué en faveur d'un tel contrôle de la ressource EMR, compte tenu du caractère plus rare de la ressource techniquement exploitable.

³⁵⁵ B. LE BAUT-FERRARESE, I. MICHALET, *Traité de droit des énergies renouvelables* 2^e éd. Ed. Le Moniteur, 2008-2012, p.97.

³⁵⁶ M. PRIEUR, « Le droit public solaire en France », *RJE* 4- 1979, pp.257 et s.

J. POIRET nous rappelle qu'à l'époque du vote de la loi de 1919 l'espoir placé en l'énergie hydraulique était tel que les parlementaires n'ont pas voulu négliger la source d'énergie potentielle des marées³⁵⁷. Il ne semble pas cependant que les parlementaires aient pensé à l'exploitation de l'énergie des marées par les hydroliennes, cette technologie n'existant pas à l'époque. Mais alors pourquoi cette exploitation serait-elle soumise aujourd'hui à contrôle de l'État et non les autres formes d'exploitation des ressources énergétiques marines telles que l'exploitation des vagues, ou de l'énergie maréthermique ? L'article 1^{er} de la loi de 1919 devenu l'article L.511-1 du code de l'énergie, en disposant que « nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et cours d'eau sans une concession ou une autorisation » paraît assez général pour concerner tout type d'énergie exploitée à partir de l'eau³⁵⁸.

Il est vrai que dans la mesure où la mise en valeur des EMR n'est pas encore très développée, la pression sur cette ressource n'est pas suffisante pour commander une intervention du législateur en vue d'un contrôle de l'usage.

L'article 119. I.9^e de la loi du 17 août 2015³⁵⁹ relative à la transition énergétique invitait le Gouvernement à prendre une ordonnance visant à « exclure en tout ou partie les installations utilisant l'énergie des courants marins du régime général des installations hydroélectriques en vue d'unifier autant que possible le régime juridique applicable aux énergies renouvelables en mer ». L'article L511-1 du code de l'énergie prévoit désormais un second alinéa disposant que « les installations de production d'électricité à partir d'énergie renouvelable implantées sur le domaine public maritime naturel ou en zone économique exclusive, à l'exception des barrages utilisant l'énergie marémotrice, sont dispensées des régimes de concession ou d'autorisation au titre du présent livre », ce qui clarifie enfin la situation.

L'accès au marché de la production d'électricité EMR est contrôlé aussi à travers la délivrance d'autres autorisations administratives et peut se traduire aussi par un contrôle juridictionnel dans le cadre de recours contre ces autorisations.

§ 2- La facilitation de l'accès au marché de l'électricité EMR grâce une simplification administrative progressive

Le contrôle de l'accès au marché s'exprime par la nécessité d'obtention d'autres autorisations dont la multiplication des procédures a requis et requiert toujours une simplification afin de

³⁵⁷ J. POIRET *op.cit.* p.100.

³⁵⁸ B. LE BAUT-FERRARESE, I. MICHALET, *op.cit.* p.110 et s.

³⁵⁹ Loi n°2015-992 du 17 août 2015 (n°0189 du 18 août 2015 page 14263) relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

rendre l'accès au marché de l'électricité EMR plus aisé. (A). Cet accès peut se voir entravé par une multiplication des recours contentieux contre ces autorisations qu'il convient de juguler (B).

A- La simplification des procédures d'autorisations administratives

La simplification s'est traduite dans un premier temps par l'exclusion de l'application du droit de l'urbanisme (1) ainsi que du régime des ICPE (2) aux projets d'implantation des EMR.

1- La suppression des formalités au titre du code de l'urbanisme

Jusqu'au vote de la loi Grenelle 2, l'implantation d'un parc éolien offshore était soumise à l'obligation d'obtention d'un permis de construire. Il s'agissait en fait d'une obligation qui concernait avant tout les éoliennes terrestres, et qui par extension avait été appliquée aux éoliennes en mer. L'article L.421-1 du Code de l'urbanisme indique en effet que « les constructions, même ne comportant pas de fondations, doivent être précédées de la délivrance d'un permis de construire ». L'article R.421-2 exclut « les éoliennes dont la hauteur du mât et de la nacelle au-dessus du sol est inférieure à 12 m ». Ainsi les éoliennes offshore, dont la hauteur dépasse dans tous les cas 12 m, étaient concernées, même si cette obligation était manifestement inadaptée à une activité en mer. En effet, comment appliquer en mer des règles et des documents d'urbanisme purement « terrestres » ? Mme JOUANNO avait proposé de faire référence non plus aux règles du droit de l'urbanisme pour les éoliennes en mer mais à celles régissant les phares et balises³⁶⁰. Quant aux autres formes d'exploitation d'énergie marine, aucun texte précis ne les concernait. Cependant, dans la mesure où elles ne figuraient pas dans la liste des exclusions prévues aux articles R.421-2 à R.421-12 du Code de l'urbanisme, elles étaient a priori soumises à l'obligation d'obtention d'un permis. La loi Grenelle 2 est venue supprimer cette obligation. En effet, les articles L.421-5 et R.421-8-1 du code de l'urbanisme viennent ajouter à la liste des activités dispensées de permis de construire les installations de production d'électricité implantées en mer sur le domaine public maritime immergé au-delà de la laisse de la basse mer. Sont expressément visées les éoliennes, les hydroliennes, les installations houlomotrices et marémotrices ainsi que celles utilisant l'énergie thermique des mers. C'est ainsi que la société Enertrag est la première... et sera certainement la dernière société à avoir obtenu un permis de construire pour l'implantation d'installations de production d'énergie marine³⁶¹.

³⁶⁰ Extrait du compte rendu des débats de la commission parlementaire sur le projet de loi Grenelle 2

³⁶¹ Enertrag a obtenu son permis de construire le 1er septembre 2008

2- La question de l'application du régime des ICPE

Le projet de loi Grenelle 2 prévoyait d'intégrer les éoliennes dans la nomenclature des installations classées (ICPE³⁶²) visées à l'article L.511-2 du Code de l'environnement, y compris les éoliennes en mer. Le régime applicable envisagé était soit celui de l'autorisation, soit le nouveau régime de l'enregistrement. Finalement le nouvel article L.553-1 du Code de l'environnement modifié par la loi Grenelle 2 classe bel et bien les éoliennes dans la nomenclature ICPE, mais en ne mentionnant que les « installations terrestres de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent », soit les éoliennes terrestres. Le Conseil d'État dans son arrêt du 16 avril 2012³⁶³ a confirmé la non application du régime des ICPE aux éoliennes offshore. La volonté du législateur de favoriser l'éolien offshore par rapport à l'éolien terrestre est manifeste.

Le classement ICPE pourrait-il concerner d'autres sources d'énergie marine ? Dans la mesure où l'application du régime ICPE se détermine en fonction des substances utilisées ou de l'activité, et qu'il est valable aussi en mer territoriale, d'autres techniques d'exploitation d'énergie marine pourraient être touchées, tel que le système d'énergie thermique des mers, qui utilise de l'ammoniac comme fluide frigorigène ou certains systèmes houlomoteurs. Les rubriques concernées seraient ici la rubrique n°1136 en raison de l'utilisation de l'ammoniac pour l'ETM, et, en fonction de la quantité, le régime des installations classées Seveso serait applicable. La rubrique n°2920³⁶⁴ s'appliquerait pour l'ETM et les houlomoteurs. La soumission de ces systèmes d'exploitation EMR au régime ICPE serait-elle envisageable dans l'hypothèse où les services de l'État les classent comme navires ? En effet, aucun « navire » n'a jusqu'à présent été classé ICPE. Cette classification, bien que constituant une contrainte administrative supplémentaire pour l'exploitant, serait un gage de respect de certaines normes environnementales et nécessiterait la réalisation d'une étude de dangers, en plus de l'étude d'impact (Article L.512-1 du code de l'environnement).

La technique de la boucle à eau de mer³⁶⁵ mérite une petite remarque. Bien que la finalité ici ne soit pas de produire de l'électricité, il s'agit néanmoins de produire de l'énergie calorifique à

³⁶² Installations classées pour la protection de l'environnement

³⁶³ CE, 16 avril 2012, *Volkswind France et Innovent*, req. n°353577.

³⁶⁴ « Installation de réfrigération ou de compression fonctionnant à des pressions effectives supérieures à 1 bar comprimant ou utilisant des fluides inflammables ou toxiques »

³⁶⁵ Aussi appelée thalassothermie. Il s'agit de pomper l'eau de mer à une profondeur comprise entre 15 et 20 mètres, là où la température est constante à 14 degrés. Par l'intermédiaire d'une centrale l'eau de mer cède ensuite ses calories à un réseau d'eau douce circulant en serpentin entre les bâtiments et alimentant les pompes à chaleur situées dans les différents bâtiments.

partir de l'eau de mer. Cette technique est soumise à la législation sur les ICPE³⁶⁶ en raison du volume rejeté en mer (100 000 m³/jour).

La simplification de l'accès au marché des EMR induit aussi celle du contrôle juridictionnel.

B- Les mesures prises pour juguler la multiplication des recours contentieux

Ces mesures font l'objet du décret n°2016-9 du 8 janvier 2016³⁶⁷. Elles visent d'une part à supprimer un degré de juridiction (1), à raccourcir certains délais de recours (2) et d'autre part, en revanche, à introduire un nouveau mode de réclamation (3).

1- La désignation d'une juridiction spécifique

L'article 1^{er} du décret précité crée un nouvel article R.311-4 dans le code de justice administrative, qui désigne la Cour administrative d'appel de Nantes (désignée sur décision du Conseil d'État) comme juridiction compétente en premier et dernier ressort pour connaître des requêtes dirigées contre les décisions relatives aux installations de production d'électricité renouvelable en mer et leurs ouvrages connexes, suite à un appel d'offres lancé en application de l'article L.311-10 du code de l'énergie, à un appel à manifestation d'intérêt (AMI) lancé par l'ADEME ou d'un appel à projet européen New Entrant Reserve 300. Elle pourra traiter également les recours contre les décisions relatives aux projets EMR mentionnées dans le décret fixant la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) des zones non interconnectées (ZNI). Ces décisions attaquables sont notamment l'autorisation d'exploiter de l'article L.311-1 du code de l'énergie, l'autorisation au titre de la loi sur l'eau, les concessions d'utilisation du DPM et leurs arrêtés préfectoraux, l'autorisation d'occupation de la ZEE, la décision de désignation des lauréats d'un appel d'offres, les décisions relatives aux ouvrages des réseaux publics d'électricité dont une partie est située en mer, notamment les DUP. Le décret inclut aussi les décisions relatives aux infrastructures portuaires nécessaires à la construction, au stockage, au pré-assemblage et à l'exploitation des installations EMR et leurs ouvrages connexes³⁶⁸.

Cette nouvelle disposition présente un avantage pour l'exploitant EMR dans le cas d'un rejet du recours porté devant la CAA mais un inconvénient pour lui dans le cas contraire car il perd

³⁶⁶ Région PACA, Direction de l'Environnement, du Développement durable et de l'Agriculture, Service Énergie, Déchets, Air, et Technologie de l'Environnement, Marseille, Rapport final FF7197.01-RN003, 23 février 2011, *Étude du potentiel thalassothermique de la région PACA*.

³⁶⁷ Décret n°2016-9 du 8 janvier 2016 concernant les ouvrages de production et de transport d'énergie renouvelable en mer.

³⁶⁸ F. SCHNEIDER, « Un régime contentieux spécial pour les projets d'énergies marines renouvelables », *AJDA* 2016, p. 485-492.

alors un niveau de juridiction. Les décisions prises par la CAA de Nantes sont globalement en faveur des exploitants EMR. Cette mesure favorise donc l'essor du marché de l'électricité EMR, en évitant de freiner davantage le processus d'autorisation. On peut cependant s'interroger sur le caractère équitable de ce nouveau processus juridictionnel, au regard notamment des contraintes imposées par ce marché pesant sur le milieu marin³⁶⁹.

2- La réduction des délais de recours

L'article 3-I du décret précité réduit le délai de recours contre les autorisations délivrées dans le cadre de la loi sur l'eau par les tiers à une durée de quatre mois au lieu du délai actuel d'un an, à compter de la publication ou de l'affichage de la décision. Si la réduction de ce délai constitue une avancée en faveur des exploitants EMR, elle marque à l'inverse un recul des droits des tiers dans la contestation des décisions. Le délai d'un an, même si l'on peut le juger insuffisant pour réellement apprécier les conséquences d'une décision d'autorisation sur l'environnement, ce délai étant initialement de 4 ans, permet néanmoins au tiers, davantage qu'un délai de quatre mois, de pouvoir défendre ses intérêts.

3- La création d'une voie de réclamation pour les tiers

L'article 3-II du décret précité crée une nouvelle voie de recours pour les tiers aux projets EMR. En effet, il prévoit que « les tiers, personnes physiques ou morales, les communes intéressées ou leurs groupements peuvent déposer une réclamation auprès du préfet, à compter de la mise en service de l'installation ou de l'ouvrage, ou du début des travaux ou de l'activité, aux seules fins de contester l'insuffisance ou l'inadaptation des prescriptions définies dans la décision, en raison des inconvénients ou des dangers que l'installation, l'ouvrage, le travail ou l'activité présente pour le respect des intérêts mentionnés à l'article L.211-1 du code de l'environnement ». Il ajoute que le préfet doit répondre de façon motivée dans les deux mois de la réception de la réclamation. Cette mesure a le mérite d'être moins sévère qu'un éventuel recours devant la CAA de Nantes qui peut aboutir à une annulation de l'autorisation, notamment au regard de l'application du principe de précaution, qui, loin de réclamer une paralysie du processus décisionnel, appelle au contraire un renforcement des études scientifiques des risques environnementaux des EMR.

³⁶⁹ Ces contraintes sont analysées en Partie II.

En dépit des simplifications administratives visant à faciliter l'accès au marché demeurent certains obstacles liés aux particularités du régime juridique du milieu marin, notamment celui du domaine public maritime naturel, qui n'autorise pas la constitution de droits réels.

Chapitre II- Les entraves à l'accès au marché de l'électricité EMR

Afin d'accéder au marché de la production d'électricité EMR, les exploitants de parcs EMR nécessitent une certaine sécurisation juridique de leurs investissements, notamment dans l'accès au financement de la construction des parcs. Comme le soulignait la professeure J. MORAND-DEVILLER, « la mise en valeur et la protection du domaine passent aussi par la protection de ses occupants. La sécurité économique du domaine requiert la sécurité juridique de ses utilisateurs ³⁷⁰». Les garanties demandées par les banques peuvent porter sur les ouvrages eux-mêmes ou sur les revenus de l'activité. Les garanties sur les ouvrages à caractère immobilier ne sont pas autorisées sur le DPM naturel, la constitution de droits réels étant interdite, ce qui semble représenter une contrainte pour l'accès au financement. Quels sont les fondements d'une telle interdiction ? La levée de celle-ci est-elle d'une part envisageable, et d'autre part souhaitable ? **(Section I).**

La solution consiste peut-être à s'orienter vers la constitution de droits réels mobiliers, que ce soit le gage sans dépossession ou l'hypothèque maritime, ou à favoriser l'implantation des parcs en zone économique exclusive. La difficile constitution de droits réels conduit les organismes financiers à recourir à d'autres techniques juridiques de garanties, basées notamment sur les revenus de l'activité. Mais là encore, leur efficacité risque d'être compromise par les limites du régime de l'utilisation du milieu marin **(Section II).**

Section I- La question des droits réels immobiliers sur le DPM naturel

Le régime d'utilisation du domaine public maritime naturel n'autorise pas la constitution de droits réels immobiliers, limitant ainsi les garanties nécessaires à l'obtention de financements pour accéder au marché des EMR. On peut s'interroger dans un premier temps sur la justification d'une telle interdiction **(§1)**. Si la constitution de droits réels était toutefois possible, porterait-elle atteinte au caractère naturel du domaine public ? Au-delà de la possibilité de constitution de droits réels sur le DPM naturel, la question de leur pertinence se pose. Le régime des droits réels s'appliquant au domaine public est-il si efficace ? **(§2).**

³⁷⁰ J. MORAND-DEVILLER, « La valorisation économique du patrimoine public » in *L'Unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris 1996, p.274.

§ 1- L'interdiction de la constitution de droits réels immobiliers sur le DPM naturel

Le code général de la propriété des personnes publiques, en consacrant la possibilité de constitution des droits réels sur le domaine public, a expressément exclu de son champ d'application le domaine public maritime naturel (A). Celui-ci bénéficie en effet d'une protection particulière (B).

A- La teneur du principe d'interdiction de constitution de droits réels sur le DPM naturel

Afin de comprendre la portée de cette interdiction il est utile d'explicitier la notion de droits réels employée par le code général de la propriété des personnes publiques (CG3P). Celui-ci en effet autorise la constitution de droits réels administratifs (2) et non civils (1).

1- L'inexistence de droits réels civils sur le domaine public

En droit civil, les droits réels désignent les droits qu'une personne exerce sur une chose³⁷¹. Les droits réels sont principaux (a) ou accessoires (b).

a) Les droits réels principaux

Le droit réel principal par excellence est le droit de propriété qui confère un droit d'usage, un droit de percevoir les fruits et un droit de disposer (*usus, fructus et abusus*), ou un démembrement de ce droit lorsque la personne ne dispose que partiellement de ces trois attributs. L'exploitant d'un parc EMR dispose-t-il du droit de propriété sur ses installations ? Certaines dispositions des conventions d'occupation du domaine public maritime accordées aux exploitants de parcs EMR laissent penser que l'occupant pourrait disposer de droits sur ses installations³⁷². La convention de concession d'utilisation du domaine public maritime accordée à EDF pour l'exploitation d'un parc d'hydroliennes au large de l'île de Bréhat stipule qu'en cas de demande de maintien des installations en fin de concession par le concédant, celui-ci en devient propriétaire, sans versement d'indemnités à l'exploitant. Cette même clause figurait

³⁷¹ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens*, 2^e éd. LGDJ. Lextenso Éditions Paris 2010 p. 37 et s.

³⁷² A titre comparatif, l'article 8.3.1 du modèle de contrat de bail (*lease contract*) que les exploitants de parcs éolien offshore signent avec le *Crown Estate*, dans le cadre du *Round 3* dispose que « les constructions sont la propriété du porteur de projet et restent sa propriété nonobstant l'expiration du bail ». Mais comment comprendre ensuite l'art 8.3.2 qui prévoit que le bailleur conserve les constructions qui n'ont pas été enlevées après le terme. ? Art 8.5 : « l'article 62 de la loi sur la Propriété de 1925 (*Law of Property Act 1925*) ne s'applique pas à ce bail et les seuls droits accordés sont ceux prévus dans ce bail. » Et l'art 8.7 parle de l'art 196 de la loi sur la propriété ? Qu'est-ce ?

aussi dans la concession d'utilisation accordée à Enertrag dans le cadre du projet avorté du parc éolien de Veulettes-sur-Mer.

Si l'État devient propriétaire des installations en fin de titre, c'est qu'il ne l'était pas a priori pendant la détention de celui-ci. Mais cela induit-il pour autant que le concessionnaire en est propriétaire ? Il est vrai que la jurisprudence a eu l'occasion d'admettre la reconnaissance au profit de l'occupant autorisé, quel que soit son titre, d'une quasi-propiété sur ses installations, « qui doit simplement composer avec la propriété conservée du domaine public lui-même³⁷³ ». La jurisprudence et la doctrine ont déjà reconnu un droit réel de propriété sur les constructions édifiées par le titulaire d'une autorisation d'occupation domaniale au profit de ce dernier, y compris sur le domaine public maritime³⁷⁴, sauf lorsque cette autorisation a été accordée en vue de répondre aux besoins du service public auquel le domaine est affecté³⁷⁵.

Certaines formulations employées par l'administration dans les concessions d'utilisation du DPM ne sont pas claires. Dans la concession Enertrag, le concédant en fin de titre « entre immédiatement et gratuitement en possession des dépendances et ouvrages concédés qui doivent être remis en parfait état ». Que sont ici les « ouvrages concédés » ? Les aérogénérateurs ? Ils n'ont pas été concédés mais construits par le concessionnaire. L'État concédant bénéficie ainsi d'un double avantage. D'une part, il n'a pas à indemniser le concessionnaire, d'autre part, il va pouvoir éventuellement louer les constructions (éoliennes) à un autre exploitant, qui pourra peut-être vendre l'électricité produite au prix du marché si les coûts de production de l'électricité ont baissé. L'État pourra tenir compte pour le calcul de sa nouvelle redevance de tous les avantages procurés par le domaine public et notamment ces éoliennes dont l'État est devenu propriétaire. Si c'est le même occupant qui reprend la concession, il se verra appliquer des tarifs plus chers que lors de son premier titre.

Selon C. MAMONTOFF, bien que cette clause figurant dans les titres d'occupation laisse supposer que le concessionnaire puisse être propriétaire des installations durant le titre, « cette soi-disant propriété n'est qu'illusoire, car si elle existe, elle tire son origine d'un titre précaire, révocable et personnel. Les constructions suivront alors le sort du titre et seront soumises au

³⁷³ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif des biens*, Tome 2, 15^e éd. LGDJ, n°493, pp. 301 et s.

³⁷⁴ CE, 27 février 1995, *Secr. d'État à la mer c/Torre*, D. adm.1995, n°262 : Le Conseil d'État reconnaît à un occupant du domaine public maritime naturel la propriété sur les ouvrages qu'il a réalisés, spécifiant que ceux-ci n'intègrent pas le patrimoine de l'État.

³⁷⁵ P. GODFRIN, M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens* 10^e éd. Dalloz Paris 2012, n°247 p.166. M.-C. ROUAULT, « La constitution de droits réels sur le domaine public. Loi du 25 juillet 1994 », *Revue de droit immobilier* 1995 p.27 ; L. RICHER, « Les cent ans de la théorie des droits réels », in *Contrats et propriété publique*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, sous la direction de G. CLAMOUR, LexisNexis Paris 2011, p.184 ; G. ECKERT, « Propriété des installations réalisées par l'occupant privatif », *Contrats et marchés publics*, Octobre 2010, à propos de l'arrêt du CE du 23 juillet 2010, *Sté Neville Foster Delaunay Belleville*, req. n°320188.

régime de précarité, révocabilité et de caractère personnel du titre sur lequel elles ont leur assise³⁷⁶ ». La conception civiliste du droit de propriété³⁷⁷ heurte le principe domanial de précarité des titres d'occupation³⁷⁸. Ce droit de propriété, s'il existe, ne peut être exercé que dans les limites imposées du titre d'occupation domaniale. L'occupant ne dispose pas de l'attribut principal du droit de propriété, à savoir l'abusus, puisqu'il ne peut céder ses installations librement pendant la durée de la concession sans autorisation du propriétaire domanial³⁷⁹. C. MAMONTOFF souligne ainsi que l'occupant n'a que les inconvénients liés au titre et non les avantages³⁸⁰.

Ce type de clause permettrait-il de faire reposer sur l'occupant le paiement de la taxe foncière³⁸¹ ? Il est vrai que le tribunal administratif de Caen³⁸² avait jugé que les taxes foncières sont dues à l'État sur les rivages de la mer et le fond de la mer compris entre les rivages et la limite des eaux territoriales. Mais le Conseil d'État a annulé l'arrêt de la Cour d'appel de Nantes du 8 décembre 1993 qui confirmait ce jugement³⁸³.

Le droit de propriété privée n'est pas davantage reconnu par les autorités européennes. La Cour européenne des droits de l'homme a eu à plusieurs reprises l'occasion de confirmer la position du Conseil d'État³⁸⁴ selon laquelle il ne peut y avoir d'existence d'un droit de propriété privée sur le domaine public maritime naturel. Le droit de propriété sur le plan européen est généralement garanti à travers le droit au respect de ses biens. Cependant, la CEDH a précisé que « le fait pour les lois internes de ne pas reconnaître un intérêt particulier comme « droit », voire comme « droit de propriété » ne s'oppose pas à ce que l'intérêt en question puisse néanmoins, dans certaines circonstances, passer pour un « bien » au sens de l'article 1^{er} du protocole n°1 ». La Cour avait déjà jugé en ce sens dans les arrêts *Hamer*³⁸⁵ et *Oneryildiz*³⁸⁶. Dans ses arrêts du 29 mars 2010, elle reconnaît la possibilité de revendiquer ce droit sur le

³⁷⁶ C. MAMONTOFF, *Domaine public et entreprises privées : la domanialité publique mise en péril par le marché*, Éditions L'harmattan, Logiques juridiques, 2003, p.61 et s.

³⁷⁷ L'article 544 du code civil dispose que « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue ».

³⁷⁸ R. REZENTHEL, « Le droit de propriété de l'occupant du domaine public », *Le Droit Maritime Français*, 2006 n°666.

³⁷⁹ Y. GAUDEMET, « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz 1996, p. 315.

³⁸⁰ C. MAMONTOFF *op.cit.*

³⁸¹ P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz 2011, p.322 et s, citant notamment FATOME E. et TERNEYRE P. à propos de l'arrêt du CE du 21avr.1997, *Min. du Budget c/ Société Sagifa*.

³⁸² TA Caen 15/12/92, *Commune de Blainville-sur-Mer*, req. n°901015 ; N.CALDERARO et J.LACROUTS, *Le littoral : Protection, mise en valeur et aménagement des espaces littoraux*, Éditions Le Moniteur, Paris 2005, 2^e édition, p.208.

³⁸³ CE 3 novembre 1995, req. n°155944.

³⁸⁴ CE, sect, 6 mars 2002, *Mmes Triboulet et Brosset-Pospisil*, Lebon p.76.

³⁸⁵ CEDH 27 nov.2007, *Hamer c/ Belgique*. Aff. 21861/03.

³⁸⁶ CEDH 30 nov.2004, *Oneryildiz c/ Turquie*, Aff. 48939/99.

domaine public maritime naturel. En effet, « elle admet que le temps écoulé à jouir de la maison constitue un intérêt patrimonial pour les requérants et que cet intérêt « reconnu et important » peut permettre qu'on le reconnaisse comme leur bien, alors même qu'il n'y a en cette espèce aucune espérance légitime d'obtenir un jour la jouissance effective d'un droit de propriété³⁸⁷. Mais cette revendication, bien que légitime, est en l'espèce rapidement tempérée par des considérations d'intérêt général liées à la bonne gestion par l'État de son domaine public maritime et en l'occurrence des considérations environnementales, déniaient ainsi aux requérants tout droit à indemnisation lors de la demande de démolition de leur maison par l'État.

Pourquoi l'exploitant de parcs EMR nécessiterait-il de jouir du droit de propriété sur ses installations ? Dans son commentaire à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 21 juillet 1994³⁸⁸, rappelant l'objectif de valorisation économique du domaine public et de ses ressources, H. PAULIAT soulignait que « la propriété n'apparaît plus tellement comme une institution essentielle au plan politique, elle peut retrouver un rôle si elle se fonde désormais sur d'autres notions³⁸⁹ ». Elle ajoute que « la propriété est un élément secondaire, parce qu'il n'a aucune conséquence au niveau de la rentabilité ; dans cette conception, le domaine public n'a d'intérêt qu'économique et donc financier, le propriétaire est délaissé au profit de l'exploitant³⁹⁰ ». Il importe que l'exploitant bénéficie de la propriété économique de ses installations, tandis que la propriété juridique appartient à la personne publique. G. BLANLUET dans son *Essai sur la notion de propriété économique*³⁹¹ souligne que « pour être propriétaire économique, il suffit de bénéficier d'un droit qui confère la jouissance de la chose ». La propriété économique se définit selon lui « comme une somme d'utilités permettant à celui qui les exerce d'atteindre et de s'approprier la substance économique des choses³⁹² ». Il précise que « tous les instruments juridiques se valent s'ils permettent indistinctement d'accéder à la richesse offerte par les biens. De ce point de vue, (...), le droit de propriété tendrait à perdre sa prééminence (s'il n'était pas sauvé par sa fonction de garantie) car, sous le rapport de la valeur, l'important n'est pas d'être propriétaire mais de pouvoir bénéficier de la richesse donnée par la propriété. Ainsi, le propriétaire économique, captant la valeur des choses,

³⁸⁷ J. GATE, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'inaliénabilité du domaine public français », *Lamy Collectivités territoriales*, 2010, n°59, à propos de CEDH 29 mars 2010, *Depalle c/France, Mme Brosset-Triboulet et autres c/France*, Aff.34044/02 et 34078/02.

³⁸⁸ Cons. Const. 21 juillet 1994 n°94-346 DC.

³⁸⁹ H. PAULIAT, « Droit réel et propriété publique : une conciliation délicate », *Rec. Dalloz* 1990, p.93.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*. LGDJ 1999, n°440.

³⁹² *Ibid.* n°413, p. 254.

serait un propriétaire qui s'ignore, un propriétaire semblable à celui qui, investi du titre, en exerce les prérogatives³⁹³».

b) Les droits réels accessoires

Le droit réel peut aussi être l'accessoire –d'où son nom- d'une créance à la garantie du paiement de laquelle le bien sur lequel il porte est affecté. Il s'agit de sûretés réelles immobilières comme l'hypothèque ou mobilières tel le gage sans dépossession³⁹⁴. Ces droits sont en principe cessibles, transmissibles, saisissables et prescriptibles³⁹⁵. Les droits réels civils ci-dessus sont interdits sur le domaine public³⁹⁶, parce qu'ils contreviennent au principe d'inaliénabilité régissant celui-ci³⁹⁷. Le principe d'inaliénabilité du domaine public est fondé sur l'affectation de celui-ci à l'usage du public ou à un service public³⁹⁸.

2- La possibilité de constitution de droits réels administratifs sur le domaine public à l'exclusion du domaine public naturel

Le postulat selon lequel l'inaliénabilité du domaine public s'oppose à la constitution sur celui-ci de droits réels au profit des particuliers³⁹⁹ a longtemps subsisté. Dans un contexte de valorisation économique du domaine public, le nouveau code général de la propriété des personnes publiques a inversé la tendance en affirmant dans son article L.2122-6 que « le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre ». Le CGPPP n'a en réalité fait qu'entériner une pratique qui existait pourtant déjà avant 2006, notamment grâce à la loi du 25 juillet 1994 autorisant les droits réels sur le domaine public⁴⁰⁰. Cette loi a consacré la notion de droit réel administratif forgée par la doctrine depuis plus d'un siècle en réponse à l'incompatibilité des droits réels civils avec les principes de la domanialité publique, tels que la précarité des titres d'occupation⁴⁰¹.

³⁹³ *Ibid.* p. 438.

³⁹⁴ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI précités, n°46 et s, pp.45 et s.

³⁹⁵ *Jcl. adm* fasc. 681 Les baux emphytéotiques administratifs n°6, avril 2007.

³⁹⁶ CE 6 mai 1985, *Eurolat*, *Rec. CE* 1985, p.141 ; L. RICHER, « Les cent ans de la théorie des droits réels », in *Contrats et propriété publique*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, sous la direction de G. CLAMOUR, LexisNexis Paris 2011, p.179 : « Le droit réel visé par l'arrêt *Eurolat* est le droit réel du droit privé ».

³⁹⁷ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*. Tome 2, 15^e éd. LGDJ. 2014, n°499 et s, pp.305 et s.

³⁹⁸ J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif des biens*, 6^eéd. Montchrestien, 2010, p.164.

³⁹⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 1992, 3^e éd. p.412.

⁴⁰⁰ Loi n°94-631 du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

⁴⁰¹ L. RICHER, « Les cent ans de la théorie des droits réels », in *Contrats et propriété publique*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, sous la direction de G. CLAMOUR, LexisNexis Paris 2011, p.179 et s.

Ces assouplissements au principe d'inaliénabilité ne s'appliquent cependant pas au domaine public maritime naturel. En effet, l'article L.2122-5 du CGPPP énonce que les dispositions de la sous-section comprenant les articles L.2122-6 à L.2122-19 ne sont pas applicables au domaine public maritime naturel. Or ces dits articles, et notamment l'article L.2122-6, accordent au titulaire d'une autorisation domaniale un droit réel sur les ouvrages, installations ou constructions de caractère immobilier qu'il réalise, sauf prescription contraire de son titre. Cet article institue donc une présomption d'existence de droit réel sur les ouvrages sur le domaine public artificiel, présomption qui n'est pas valable sur le domaine naturel.

Si les occupants du domaine public artificiel n'ont pas les avantages procurés par un véritable droit de propriété, ils bénéficient néanmoins de la possibilité de constituer des droits réels. Sur quoi portent-ils ? Si l'on applique en principe la règle civiliste de l'accession, contenu dans l'article 552 al.1 du code civil, la propriété du sol entraîne celle du « dessus » et du « dessous »⁴⁰². La propriété publique obéit en principe à cette règle. Sauf titre contraire, la collectivité publique propriétaire du sol l'est aussi du « dessous et du dessus »⁴⁰³. L'autorisation domaniale vaudrait ainsi droit de superficie⁴⁰⁴ au profit de l'occupant, par dérogation à la théorie civiliste de l'accession⁴⁰⁵. Ce droit permet de bloquer le processus de l'accession qui devrait jouer au profit de la personne publique et permet à l'occupant de bénéficier d'une sorte de « propriété immobilière par anticipation⁴⁰⁶ ». Dans la mesure où l'occupant, pour financer ses investissements, doit bénéficier de droits réels non seulement sur ce qu'il doit financer, soit les futures constructions, mais aussi sur le sol lui-même, une clarification législative s'est avérée nécessaire pour déterminer l'objet sur lequel portent ces droits réels. Désormais toute distinction entre le droit réel sur le domaine occupé et le droit réel sur les constructions réalisées par l'occupant est supprimée dans le CG3P. Il n'y a pas, selon Y. GAUDEMET⁴⁰⁷, démembrement entre le sol et l'ouvrage construit, mais « démembrement du droit – de propriété- lequel porte uniformément sur la totalité des biens, les attributs de la propriété étant temporairement distribués entre un propriétaire initial et une sorte d'usufruitier à temps ». La nouveauté du CG3P a donc consisté dans la reconnaissance de droits réels sur le domaine public

⁴⁰² J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens*, 2^e éd. LGDJ. Lextenso Éditions Paris 2010 p. 222.

⁴⁰³ Y. GAUDEMET, « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz 1996, p. 315.

⁴⁰⁴ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI *op.cit.* p. 327 et s.

⁴⁰⁵ E. FATOME, P. TERNEYRE, « Quel est le propriétaire des ouvrages construits sur le domaine public ? », *RFDA* 1997 p.935.

⁴⁰⁶ J.P MARTY, *La dissociation juridique de l'immeuble : contribution à l'étude du droit de superficie*. Thèse Toulouse, LGDJ 1979, n°152, cité par Y. GAUDEMET, précité n°521, p.320.

⁴⁰⁷ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif des biens*, Tome 2, 15^e éd. LGDJ, n°523, p. 321.

lui-même, puisqu'il a toujours été admis que l'occupant du domaine public avait un quasi- droit de propriété sur les installations qu'il a construites.

Cette inclusion officielle de l'assiette domaniale dans le régime des droits réels justifie l'exclusion par le CG3P du domaine public maritime naturel, qui bénéficie d'une protection particulière.

B- La protection particulière du domaine public maritime naturel

Le domaine public maritime naturel sur lequel sont implantés les ouvrages EMR est protégé à double titre. Il constitue premièrement un enjeu stratégique pour l'État de par son lien avec la mer territoriale (1). En outre, bien que son caractère « naturel » ait pu être contesté, il jouit toujours d'une protection renforcée (2).

1- La protection de la dimension stratégique du DPM naturel pour l'État

Cette impossibilité de constitution de droits réels ne pèse pas sur l'ensemble du domaine public naturel, puisque des baux emphytéotiques administratifs peuvent être conclus par les collectivités territoriales sur le domaine public naturel n'entrant pas dans le champ d'application de la contravention de voirie⁴⁰⁸. Cette interdiction est donc liée non seulement au caractère naturel du domaine public, mais aussi à la gestion étatique du domaine public maritime naturel. Cela ne signifie pas que tous les espaces maritimes naturels appartiennent à l'État et sont donc gérés par lui. Certaines plages et dunes font notamment partie du patrimoine de communes littorales. Le Conservatoire de l'espace littoral, qui est un établissement public, détient certains étangs salés et îles, certains parcs nationaux possèdent des parties terrestres mais aussi des parties maritimes, comme le Parc national des calanques, et des personnes privées peuvent être propriétaires, via des droits fondés en titre, d'espaces maritimes naturels. Selon C. CHAMARD-HEIM, « Ce qui est réservé à l'État, c'est la propriété de biens qui sont soumis au régime du domaine public maritime naturel⁴⁰⁹ ». La raison de ce monopole étatique tient au fait que les dépendances du domaine public maritime naturel entourent le territoire national et sont donc « intimement liées à la souveraineté de la France ». Concernant plus spécifiquement le sol et le sous-sol de la mer territoriale, elle avance en outre une autre raison liée à la « souveraineté économique ». En effet, cela permet à l'État de « contrôler les activités se déroulant sur la mer territoriale et les activités sous-marines au large des côtes et de s'assurer d'une utilisation rationnelle du sol et du sous-sol⁴¹⁰ ». Mais elle souligne également que « la

⁴⁰⁸ *Jcl Env. et développement durable*, juillet 2010 Fasc. 4430 « Aspects juridiques du développement de projets d'installations photovoltaïques » n°37.

⁴⁰⁹ C. CHAMARD-HEIM, « Domaine public naturel et décentralisation. Un patrimoine au service des missions de l'État », *AJDA* 2009 p. 2335.

⁴¹⁰ Décret n°2006-798 du 6 juillet 2006 relatif à l'exploitation des fonds marins du domaine public. Voir aussi

propriété exclusive de l'État permet d'envisager plus facilement le développement durable des énergies marines, notamment des éoliennes marines ».

2- La protection du caractère naturel du DPM

Le domaine public est protégé par les principes d'inaliénabilité⁴¹¹ et d'imprescriptibilité⁴¹². Ces principes sont liés à celui d'affectation du domaine public à l'intérêt général. Le premier permet d'en protéger la consistance en évitant qu'une collectivité propriétaire ne cède une dépendance domaniale sans l'avoir au préalable déclassée tandis que le second empêche des particuliers de s'installer sur le domaine et que, grâce à la prescription, ils puissent en devenir propriétaires, « dépouillant ainsi l'ensemble des affectataires d'un bien dont ils avaient l'usage⁴¹³ ». Le principe d'inaliénabilité est donc relatif puisque l'administration peut supprimer l'affectation d'un bien du domaine public et en disposer ensuite⁴¹⁴. La situation est toute autre concernant les biens du domaine public maritime naturel. En effet, ils ne cessent d'en faire partie que « s'ils cessent, du fait de phénomènes naturels, de présenter les caractéristiques physiques et géographiques dont la loi décide qu'elles emportent l'appartenance à ce domaine, soit lorsqu'une nouvelle loi vient décider que les caractéristiques physiques et géographiques de certains biens n'ont plus pour conséquence d'emporter leur incorporation dans le domaine public maritime naturel⁴¹⁵».

Si la doctrine a pu contester son caractère « naturel »⁴¹⁶, l'existence d'un domaine public maritime naturel en tant que catégorie juridique est désormais consacrée par le code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP). Le domaine public maritime naturel existe ainsi par détermination de la loi, en dehors de tout critère, contrairement aux autres catégories de

J.-F. LACHAUME, « Les espaces maritimes naturels dans le code général de la propriété des personnes publiques », in *Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes. L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer*, Ed. Bruylant, Bruxelles 2009. p.512 : « Ainsi, confirmant au plan des principes la solution de 1963, le CG3P assure à l'État une mainmise sur les ressources et richesses de toute nature que recèlent le sol et le sous-sol de la mer territoriale et ce sur une largeur de 12 miles marins ».

⁴¹¹ Le principe d'inaliénabilité n'a toutefois pas de valeur constitutionnelle (Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif des biens*, Tome 2, 15^e éd. LGDJ 2014, n°295 et s, pp.194 et s : « Ni la constitution de 1958, ni le préambule de la constitution de 1946, ni la déclaration des droits de 1789 auxquels la première renvoie ne consacrent un tel principe qui ne peut davantage être rattaché aux « lois de la République » en tant que principe fondamental ». Le Conseil constitutionnel aurait pu, selon les requérants, consacrer ce principe à l'occasion de sa décision relative à la loi du 25 juillet 1994 permettant la constitution de droits réels sur certains domaines publics. Mais le Conseil non seulement ne l'a pas fait, mais il affirme en outre que cette loi « n'a pas pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation de biens appartenant au domaine public ».

⁴¹² Art. L.3111-1 du CG3P.

⁴¹³ P. GODFRIN, M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens* 10^e éd. Dalloz Paris 2012, p.201.

⁴¹⁴ J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif des biens*, 7^e Éditions, Montchrestien, Paris, 2012, p.142.

⁴¹⁵ E. FATOME, « Bref regard sur le domaine public naturel après le code général de la propriété des personnes publiques » *AJDA* 2009 p.2326.

⁴¹⁶ Voir à ce propos : C. LAVIALLE, « Existe-t-il un domaine public naturel ? », C.J.E.G. Mai 1987, p.627 et s ; Voir en sens contraire J. CAILLOSSE, « Plaidoyer pour un domaine public maritime naturel », *RJE* 1990 n°4 p.483.

biens publics faisant partie du domaine public. Sa consistance est définie par le législateur qui en attribue la propriété à l'État seul⁴¹⁷. En effet, l'autorité publique n'intervient ici que pour constater l'incorporation au domaine public et non pour la réaliser⁴¹⁸.

Concernant le sol et le sous-sol de la mer territoriale, sur lequel sont construits ou fixés les ouvrages de production d'électricité EMR ainsi que les câbles sous-marins, c'est la loi du 28 novembre 1963⁴¹⁹ qui les a inclus dans le domaine public maritime naturel. Le domaine public maritime naturel se distingue des autres catégories du domaine public car l'administration n'a pas à intervenir pour prononcer l'incorporation du sol de la mer au domaine public maritime naturel, en prenant notamment une décision d'affectation à l'utilité publique ou au service public, comme pour le domaine public maritime artificiel. Cette incorporation est automatique. L'administration ne fait que constater l'évènement naturel source de domanialité par un seul acte, l'acte de délimitation⁴²⁰. L'affectation des biens du domaine public maritime naturel résulte expressément de la loi⁴²¹. Concernant les biens appartenant au domaine public maritime naturel, leur affectation est celle d'un usage direct du public⁴²², tout au moins pour les plages, les rivages, les lais et relais. Cependant, on peut se demander comme le professeur LAVIALLE, en quoi le fond de la mer territoriale est-il affecté au public ou à un service public⁴²³ ? Ainsi, les principes qui fondent le domaine public maritime naturel et en particulier le sol de la mer territoriale semblent être davantage la protection d'éléments naturels comme faisant partie de notre environnement et comme support nécessaire à des activités d'intérêt général comme la pêche ou la navigation⁴²⁴.

Il semble difficile de concevoir que l'État puisse les « déclasser »⁴²⁵. Les biens faisant partie du DPM naturel bénéficient ainsi d'une « protection renforcée » par rapport au domaine public

⁴¹⁷ Art. L.2111-4 du CGPPP. Voir S. TRAORE, *Droit des propriétés publiques*, Vuibert, Paris, 2008, p. 123.

⁴¹⁸ *Ibid.* p. 69.

⁴¹⁹ Cette loi n°63-1178 a été abrogée par l'art. 7 de l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code de la propriété des personnes publiques et reprise dans l'art. L.2111-4 du code. Voir Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*. Tome 2, 15^e éd. LGDJ. 2014, n°127, p.97.

⁴²⁰ *Ibid.* n°235, pp.154 et 155.

⁴²¹ P. GODFRIN, M. DEGOFTE, *Droit administratif des biens*, 10^e éd. Dalloz Paris 2012, p. 35.

⁴²² S. TRAORE *op. cit.* p.75.

⁴²³ C. LAVIALLE, « Remarques sur la définition législative du domaine public », *RFDA* 2008 p.491.

⁴²⁴ E. FATOME, « Bref regard sur le domaine public naturel après le code général de la propriété des personnes publiques » *AJDA* 2009 p.2326.

⁴²⁵ Voir J.F. LACHAUME, « Les espaces maritimes naturels dans le code général de la propriété des personnes publiques », in *L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer. Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel VIGNES*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 518 : Le déclassement du domaine public maritime naturel « se heurte à la définition législative de la consistance de ce domaine et seule une loi peut déclasser ce qu'une loi a classé. Ceci explique d'ailleurs que le code (le CG3P) prévoit lui-même des hypothèses de déclassement et d'aliénation de certains éléments du domaine maritime », notamment l'article L.5111-4 prévoyant un déclassement possible de ceux des biens inclus dans la zone des cinquante pas et ne présentant plus d'utilité pour la satisfaction des besoins d'intérêt public, ou l'article L.5112-4 permettant à l'État, dans les départements de la Guadeloupe et de la Martinique, après déclassement, de céder gratuitement aux communes et aux organismes ayant pour objet la réalisation d'opérations d'habitat social des terrains dépendant de son domaine public maritime.

artificiel, s'expliquant, selon le professeur FATOME⁴²⁶, « par le fait qu'ils présentent cette caractéristique - qui les différencie des biens qui appartiennent au domaine public artificiel- de tirer leur origine de phénomènes naturels et, tirant leur origine de phénomènes naturels, d'être à la fois rares et, selon les cas, impossible ou très difficile à remplacer ».

Le régime des droits réels est complexe et l'on peut s'interroger, après avoir plaidé pour son application au DPM naturel, sur son efficacité sur le domaine public artificiel.

§ 2- La pertinence de la levée de l'interdiction de constitution de droits réels sur le DPM naturel

Si la constitution de droits réels était possible sur le domaine public maritime naturel, porterait-elle réellement atteinte à son caractère naturel ? La solution consisterait peut-être à mettre en avant la notion d'affectation du domaine public. **(A)**. La constitution de droits réels immobiliers sur le domaine public, bien qu'utile, voit néanmoins son efficacité relativisée **(B)**.

A- L'hypothèse de constitution de droits réels sur le DPM naturel

Si la possibilité de constituer des droits réels sur le DPM naturel était envisagée, ce serait dans le respect du caractère protecteur du régime de celui-ci **(1)** Le recentrage autour de la notion d'affectation pour en assurer le respect pourrait être une solution **(2)**.

1- Une atteinte relative au caractère naturel

L'article L.2132-3 CG3P dispose que « nul ne peut bâtir sur le domaine public maritime (...) sous peine de démolition (...) et d'amende ». Toutefois, l'État peut y déroger en délivrant des titres d'occupations privatifs, telles les concessions d'utilisation du domaine public maritime. Ces concessions ne sont pas constitutives de droits réels, contrairement aux concessions d'utilisation du domaine public artificiel, « s'entendant comme celui qui résulte du travail de l'homme et non de phénomènes naturels⁴²⁷ ». Ces assouplissements au principe d'inaliénabilité ne s'appliquent pas au domaine public maritime naturel⁴²⁸, mais uniquement au domaine public artificiel. Pourquoi existe-t-il une telle différence de traitement ? Il est vrai que l'octroi de droits réels sur le domaine lui-même peut s'appréhender comme un démembrement de la propriété publique, une sorte d'aliénation partielle du domaine.

Y. GAUDEMET admet toutefois que cela n'empêche pas la possibilité d'occupations constitutives de droits réels sur le domaine naturel, dès lors qu'expressément déclarées telles

⁴²⁶ E. FATOME *op.cit.*

⁴²⁷ Y. GAUDEMET, « Les droits réels sur le domaine public », *Le patrimoine des personnes publiques, Droit et patrimoine*, 2009, n°179.

⁴²⁸ Art. L. 2122-5, R.2124-9 du CG3P.

par le titre⁴²⁹. P. YOLKA⁴³⁰ souligne que « c'est au nom d'une certaine idée de l'environnement que la possibilité d'octroyer des droits réels aux occupants du domaine public national est exclue sur les dépendances naturelles ». Il reconnaît toutefois que de « nouveaux enjeux pourraient conduire à réexaminer la valorisation des dépendances naturelles à la lumière du « développement durable », parmi lesquels l'installation d'éoliennes sur le domaine public maritime qui appelle une sécurisation des investissements. L'installation d'éoliennes sur le domaine public maritime appelle, par exemple, une sécurisation des investissements (via l'attribution de droits réels aux investisseurs) que le droit positif ne permet pas ».

La question se pose alors de savoir comment apporter davantage de sécurité aux investisseurs tout en assurant une protection suffisante de ce domaine public naturel.

Dans quelle mesure la constitution de droits réels sur le domaine public maritime naturel serait susceptible de lui porter atteinte ? Même en cas de réalisation de l'hypothèque qui aurait pu être consentie sur les engins EMR à caractère immobilier, cela n'atteindrait pas à l'intégrité du sol de la mer, puisque les engins demeurent installés sur celui-ci. La constitution de droits réels administratifs, même à caractère immobilier, sur le domaine public maritime naturel, pourrait être envisagée sans pour autant porter atteinte à son intégrité. Le principe d'inaliénabilité, s'il n'a certes de pas de valeur constitutionnelle⁴³¹, demeure un principe fondamental quant à l'utilisation du domaine public maritime naturel, et en l'occurrence le sol de la mer territoriale. A titre de comparaison, le *Crown Estate* au Royaume Uni autorise dans le cadre de la délivrance de ses baux en mer territoriale et en ZEE l'exploitant EMR à consentir des hypothèques avec le consentement du bailleur, que celui-ci ne peut refuser sans motif valable, et à condition que cette affectation à titre de garantie ne constitue pas une cession au sens de la loi sur la location immobilière de 1995⁴³².

Il est intéressant de rappeler que certaines portions du territoire maritime français ne sont pas soumises aux mêmes règles que le domaine public maritime naturel. Les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité n'ayant pas été érigés au rang constitutionnel par le Conseil constitutionnel, ils subissent parfois des dérogations. En Polynésie notamment - où la zone des cinquante pas⁴³³ n'existe pas, sauf aux îles Marquises –« des délibérations successives

⁴²⁹ Y. GAUDEMET *op.cit.*

⁴³⁰ P. YOLKA « Le domaine public naturel », *AJDA* 2009 2325.

⁴³¹ Cons. Const. 23 juillet 1996 n°96-380 DC (5^e considérant) ; Cons. Const. 21 juillet 1994 n°94-346 DC (14^e considérant).

⁴³² Crown Estate Commissioners, Draft 4, February 2010, MPEE/LN 18593, *Lease of premises and rights for windfarm site upon bed of the sea*, Section 3.11.6, Norton Rose.

⁴³³ Art. L.2111-4-4°, L.5111-1 et L.5111-2 du CG3P : La zone dite des « cinquante pas géométriques » constitue une bande de terrain de 81,20 m de large en bordure du rivage de la mer dans les départements de la Réunion, de la Guadeloupe, de la Martinique, ainsi qu'à Mayotte, mais sous une réglementation un peu différente. Elle fait partie du DPM naturel de l'État. Il s'agit historiquement d'une « sorte de réserve du roi, puis de l'État, sur l'utilisation d'une zone en bordure des côtes dont l'intérêt pour la navigation et la protection militaire de ces

du territoire ont attribué des droits réels aux titulaires d'autorisations d'occupation, y compris sur le domaine public maritime naturel⁴³⁴». La Polynésie française, qui est une collectivité d'outremer (COM), ne relève pas du CG3P mais du Code général des collectivités territoriales (CGCT). L'occupation du DPM y est régie par une délibération du 12 février 2004. Dans son art 7 al 3, elle pose le transfert ou la cession des droits comme des principes majeurs du régime des autorisations d'occupation. L'article 9 précise que « sur prescription expresse de son titre et sur décision de l'autorité compétente, l'occupant d'une dépendance du domaine public peut bénéficier (...) des prérogatives et obligations du propriétaire sur les ouvrages, installations et constructions. » L'applicabilité de la règle à l'ensemble du domaine public n'est pas expresse, mais se déduit justement du silence gardé par le texte sur son éventuelle restriction au seul domaine public artificiel. Le titulaire de droits réels sur les installations réalisées peut donc les transmettre ou les céder, sous réserve d'accord de l'administration compétente. Ce sont certes les réalités géographiques polynésiennes caractérisées par l'étroitesse des espaces terrestres et par l'artificialisation accrue des zones côtières stratégiquement situées qui ont motivé une telle décision. Selon B CAZALET, « la Polynésie gère son littoral et ses lagons comme elle l'entend, l'État n'a pas vraiment son mot à dire⁴³⁵».

2- Le recentrage autour de la notion d'affectation

Ce principe d'inaliénabilité retrouve ici toute son importance et illustre aussi la spécificité de cette partie du domaine public. En effet, l'utilisation du domaine public artificiel a eu tendance à le minimiser au profit du concept d'affectation. Ce qui importe en effet, c'est moins l'inaliénabilité que la protection de l'affectation au public ou à un service public. On parle alors d'aliénabilité conditionnelle, puisqu'un bien du domaine public artificiel peut être déclassé. Une personne publique propriétaire n'a pas le pouvoir de déclasser les biens du domaine public naturel, dont l'incorporation repose sur le constat de phénomènes naturels⁴³⁶. Le sol de la mer n'est pas aliénable non seulement parce qu'il n'est pas « déclassable », mais aussi parce qu'il est le support des eaux surjacentes et donc le support d'activités comme la navigation, la pêche. Sans l'être expressément, il est aussi en quelque sorte affecté au public. En outre, le sol de la mer territoriale est avant tout une propriété publique et demeure donc insaisissable⁴³⁷. Il

territoires est évidente à l'époque ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif des biens*, Tome 2, 15^e éd. LGDJ Paris 2014, n°137 et s, pp.102 et s.

⁴³⁴ S. CAUDAL, « La domanialité publique comme instrument de protection de l'environnement », *AJDA* 2009, p.2329.

⁴³⁵ B. CAZALET, « Droit des lagons en Polynésie française », *RJE* 4/2008, p. 396.

⁴³⁶ J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif des biens*, 7^e Éditions, Montchrestien, Paris, 2012, p.143.

⁴³⁷ Art. L.2311-1 CGPPP.

constitue aussi le support de la mer territoriale, entourant les frontières extérieures, et constitue donc un enjeu du respect de la souveraineté de l'État.

Sylvie CAUDAL s'interrogeant sur la nature exacte du domaine public naturel proposait d'introduire dans le code général de la propriété des personnes publiques une troisième catégorie d'affectation, à savoir, aux côtés de l'affectation à l'usage direct du public ou au service public, l'affectation à la conservation ou aux générations futures, à moins que ne soit reconnu l'existence d'un service public de protection de l'environnement⁴³⁸. Ainsi, même en cas de non affectation au public ou au service public, le DPM naturel resterait affecté, en l'occurrence à la protection de l'environnement. La constitution de garanties sur les équipements EMR serait ainsi envisageable dans la mesure où l'affectation de la portion du domaine public maritime naturel concerné à sa protection serait respectée.

L'importance de la notion d'affectation pour la gestion du domaine public, « plutôt que (l'adoption systématique de) la solution radicale de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité liée à la domanialité publique⁴³⁹ » a été rappelée à l'occasion des décisions de la CEDH à propos du droit au respect des biens d'occupants privés du domaine public maritime naturel. Ces décisions mettent en lumière l'« opposition entre la position française, fortement rattachée à la domanialité publique, inaliénable et imprescriptible, et la conception européenne qui, libérée, à travers une interprétation souple de l'article 1^{er} du Protocole n°1, des considérations purement « administrativistes », n'apprécie plus la légalité de l'ingérence de l'État qu'en fonction de la notion d'affectation du bien en cause⁴⁴⁰ ».

Cette notion d'affectation est également mise en avant dans la notion anglo-saxonne de *trust*, transposée en droit français par une loi du 19 février 2007⁴⁴¹ relative à la fiducie. La fiducie est « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés (...) présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». La fiducie se rapproche du *trust* dans la mesure où le transfert de propriété se fait dans un but déterminé. Dans le cadre d'un *trust*, le propriétaire d'un bien, appelé le *trustee*, doit gérer sa propriété pour le bénéfice exclusif d'une ou plusieurs personnes, appelées les bénéficiaires. Dans le cadre du *trust*, la gestion du bien est distincte de la jouissance des bénéfices qui en

⁴³⁸ S. CAUDAL, « La domanialité publique comme instrument de protection de l'environnement » *AJDA* 2009 p.2329.

⁴³⁹ D. KHAIR, « Les titres d'occupation de la zone des "cinquante pas géométriques" : du droit français au droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, Rubriques, Biens et travaux, sous la dir. de F. LLORENS, B. ODENT, C. LAVIALLE, novembre-décembre 2012, p.1159 et s.

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ Loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie (JORF n°44 du 21 février 2007 page 3052).

découlent. Selon C. DAVID⁴⁴², « la fiducie se distingue du *trust* car ce dernier admet la coexistence de deux droits réels superposés sur le bien : le *trustee* dispose d'un droit de propriété au titre de la *common law*, alors que le bénéficiaire acquiert un droit de propriété en équité ». C. DAVID propose de transposer un système analogue au domaine public afin de pouvoir plus aisément y constituer des droits réels.

En effet, on pourrait envisager « la conclusion d'un *trust* entre l'administration et une personne privée, physique ou morale, relativement à une parcelle appartenant au domaine public. La personne privée se verrait conférer la qualité de *trustee*, l'administration celle de constituant et la population serait le bénéficiaire. La relation entre l'administration et la personne privée serait fondée sur l'obligation de prendre en compte l'intérêt général dans la gestion du bien. Tout manquement à cette obligation entraînerait la résiliation du *trust*. En conséquence, l'administration se verrait transférer en retour les droits réels détenus par le *trustee*⁴⁴³ ». Un des manquements pourrait consister notamment dans l'absence ou la défaillance dans la constitution de garanties financières de démantèlement des engins EMR, qui pourrait nuire aux intérêts du bénéficiaire.

L'application de cette théorie ferait peser de lourdes responsabilités sur les épaules de l'exploitant, en contrepartie de l'obtention des droits réels, puisqu'il se verrait confier la gestion de cette portion du DPM. Dans la mesure où il s'agirait ici de remettre en cause la propriété de l'État sur la parcelle du DPM naturel concernée, l'application de cette théorie pourrait ici être couplée avec la théorie américaine du *public trust*. Selon celle-ci, les ressources naturelles doivent toujours faire l'objet d'une propriété publique de l'État, celui-ci les gérant au bénéfice de la population⁴⁴⁴. L'avantage de cette théorie est qu'elle englobe à la fois le sol de la mer, mais aussi la colonne d'eau, les ressources vivantes marines.

Bien que la possibilité de constitution de droits réels sur le DPM naturel puisse faciliter l'accès au financement des parcs EMR, il faut toutefois en relativiser l'efficacité.

B- La relative efficacité des droits réels immobiliers sur le domaine public

Outre la question relative à la nécessité pour l'exploitant d'un parc EMR d'être reconnu pleinement propriétaire de ses installations pendant la durée de son titre, c'est à dire de

⁴⁴² C. DAVID, « Pour une approche renouvelée du droit français de la domanialité publique », *Petites affiches*, 17 août 2007, n°165, p.3.

⁴⁴³ O. de DAVID BEAUREGARD-BERTHIER prônait également dans sa thèse le recours à la fiducie pour une meilleure gestion privée du domaine public. (voir sa thèse *La justification actuelle de la distinction entre le domaine public et le domaine privé*, soutenue à Aix en Provence en 1994, et notamment pp.380 et s).

⁴⁴⁴ G. OSHERENKO, « *New discourses on ocean governance: understanding property rights and the public trust* », *Journal of environmental law and litigation*, Vol.21, 30 April 2007, pp.365 et s.

bénéficiaire de droits réels civils sur celles-ci, la question de la cession des droits réels administratifs au profit de créanciers afin d'obtenir des financements semble plus pertinente. Ainsi, l'innovation du nouveau CGPPP ne consiste pas dans la consécration de l'octroi automatique de la propriété des installations au concessionnaire, puisque ce droit existait déjà, mais dans l'attribution d'un droit réel également sur l'occupation du domaine, « dans la mesure où il n'est pas possible de céder des ouvrages sans céder du même coup le droit d'occupation du domaine⁴⁴⁵».

Alors que les titres traditionnels d'occupation sont intransmissibles, ceux créés par la loi de 1994 et entérinés par le CGPPP sont différents. La cession est soit volontaire soit forcée. Elle est forcée lorsqu'elle résulte de la décision d'un créancier de réaliser la sûreté qui grève les ouvrages édifiés par l'occupant et qui garantit le remboursement des sommes empruntées pour leur réalisation. Elle est volontaire quand c'est l'occupant qui a en a pris l'initiative⁴⁴⁶.

S'interrogeant sur l'efficacité des droits réels dans le cadre d'une rétrospective historique, le professeur Laurent RICHER⁴⁴⁷ précisait que « s'agissant de l'hypothèque, quand la loi la prévoit, c'est avec des adaptations importantes par rapport au droit privé et avec des interrogations sur la réalisation du gage ». Étant des droits réels administratifs et non civils, ils ne se conçoivent que dans le respect de l'affectation du domaine public. Ils sont limités dans leurs attributs par les caractéristiques du titre d'occupation qui les constitue ; ils sont temporaires et conditionnés, le titre d'occupation étant précaire et révocable. Selon Y. GAUDEMET, il s'agit « d'une propriété originale⁴⁴⁸».

Ainsi la saisie et la vente ne sont pas libres. La cession n'est consentie qu'à une personne agréée en vue d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine occupé, mais subordonnée à l'agrément de l'administration. En cas de réalisation de l'hypothèque, d'une part quel prix le créancier pourrait-il en retirer ? D'autre part, le nouvel acquéreur de l'éolienne, si la vente se déroule pendant son exploitation en tant que productrice d'électricité et dans le cadre de la concession, doit être agréé par le concédant et doit avoir les compétences techniques ou capacités à exploiter des éoliennes, à produire de l'électricité. Néanmoins, il ne bénéficie pas du contrat d'achat d'électricité, à moins que ce dernier puisse être transféré à son nom.

Laurent RICHER en conclut, comme Catherine MAMONTOFF⁴⁴⁹, que « compte tenu de son instabilité, le droit réel est une illusion », et que « les banques attachent aujourd'hui plus de prix

⁴⁴⁵ P. GODFRIN, M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens* 10^e éd. Dalloz Paris 2012, n°276 p.188.

⁴⁴⁶ *Ibid* p.189.

⁴⁴⁷ L. RICHER, « Les cent ans de la théorie des droits réels », in *Contrats et propriété publique*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, sous la direction de G. CLAMOUR, LexisNexis Paris 2011, p.186.

⁴⁴⁸ Y. GAUDEMET, « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz 1996, p. 309 et s.

⁴⁴⁹ C. MAMONTOFF, *Domaine public et entreprises privées : la domanialité publique mise en péril par le marché*, L'Harmattan, 2003, p.63.

à d'autres garanties, notamment dans le cadre des financements de projet ». Cette disposition n'en conserve pas moins son utilité économique afin de faciliter les investissements. Quel peut être l'intérêt pour un banquier d'exiger des garanties bancaires telles que la constitution d'hypothèques sur un parc éolien en mer ? Il est vrai qu'une éolienne, contrairement à un immeuble tel qu'un bâtiment industriel, ne se valorise a priori pas dans le temps. Il peut exister cependant un intérêt à hypothéquer un parc éolien offshore si des repreneurs sont prêts à poursuivre leur exploitation⁴⁵⁰. Les parcs peuvent se valoriser au terme de leur exploitation si on leur trouve une « seconde vie », en recyclant les turbines notamment. Il est également envisageable de trouver un autre usage pour les ouvrages de production d'électricité à la fin du titre d'exploitation, tel que le récif artificiel, ou un élément de décoration maritime, un objet touristique, un site d'aquaculture.

Si la constitution de droits réels immobiliers sur le DPM naturel paraît ainsi envisageable, elle se heurte encore à l'existence de principes profondément ancrés liés au caractère spécifique de cette portion du domaine public. L'horizon pourrait se dégager pour l'accès au marché des EMR si l'on considère d'autres alternatives aux droits réels immobiliers, bien que celles-ci soient aussi affectées par la particularité du régime de la domanialité publique.

Section II- Les autres garanties pour l'accès au financement des investissements EMR

Les alternatives sont de deux sortes. Les premières demeurent liées à la constitution de garanties sur les ouvrages (§1), tandis que les autres portent sur les revenus générés par l'exploitation des EMR (§2).

§ 1- Les autres garanties portant sur les ouvrages EMR

La constitution de droits réels à caractère mobilier peut être envisagée (A). Il convient en outre d'analyser la question relative au caractère éventuellement plus favorable aux investisseurs du régime de la ZEE (B).

A- La constitution de droits réels à caractère mobilier

Avant d'analyser la possibilité d'instituer des droits réels mobiliers (2), une courte réflexion peut être menée sur le domaine public artificiel (1).

⁴⁵⁰ La technique du *repowering*, qui consiste à remplacer plusieurs éoliennes anciennes par un nombre inférieur de nouvelles dans le but d'augmenter les rendements, peut être utilisée afin de prolonger la durée d'exploitation des parcs éoliens. www.wkn-ag.de.

1- La question de l'incorporation des ouvrages de production d'électricité EMR dans le domaine public artificiel

Outre la question relative à la possible constitution de droits réels sur le DPM naturel, ne pourrait-on pas considérer les engins EMR comme faisant partie du domaine public maritime artificiel, tels les phares et balises⁴⁵¹ ? Ils sont certes implantés sur le domaine public naturel, mais sont des constructions de l'homme. Marie-Christine ROUAULT⁴⁵² soulignait dans son commentaire sur la loi du 25 juillet 1994 que l'objet de celle-ci se justifie par la théorie de l'enrichissement sans cause. « La distinction entre le domaine naturel et le domaine artificiel se justifie par le mode différent d'incorporation des biens au domaine. L'entrée au domaine public maritime naturel s'opère naturellement, du fait de phénomènes naturels. En revanche, la création d'un bien du domaine public artificiel est le fait de l'homme. On comprend dès lors la distinction de régime juridique applicable à l'un et à l'autre. Le travail de l'homme mérite rémunération, et puisque la collectivité en devient à terme propriétaire et en tire profit, c'est à elle de le rémunérer (...) A l'inverse, le domaine naturel doit être protégé, dans l'intérêt même de la collectivité toute entière et nul ne saurait en tirer profit ».

Cette théorie de l'enrichissement sans cause pourrait s'appliquer au DPM naturel sur lequel un exploitant de parcs EMR construit aussi des ouvrages. Cependant, même si les ouvrages étaient considérés comme partie intégrante du domaine artificiel, ils restent implantés sur un bien du domaine naturel. Premièrement, la théorie civiliste de l'accession, qui vaut pour la propriété publique, ne joue pas pour la domanialité publique. Y. GAUDEMET⁴⁵³ met en effet en garde contre la confusion fréquente entre domanialité publique et propriété publique, celle-là n'étant pas une des modalités de celle-ci. La domanialité publique n'est pas un régime d'appropriation, ni un régime foncier, elle est dominée par le concept d'affectation. Les ouvrages construits sur le sol marin sont donc en principe des propriétés publiques, propriété publique aménagée pendant le titre d'occupation pour permettre l'exploitation, mais ne font pas partie du domaine public maritime, qu'il soit naturel ou artificiel, et ne sont donc pas concernés par les principes d'affectation et d'inaliénabilité. Sur quel critère incorporerait-on ces ouvrages dans le domaine public, même artificiel ? Il faudrait qu'ils puissent être affectés expressément au service public de l'électricité par exemple⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ Art. L.2111-6 du CG3P.

⁴⁵² M.-C. ROUAULT, « La constitution de droits réels sur le domaine public » *Revue de droit immobilier* 1995, p.27.

⁴⁵³ Y. GAUDEMET *op.cit.* pp.569 et 570.

⁴⁵⁴ Sur la question de la qualification de l'activité de production d'électricité EMR de service public, voir *infra*.

2- Les droits réels mobiliers

On peut envisager d'une part le régime du gage mobilier sans dépossession (a) ainsi que celui de l'hypothèque maritime (b).

a) Le gage mobilier sans dépossession

L'article L.2122-6 du CG3P précise que les droits réels dans le cadre de l'occupation du domaine public artificiel ne sont constitués que sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier. Qu'en est-il des ouvrages qui seraient qualifiés de meubles ? Pourraient-ils être donnés en garantie par l'occupant du DPM naturel ? Le rotor et les pales d'une éolienne plantée pourraient ainsi être l'objet d'un gage mobilier sans dépossession, ainsi qu'une éolienne flottante ou une hydrolienne, celles-ci n'étant pas construites dans le sol marin mais simplement posées. En effet, dans le cas d'équipements qualifiés juridiquement de meubles, dissociables donc du sol marin, le principe civiliste de l'accession immobilière ne joue pas. La personne publique n'en est donc pas propriétaire. Cela induit-il que l'exploitant jouirait d'un véritable droit de propriété sur ces meubles, qui ne serait pas contingenté par le titre d'occupation, et étant le véritable propriétaire, pourrait céder des droits réels civils à ses créanciers. La constitution du gage sans dépossession s'effectue selon les mêmes règles que le gage classique avec dépossession⁴⁵⁵, sur le fondement des articles 2333 à 2350 du code civil. Il peut porter sur tout bien mobilier corporel dans le commerce et non frappé d'inaliénabilité⁴⁵⁶. L'opposabilité aux tiers du gage sans dépossession est assurée par une publicité prévue par l'article 2338 du code civil, résultant d'une inscription sur un registre spécial tenu par les greffes des tribunaux de commerce, y compris pour les non commerçants. Le créancier titulaire d'un gage sans dépossession bénéficie d'un droit réel rendu opposable aux tiers par la publicité⁴⁵⁷.

b) L'hypothèque maritime

Si les engins EMR flottants étaient qualifiés de navires⁴⁵⁸, dans quelle mesure serait-il envisageable pour l'exploitant de constituer une hypothèque maritime ? Les règles relatives à l'hypothèque maritime sont proches de celles de l'hypothèque immobilière, le « particularisme

⁴⁵⁵ M.CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PETEL, *Droit des sûretés*, 9^e édition, Lexisnexis Paris 2010, n°759, p.569.

⁴⁵⁶ *Ibid.* n°742, p.555.

⁴⁵⁷ *Ibid.* n°759 et s, pp.568 et s.

⁴⁵⁸ Sur cette question, voir *infra* Partie II, Titre II, chapitre II. A titre comparatif, aux États Unis, les ouvrages EMR ne sont pas considérés comme des navires mais sont toutefois soumis au droit maritime (source FERC, réponse fournie par e-mail le 11 avril 2011 stephen.bowler@ferc.gov)

du droit maritime⁴⁵⁹» imposant néanmoins quelques différences. L'hypothèque maritime « confère un droit de préférence que relativise l'existence de privilèges propres au droit maritime : sa publicité permet l'exercice d'un droit de suite complet dont l'acquéreur du navire peut s'affranchir par une procédure de purge ».

Dans le dernier numéro de la revue « Jurisprudence du Port d'Anvers » (*Rechtspraak van de Haven van Antwerpen*), le conservateur des hypothèques maritimes traite de la question de la constitution d'hypothèque sur les parcs éoliens marins⁴⁶⁰. Il conclut qu'il est exclu de constituer une hypothèque foncière sur des parcs éoliens marins, en raison de la non application de la loi belge relative aux hypothèques foncières en dehors du territoire national. Selon lui, ces parcs éoliens marins - de même que toute autre structure fixe 'offshore' - pourraient en revanche être grevés d'une hypothèque maritime, pour autant que le législateur les assimile à des navires de mer et qu'il permette leur enregistrement dans le registre des navires. Qu'entend-il ici par « territoire national » ? Cela inclut-il la mer territoriale ? Ce qui empêcherait ici d'appliquer le régime des hypothèques foncières aux éoliennes ne serait pas, contrairement à la France, une impossibilité de constituer des droits réels sur le domaine public maritime, puisque cela serait possible en Belgique dans les limites de la mer territoriale. La raison tient simplement dans le fait que ces parcs se situent en ZEE belge.

W. WURMNEST⁴⁶¹, traitant de la problématique de la constitution de garanties bancaires pour les exploitants de parcs EMR en Allemagne, recommande d'élargir la possibilité d'inscription au registre maritime aux installations fixes, à l'instar de la Norvège. En effet, le droit norvégien autorise de porter au registre maritime les installations fixes servant à l'exploitation des

⁴⁵⁹ M.CABRILLAC, C.MOULY, S.CABRILLAC, P.PETEL, *Droit des sûretés*, 9^e édition, Lexisnexis Paris 2010, p.602 : « L'hypothèque maritime est régie par les dispositions de la loi du 3 janvier 1967 portant statut du navire et de son décret d'application n°967 du 27 octobre 1967 mais sa création remonte à une loi du 10 décembre 1874, qui a exploité le régime de droits réels sous lequel le navire avait pu être placé grâce à son individualisation par son nom et son tonnage et grâce à sa domiciliation au port d'attache. Redessiné en 1967, le statut des navires et bâtiments assimilés ayant donné lieu à un acte de francisation est caractérisé par une publicité des droits réels faite au bureau de douane dans le ressort duquel se trouve le port d'attache (ou le lieu de construction), publicité sanctionnée par l'inopposabilité à tous et pas seulement aux tiers au sens de la publicité foncière. D'origine exclusivement contractuelle, elle peut être constituée par acte sous seing privé sur un navire ou un bâtiment de mer ou sur une part indivise. Au prix de formalités supplémentaires, elle peut être constituée lorsqu'ils sont en construction. La publicité revêt la forme d'une inscription prise sur un registre spécial tenu par le conservateur des hypothèques maritimes (administration des douanes) : mention en est faite sur la fiche matricule du navire ».

⁴⁶⁰ <http://www.shipregistration.be/node/345>, 28 février 2010.

⁴⁶¹ W. WURMNEST, « Windige Geschäfte? Zur Bestellung von Sicherungsrechten an Offshore-Windkraftanlagen », *RabelsZeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 72, 236-263.

ressources naturelles dans la mer territoriale ou sur le plateau continental norvégiens, celles-ci pouvant par conséquent faire l'objet d'hypothèques maritimes.

L'implantation au-delà de la mer territoriale, comme la plupart des pays nordiques, est-elle plus favorable aux investisseurs ?

B- L'incitation à l'implantation au-delà de la mer territoriale

Quelques réflexions relatives à la propriété des ouvrages EMR et aux garanties qui s'y attachent peuvent être livrées à propos de la ZEE (1) et de la haute mer (2).

1- La question des droits sur les ouvrages en ZEE

Si « les zones économiques exclusives offrent un terrain privilégié pour une mise en œuvre efficace de la planification de l'espace maritime, du fait de la difficulté moindre à la faire appliquer⁴⁶²», qu'en est-il du de l'application du droit de propriété ?

Le décret relatif à l'implantation d'ouvrages en ZEE⁴⁶³ ne contient pas de dispositions permettant de nous éclairer sur le régime de propriété applicable aux ouvrages et constructions. Ce décret précise qu'il ne s'applique pas aux ouvrages et installations nécessaires aux activités visant à l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles du plateau continental, au sens de l'article 2 de la loi du 30 décembre 1968. Cette loi, contrairement au décret de 2013, prévoit des dispositions relatives aux installations.

L'article 5 de cette loi dispose que « les lois et règlements français s'appliquent, pendant le temps où sont exercées les activités mentionnées à l'article 2, sur les installations et dispositifs définis à l'article 3, comme s'ils se trouvaient en territoire français métropolitain. Ils sont également applicables, dans les mêmes conditions, aux installations et dispositifs eux-mêmes ». L'article 8 de la loi précise que « les installations et dispositifs définis au 1° de l'art 3 (soit les plateformes et autres engins d'exploration ou d'exploitation, ainsi que leurs annexes) sont meubles et susceptibles d'hypothèques dans les conditions prévues par les articles 43 à 57 de la loi n°67-5 du 3 janvier 1967 portant statut des navires et autres bâtiments de mer ».

⁴⁶² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 17 décembre 2010- *Planification de l'espace maritime dans l'UE. Bilans et perspectives d'évolution* (COM (2010) 771 final).

⁴⁶³ Décret n°2013-611 relatif à la réglementation applicable aux îles artificielles, aux installations, aux ouvrages et à leurs installations connexes dans la zone économique exclusive, sur le plateau continental dans la zone économique et la zone de protection écologique ainsi qu'au tracé des câbles et pipelines sous-marins du 10 juillet 2013.

Selon l'article 27 du décret n°71-360 du 6 mai 1971, portant application de la loi de 1968, « il est tenu sur les installations et dispositifs prévus à l'article 3.1° de la loi susvisée du 30 décembre 1968 un registre des hydrocarbures », la loi visant ainsi notamment les plateformes pétrolières. La loi de 1968, si elle s'applique aussi aux plateformes pétrolières fixes, ne semble pas respecter les critères classiques du droit civil sur la distinction des meubles et des immeubles.

A défaut de toute précision fournie par le décret sur le régime juridique applicable aux installations, quel est donc le régime qui leur est applicable ? L'article 3 alinéa 2 du code civil dispose que « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». Cette règle a été étendue aux meubles par un arrêt de la Chambre des requêtes du 19 mars 1872. D'autre part, la règle a été bilatéralisée puisque les biens situés à l'étranger sont régis par la loi du lieu de leur situation (*lex rei sitae*⁴⁶⁴)⁴⁶⁵. Le rattachement au lieu de situation nécessite qu'une souveraineté s'exerce sur l'espace où le bien est localisé, ce qui n'est pas le cas des navires en haute mer, qui relèvent de la loi du pavillon⁴⁶⁶. Les ouvrages de production d'électricité EMR localisés en ZEE ne se situent plus sur le territoire de l'État français, ni sur celui d'un État étranger, ni en haute mer, mais dans un espace où l'État français n'exerce que des droits souverains. Le code civil ne prévoit pas de clause d'extension de son champ d'application à la ZEE ou au plateau continental. Cela signifie-t-il pour autant qu'il ne s'applique pas en ZEE ?

W. WURMNEST, dans son article sur l'applicabilité du droit des suretés aux éoliennes offshore en ZEE allemande, propose de donner à la *lex rei sitae*⁴⁶⁷ une interprétation large. Ainsi, elle ne s'appliquerait pas uniquement dans le cas de localisation d'un bien situé sur le territoire d'un État, mais aussi en ZEE ou sur le plateau continental. L'article 56, conjointement avec les articles 60 et 80 de la CNUDM, octroie à l'État côtier des droits souverains exclusifs sur les parcs EMR construits en ZEE ou sur le plateau continental et permettrait ainsi de relier les ouvrages à l'ordre juridique de l'État côtier. Il se réfère à une décision de la CJUE⁴⁶⁸ relative à la détermination du tribunal compétent pour statuer sur la plainte d'un employé qui travaillait

⁴⁶⁴ Sur la qualification juridique des engins, en tant qu'immeubles, meubles ou navires, voir supra Partie I Titre II chapitre II.

⁴⁶⁵ DP 1874.1.475, S.1872.1.238 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, 10^e éd. Montchrestien Paris 2010, n°644, p.490.

⁴⁶⁶ *Ibid.* n°645, p.491.

⁴⁶⁷ C'est l'article 43- I EGBGB qui énonce la règle de la *lex rei sitae* pour déterminer le statut juridique des biens en cas de conflit de lois. Cet article ne s'applique pas aux navires pour lesquels prévaut le droit du pays dans lequel ils ont été inscrits au registre maritime, ou à défaut d'immatriculation le droit du port d'attache ou du lieu d'origine (art.45 n°2 EGBGB). L'EGBGB (version refondue du 21 septembre 1994) est la loi d'introduction au BGB, le code civil allemand de 1896. Elle contient la législation allemande concernant le droit international privé et les conflits de lois dans le temps et dans l'espace.

⁴⁶⁸ CJUE 27 février 2002 *Herbert Weber c/ Universal Ogden Services Ltd*, Aff. C-37/00.

sur différents sites d'exploitation de ressources marines localisées sur et sous le plateau continental d'un État côtier. La Cour jugea que le lieu de travail habituel d'un employé est celui de l'État côtier dont le plateau continental est le plus proche. Les tribunaux de cet État sont compétents pour statuer sur la plainte d'un employé relevant du droit du travail, cet État disposant de droits exclusifs sur les installations situées dans cet espace soumis aux droits souverains. W. WURMNEST en déduit que le droit civil allemand régissant les droits réels s'applique aussi aux parcs éoliens situés dans la ZEE allemande.

En admettant que le droit français, que ce soit le code civil, ou le CG3P, s'appliquent en ZEE, ou sur le plateau continental, quelles garanties l'exploitant de parcs EMR peut-il apporter à la banque qui finance ses investissements ? Si aucune propriété publique n'est susceptible de venir entraver toute constitution de droits réels, l'État n'étant pas propriétaire du sol de la ZEE ou du plateau continental, la reconnaissance de droits de propriété privée ne semble pas autorisée pour autant, le sol de la mer au-delà de la limite territoriale n'appartenant à personne. Les propriétés situées sur le plateau continental ou sur le fonds de la mer et son sous-sol dans la zone économique exclusive n'entrent notamment pas dans le champ d'application de la taxe foncière⁴⁶⁹.

La solution consisterait-elle à qualifier les ouvrages EMR implantés en ZEE systématiquement de meubles, à l'instar de la loi du 30 décembre 1968 ?

2- La question des droits sur les ouvrages en haute mer

Quelles sont les compétences de l'État en haute mer sur les installations qu'il est autorisé à construire selon l'art 87 d) de la CNUDM et que signifie « sous réserve de la partie VI » ? La partie VI est relative à la ZEE. L'État côtier exerce-t-il sur les installations en haute mer les mêmes compétences qu'en ZEE, bien que la zone échappe à la souveraineté des États (art.89), sauf à qualifier les installations EMR de navires pour y appliquer la loi du pavillon. La règle de la *lex rei sitae* ne s'applique pas en haute mer puisque la haute mer est soustraite à toute compétence nationale. La loi applicable en haute mer pour les engins EMR est celle du pays du maître d'œuvre, à l'instar des contrats pétroliers⁴⁷⁰. Dans le cas d'un navire situé en haute mer, la loi du pavillon est applicable, loi qui peut être différente de la loi de l'État d'appartenance du propriétaire du navire. Qu'en est-il des installations fixes ? Est-ce la loi du pays d'appartenance

⁴⁶⁹ BOI-IF-AUT-90-20120912. ; *Jcl. Fiscal Impôts directs Traité, Fasc. 1259, Taxes additionnelles à la taxe foncière sur les propriétés bâties*, n°47.

⁴⁷⁰ M. REMOND-GOUILLOUD, *L'exploration pétrolière en mer et le droit*, Éditions Technip 1970, p.146 et s.

du propriétaire de l'engin, ou de l'exploitant ? Il n'existe pas comme les navires de liberté de choisir la loi la plus favorable.

Si l'on se détache à présent de la notion de propriété, on peut envisager la constitution d'autres garanties basées sur les revenus de l'activité, d'ores et déjà appliquée dans le secteur des énergies renouvelables terrestres.

§ 2- Les limites de la constitution de garanties basées sur les revenus de l'activité.

Dans la mesure où l'idée de constitution de garanties hypothécaires sur les parcs EMR se heurte pour l'heure à de nombreux obstacles, d'autres garanties peuvent être mises en place, notamment dans le cadre des financements de projets⁴⁷¹ (*non recourse financing* ou *project finance*). Ce type de financement vise des projets de grande envergure et se concentre non plus sur l'emprunteur mais sur la capacité de ces projets à générer les revenus nécessaires permettant le remboursement des prêts, avec un recours généralement limité ou inexistant des prêteurs à l'encontre des exploitants en cas de défaillance de paiement.

Les projets de parcs éoliens terrestres sont généralement élaborés dans le cadre d'un financement de projet⁴⁷². Le prêt bancaire est remboursé grâce aux revenus générés par la vente de l'électricité produite, sécurisés par l'existence de l'obligation d'achat et du tarif d'achat garanti. Les autres garanties constituées par la banque portent sur les actifs du projet, tels que l'hypothèque sur le terrain ou sur le titre d'occupation constitutif de droits réels, le gage sans dépossession sur le matériel financé, le nantissement des parts de la SPV constituée pour l'opération, ou du fonds de commerce lié à l'exploitation, ainsi que sur les contrats Dailly⁴⁷³.

⁴⁷¹ Plusieurs pays ont recours à ce type de financement pour l'éolien offshore : ex en Belgique : voir rapport de la CREG du 27 octobre 2011, Étude F-111027- CDC-1061 relative à « l'analyse des coûts et le calcul de la partie non rentable pour l'éolien offshore en Belgique », et notamment pp.15 et s : « Le financement des parcs éoliens offshore se fait sur la base du *non-recourse financing*, c'est-à-dire du financement de projets. Il est utilisé la plupart du temps pour financer de très grands projets, qui par leur ampleur nécessitent tant de moyens financiers qu'ils dépassent les possibilités financières d'une entreprise. Par « financement de projet », on entend la construction d'un ensemble de crédits en vue du financement du projet, le cash-flow généré par le projet étant consacré dans un premier temps au remboursement des crédits. Contrairement au prêt classique, la rentabilité du projet est centrale et non la qualité des débiteurs. Dans le cas d'un financement *non recourse*, par lequel les promoteurs se limitent à leur apport en capital, les prêteurs peuvent en effet s'appuyer sur les actifs du projet et le cash-flow qui en est généré. La qualité du projet déterminera bien entendu la quantité de garanties exigées par les investisseurs pour limiter quelque peu les risques. Dans un financement de projet, les banques prêtent de l'argent à l'exploitant pour la construction du parc offshore. Les emprunts sont remboursés dès que le parc est opérationnel et génère des revenus. La CREG a constaté que le risque cash-flow est couvert par différentes parties : les banques qui exigent différentes garanties, l'actionnaire par le biais des contrats d'entretien et du prix d'achat garanti des certificats verts et les assureurs par le biais de la réassurance ».

⁴⁷² A. FOURMON, F. MALLET, « Quelles évolutions dans le financement de projet éolien ? », *BDEI* 2013, 45 supplément, Énergie éolienne : bilan et perspectives ; Chronique Implantation.

⁴⁷³ Les banques recourent à la loi Dailly par le biais de la cession des contrats d'achat d'électricité par EDF aux fins de garantie. En effet, depuis la loi du 2 janvier 1981, modifiée par la loi « bancaire » du 24 janvier 1984, les établissements de crédit peuvent obtenir la cession ou le nantissement de créances professionnelles grâce à l'établissement d'un Bordereau Dailly. Ils privilégient d'ailleurs en général la cession sur le nantissement. L'article

Le caractère sécurisant du contrat d'achat d'électricité et de l'obligation d'acheter la production d'électricité se voit toutefois tempéré par la précarité et la révocabilité des autorisations d'occupation du domaine public maritime⁴⁷⁴, bien qu'elles soient conventionnelles et délivrées pour une durée déterminée. Cette révocabilité peut intervenir à tout moment dans l'intérêt du domaine public maritime au cours du titre. Que devient la cession Dailly si l'exploitant se voit retirer son titre ? En outre, le titulaire de l'autorisation n'a droit qu'à une indemnisation restreinte, voire inexistante. Ce régime est-il compatible avec le déploiement d'une activité industrielle de grande ampleur, dans laquelle la marchandise produite ne se stocke pas, et dont la vente dépend fortement de la stabilité de la production ?

La précarité réside dans la faculté pour le gestionnaire du DPM naturel de retirer le titre d'occupation à tout moment pour motif d'intérêt général, sans indemnisation du préjudice subi par le concessionnaire (A) ainsi que dans l'absence de propriété commerciale (B).

A- Retrait ou révocation du titre d'occupation du DPM naturel

Des lacunes subsistent dans l'indemnisation des conséquences du retrait du titre pour l'occupant du DPM naturel (1) que le régime des autorisations délivrées au titre de la loi sur l'eau ne vient pas combler (2), ni le décret relatif à l'occupation de la ZEE (3).

1- Les lacunes du régime d'occupation domaniale dans l'indemnisation de l'exploitant EMR évincé

Les autorisations d'occupation domaniales sont précaires et révocables. Constituant de simples occupations privatives compatibles avec le domaine public, elles sont subordonnées au respect de l'affectation de celui-ci à l'utilité publique, sur la base de l'article L.2121-1 du CG3P. C'est pourquoi l'autorité concédante peut retirer le titre à tout moment pour faire respecter cette affectation, si elle estime que l'occupation privative en question n'est plus suffisamment compatible avec celle-ci. Ces principes sont fondés sur la nécessité pour l'administration de conserver la libre disposition du domaine⁴⁷⁵.

L.313-23 du code monétaire et financier les autorise à se faire céder les créances professionnelles à titre de garantie, autrement dit à se faire consentir une sûreté-propiété qui leur confère la priorité absolue, alors que le nantissement les exposerait à passer après les créanciers qui, aux termes du droit commun, ont un rang préférable à celui du gagiste (M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PETEL, *Droit des sûretés*, 9^e édition, Lexisnexis Paris 2010, p.582.)

⁴⁷⁴ CE 4 février 1983, *Ville de Charleville-Mézières*, req. n°24912, *Rec. Lebon*, p.45 ; CE, 29 mars 2000, *Isas*, req. n°199545, *Rev. Droit immo.* 2000, p.325 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif des biens*, Tome 2, 15^e éd. LGDJ, n°526, p.323.

⁴⁷⁵ J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif des biens*, 7^e Éditions, Montchrestien, Paris, 2012, p.218.

Les motifs de retrait ont cependant été élargis à des considérations financières, dans l'optique d'une meilleure gestion économique du domaine public. L'occupant du domaine public peut être expulsé pour non acceptation de l'augmentation de sa redevance⁴⁷⁶. Le principe de précarité des titres d'occupation du domaine public est peut-être à rattacher au principe de proportionnalité du droit de l'UE⁴⁷⁷.

Les termes employés dans les différentes conventions d'occupation du DPM naturel octroyées dans le domaine des EMR ne sont pas clairs. Celles-ci tantôt différencient le « retrait » de la « révocation », ou emploient tantôt l'un pour l'autre.

Le retrait d'une autorisation par la personne publique a en principe un effet rétroactif, tandis qu'une résiliation ou abrogation ne vaut que pour l'avenir. La difficulté réside dans le fait qu'en matière de domanialité publique, les décisions d'abrogation sont qualifiées de décisions de retrait, que ce soit dans les textes ou par la doctrine. L'ancien article A26 du Code du domaine de l'État, qui semble toujours en vigueur malgré l'adoption du CG3P, distingue le retrait de la révocation⁴⁷⁸.

La convention de concession d'utilisation du domaine public maritime qui a été accordée à la société Enertrag en 2008 prévoit d'une part la possibilité d'un retrait pour motif d'intérêt général par le concédant, à quelque époque que ce soit, se rattachant à la conservation ou à l'usage du domaine public maritime et de la mer, moyennant un préavis minimal de 6 mois. Dans ce cas, aucune indemnité n'est versée au concessionnaire. D'autre part, l'article 4.4 stipule qu'outre le cas de révocation en cas de non-respect par le concessionnaire de ses obligations, si la révocation de la concession a lieu pour cause d'intérêt général, la seule indemnisation prévue est celle des investissements non encore amortis. Celle-ci est en outre versée uniquement si l'amortissement est réalisé par annuités égales sur la durée normale d'utilisation. A contrario, en cas d'amortissements courts⁴⁷⁹ il n'y a pas d'indemnisation.

La convention d'utilisation du domaine public maritime accordée à EDF dans le cadre de l'exploitation de son parc de démonstrateurs d'hydroliennes au large de Paimpol ne différencie pas les deux termes. Elle dispose, dans un article 4.2.1 intitulé « Révocation de la concession prononcée par le concédant dans un but d'intérêt général », que « à quelque époque que ce soit,

⁴⁷⁶ C. MAMONTOFF *op.cit.* p.194 et s.

⁴⁷⁷ CJUE 9 Juillet 1989 *Herman Schrader HS KraftfutterGmbH § Co. KG contre HauptzollamtGronau*, Aff. 265/87, rec. p.2237. Voir P. COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, 2007, p.431 : Ce principe « conditionne la durée d'exécution des concessions, qui doit être fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements et une rémunération raisonnable des capitaux investis ».

⁴⁷⁸ J. MICHEL, J.P. DELVIGNE, « Contentieux des occupations domaniales », *Répertoire de contentieux administratif*, mars 2010, MAJ Octobre 2014, n°182.

⁴⁷⁹ En effet, l'article 39 AB du CGI permettait de pratiquer sur 12 mois seulement un amortissement exceptionnel des éoliennes acquises ou fabriquées avant le 1er janvier 2011 avec report des déficits).

le concédant a le droit de retirer la concession dans un but d'intérêt général se rattachant à la conservation ou à l'usage du domaine public maritime moyennant un préavis de six mois ». Elle prévoit en revanche, outre l'indemnisation des investissements non encore amortis, une clause stipulant le versement d'une indemnisation supplémentaire en cas de préjudice supérieur à la valeur fixée pour l'indemnisation stipulée ci-dessus, par entente amiable ou par voie contentieuse. La clause précise que ce préjudice peut provenir du mode de financement des travaux. Ces indemnités sont généralement affectées aux banques qui ont financé le projet.

C. MAMONTOFF soulignait dans sa thèse que « le texte prévoyant la possibilité de remboursement des investissements non encore amortis en cas de retrait motivé par l'intérêt général (2 alinéas ajoutés à l'époque à l'ancien article A.26 du code du domaine de l'État et précisés par la circulaire du 9 août 1971) avait pour but de permettre à l'occupant de rembourser les emprunts bancaires, mais il s'est avéré incomplet car l'opérateur en cas de retrait percevait l'indemnité mais ne remboursait pas obligatoirement l'organisme financier. C'est pourquoi la loi du 7 juin 1977 instaura le report de l'indemnité prévu à l'art A26 au profit des créanciers, par l'intermédiaire de la Caisse des dépôts et consignations pour mieux en assurer le paiement⁴⁸⁰.

L'insertion de cette clause est intéressante dans la mesure où elle contrevient quelque peu à l'article L.2122-9 du CG3P qui exclut du champ de l'indemnisation du préjudice direct, matériel et certain engendré par le retrait anticipé du titre pour motif d'intérêt général les occupants du DPM naturel. Cet article précise que « les droits des créanciers régulièrement inscrits à la date du retrait anticipé sont reportés sur cette indemnité ». Il serait intéressant en effet d'étendre le bénéfice de cette indemnisation aux créanciers des exploitants des parcs EMR dont les titres seraient retirés inopinément par l'administration pour motif autre que l'inexécution des clauses et conditions du titre⁴⁸¹. La Cour administrative d'appel a ouvert la voie en jugeant le 31 juillet 2009 que l'occupant du domaine public dont l'autorisation est résiliée pour motif d'intérêt général a droit d'obtenir, sauf faute de sa part, et sauf clause contraire de son titre, réparation du préjudice subi, notamment du « préjudice direct et certain, tel que la perte des bénéfices découlant d'une occupation du domaine conforme aux prescriptions de la convention et des dépenses exposées pour une occupation normale du domaine qui auraient dû être couvertes au terme de cette exploitation⁴⁸²».

⁴⁸⁰ C. MAMONTOFF, *Domaine public et entreprises privées, la domanialité publique mise en péril par le marché*, L'harmattan 2003, p.358 et s.

⁴⁸¹ L'article L 2122-5 du CGPPP exclut l'application de l'article L 2122-9 au DPM naturel.

⁴⁸² CE 31 juillet 2009, *Sté Jonathan Loisirs*, req. n°316534, *RJEP* Avril 2010, n°17, note CHAMARD-HEIM ; voir Y. GAUDEMET *op.cit.* n°531, p.326 ; l'arrêt *Jonathan Loisirs* opère un revirement de jurisprudence quant à

L'indemnisation du préjudice direct, matériel et certain doit non seulement couvrir les pertes subies mais aussi les gains manqués, « pouvant comprendre les dépenses exposées par l'occupant pour la réalisation des activités ayant justifié l'occupation du domaine (construction, installation), ainsi que les pertes de bénéfices escomptés de l'occupation », allant même jusqu'à l'indemnisation du préjudice moral⁴⁸³. Il ne s'agit pas, selon R. REZENTHEL, de créer une « rupture caractérisée devant les charges publiques en imposant des sujétions injustifiées au regard de l'intérêt général⁴⁸⁴», le droit d'occuper et d'aménager le domaine public ayant une « valeur économique ».

Le projet de décret relatif aux ouvrages énergétiques en mer semblait avoir pris acte des évolutions jurisprudentielles puisque son article 3 prévoyait la possibilité pour l'exploitant EMR, en cas de résiliation pour motif d'intérêt général avant le terme de son titre, d'être indemnisé de son préjudice direct et certain, tel que « la perte des bénéfices découlant d'une occupation du domaine conforme aux prescriptions de la convention et des dépenses exposées pour l'occupation normale du domaine, qui auraient dû être couvertes au terme de cette occupation⁴⁸⁵». Le décret définitif du 8 janvier 2016 n'a cependant pas repris cette mesure.

Il faut néanmoins signaler une évolution significative dans la rédaction des clauses d'indemnisation de tous les frais engagés par l'exploitant en cas de résiliation par l'Etat pour motif d'intérêt général⁴⁸⁶, qui ne tiennent toutefois pas compte du préjudice subi ou escompté. Réside alors ici un intérêt pour l'exploitant EMR à qualifier sa relation avec l'Etat de concessive au regard de la commande publique. En effet, lors d'une résiliation d'un contrat de concession par l'Etat pour motif d'intérêt général, comme d'une autorisation constitutive de droit réel, l'indemnisation de l'exploitant inclut le *lucrum cessans* et le *damnum emergens*⁴⁸⁷.

A titre comparatif, aux États Unis, la priorité est donnée à l'indemnisation des exploitants de plateformes pétrolières ou gazières dans l'espace marin en cas de rupture du contrat d'exploration du fait de l'autorité publique ou d'un changement de loi, plutôt qu'à l'octroi de

l'indemnisation de l'occupant du domaine public en cas de résiliation du titre pour motif d'intérêt général dès lors qu'aucune stipulation contractuelle ne s'y oppose.

⁴⁸³ CAA Marseille, 6 mars 2008, *SARL Le kiosque des Arènes*, n°06MA03400 ;

⁴⁸⁴ R. REZENTHEL, « Vers une meilleure protection contre la précarité de l'occupation du domaine public » *AJDA* 2001, p.1025.

⁴⁸⁵ Cet article introduirait un alinéa supplémentaire à l'article R.2124-9 du CG3P.

⁴⁸⁶ Voir notamment l'article 5.1 de la convention de concession d'utilisation du DPM en dehors des ports établie entre l'Etat et la société Éoliennes en mer Iles d'Yeu et de Noirmoutier (EMYN)

http://www.vendee.gouv.fr/IMG/pdf/convention_udpm_et_ses_annexes.pdf

⁴⁸⁷ CE 20 mai 1952 *Sieur Gleize Rec.* CE 1952 p.267; CE 20 mai 1994 *Sté Le Gardiennage industriel* n°663377 *Rec. CE* 1994 Tables p.1038 ; N. FOULQUIER *Droit administratif des biens* 4^e éd. LexisNexis 2018 n°1036 p. 401.

droits de propriété sur l'espace marin ou la ressource. En 2000, la Cour suprême a octroyé 156 millions de dollars à *Mobil Oil* pour rupture abusive de son contrat d'exploration par le gouvernement fédéral⁴⁸⁸. Les organismes américains de défense de l'environnement et de la pêche ne souhaitent cependant pas que le régime d'exploitation des futurs parcs d'énergie marine s'inspire totalement de celui des plateformes pétrolières offshore, et notamment de certaines pratiques, comme le « gel » du contrat dans l'attente d'une augmentation des prix du pétrole ou du développement des technologies. Ils réclament la possibilité de révoquer ces contrats en cas de non-respect des conditions de protection des ressources marines vivantes, en violation de la doctrine du *public trust*⁴⁸⁹.

2- La non-assistance à occupant en danger de la loi sur l'eau

L'autorisation délivrée au titre de l'article L.214-3 du code de l'environnement ne prévoit pas non plus d'indemnisation. L'article L.214-4. II dispose en effet que l'autorisation peut être abrogée ou modifiée, sans indemnité de la part de l'État exerçant ses pouvoirs de police, en cas notamment de menace majeure pour le milieu aquatique. Le Conseil constitutionnel⁴⁹⁰ a eu l'occasion de se prononcer, à propos du retrait d'une autorisation de concession hydraulique pour motif d'intérêt général, sur la question de savoir si celle-ci contrevient aux articles 2 à 17 de la Constitution sur la protection de la propriété. Les sages de la rue Montpensier ont jugé que « les autorisations délivrées par l'État au titre de la police des eaux, sur le fondement de l'article L.214-3 du code de l'environnement, ne sauraient être assimilées à des biens objet pour leurs titulaires d'un droit de propriété, et comme tel, garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ». Le Conseil constitutionnel ajoute que le concessionnaire n'est pas propriétaire des ouvrages concédés, puisqu'ils appartiennent à l'État, que les autorisations sont délivrées unilatéralement et ne revêtent pas de caractère contractuel. Il rappelle toutefois que « le législateur n'a pas exclu toute indemnisation dans le cas exceptionnel où (...) le retrait de l'autorisation entraînerait pour son bénéficiaire une charge spéciale et exorbitante hors de proportion avec l'objectif d'intérêt sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques dans le cas où il résulterait de l'ensemble des conditions et circonstances dans lesquelles la modification ou le retrait intervient que le bénéficiaire de l'autorisation ou le concessionnaire intéressé supporte une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'intérêt général poursuivi ».

⁴⁸⁸ *Mobil Oil exploration*, 530 U.S. at 607-09 (2000).

⁴⁸⁹ G. OSHERENKO, « New discourses on ocean governance: understanding property rights and the public trust », *Journal of environmental law and litigation*, Vol.21, 30 April 2007, pp.363 et s.

⁴⁹⁰ Cons. Const. 24 juin 2011 n°2011-141 QPC.

3- Le maintien de la précarité des titres d'occupation de la ZEE

Quels sont les principes qui sous-tendent une autorisation d'occupation privative du plateau continental et de la ZEE ? Le plateau continental ne faisant pas partie du domaine public maritime, il n'est pas assujéti aux mêmes principes. Le plateau continental n'est pas affecté au libre usage du public. Le décret du 10 juillet 2013⁴⁹¹ applicable sur le plateau continental et dans la ZEE reprend néanmoins certains principes de gestion du domaine public.

Il prévoit notamment dans son article 16 alinéa IV la possibilité pour le préfet maritime d'abroger l'autorisation pour motif d'intérêt général, moyennant l'indemnisation des amortissements non encore amortis dans la limite de la durée de l'autorisation, indemnité identique à celle mentionnée dans les concessions d'utilisation du domaine public. Le préjudice éventuellement subi par le titulaire de l'autorisation abrogée n'est pas indemnisé. En outre quel intérêt général peut ici être invoqué, dans une zone non soumise à la souveraineté de l'État ? La loi du 30 décembre 1968, qui, sur le fondement de la CNUDM, régit les autorisations d'exploration et d'exploitation des ressources du plateau continental, ne prévoit pas de retrait de l'autorisation avant terme pour motif d'intérêt général. Elle ne prévoit que des sanctions pénales à l'encontre du titulaire de l'autorisation qui aurait enfreint la loi ou de celui qui exercerait son activité sans autorisation. On peut concevoir que le retrait de l'autorisation avant le terme puisse être fondé sur des motifs liés au respect de la liberté de navigation. Mais il semble alors difficile d'imaginer que ces motifs n'aient pas été envisagés avant la délivrance de l'autorisation. L'État ne dispose pas sur le plateau continental et en ZEE d'un pouvoir de gestion discrétionnaire comme sur le domaine public. Il ne possède que des droits limités aux activités prévues par la convention sur le droit de la mer.

La précarité se traduit aussi pour l'exploitant dans l'absence de propriété commerciale dans le cadre de son activité.

B- L'absence de propriété commerciale sur le DPM naturel

L'arrêt du Conseil d'État du 14 octobre 1991⁴⁹² fait du principe du non renouvellement des autorisations domaniales un principe général de la domanialité publique. Les éventuelles clauses insérées dans le contrat ou l'autorisation, interdisant la résiliation ou assurant le

⁴⁹¹ n°2013-611 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 ainsi qu'au tracé des câbles et pipelines sous-marins.

⁴⁹² CE 14 octobre 1991, *Helie, Lebon* p.927.

renouvellement, sont sans effet⁴⁹³. Ce principe de non renouvellement explique l'interdiction de conclusion de baux commerciaux sur le domaine public⁴⁹⁴.

Les concessions d'occupation du domaine public maritime délivrées aux exploitants EMR stipulent qu'elles ne sont pas soumises aux articles L.145-1 à L.145-60 du code de commerce et qu'elles ne confèrent pas la propriété commerciale aux titulaires et aux sous-traitants. Le droit au renouvellement s'oppose au caractère précaire des autorisations domaniales. Le juge judiciaire se base quant à lui sur le critère de l'absence de clientèle propre de l'occupant du domaine public. Il peut cependant reconnaître l'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public lorsque celui-ci attire une clientèle propre, même en l'absence de tout droit au bail, le juge admettant dans ce cas un fonds de commerce précaire. L'occupant n'a toutefois aucun droit au bail⁴⁹⁵.

La réglementation sur les cultures marines semble admettre l'existence d'un certain « fonds » bien que ce terme ne soit pas utilisé⁴⁹⁶. O. de DAVID BEAUREGARD-BERTHIER a souligné que « ce n'est pas tant le caractère précaire de l'autorisation d'occupation du domaine public qui constitue un frein à la reconnaissance de l'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public (il existe en effet en droit privé des conventions d'occupation précaire de locaux commerciaux sans bail commercial), mais plutôt le critère de la clientèle propre⁴⁹⁷.

La loi Pinel du 18 juin 2014⁴⁹⁸ a introduit un nouvel article L.2124-32-1 dans le CG3P. Celui-ci autorise l'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public à condition de disposer d'une clientèle propre⁴⁹⁹. La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public ne confère cependant pas à l'exploitant l'ensemble des droits reconnus par le droit privé. Elle ne donne droit ni à renouvellement de l'autorisation d'occupation, ni à indemnité d'éviction⁵⁰⁰. L'article L.2124-35 précise en outre que cette disposition n'est pas applicable au domaine public naturel.

Messieurs REZENTHEL et BLONDEL ont proposé quant à eux la création d'une sorte de bail commercial administratif qui offrirait plus de garanties à l'occupant que le simple octroi de droits réels issus de la loi de 1994 et qui protégerait la propriété commerciale, notamment en

⁴⁹³ CE 18 Mars 1963, *Cellier*.

⁴⁹⁴ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif des biens*, Tome 2, 15^e éd. LGDJ, n^o, p.323.

⁴⁹⁵ C. MAMONTOFF *op.cit.* p.360 et s.

⁴⁹⁶ *Ibid.* p.362 et s ; (voir le décret du 22 mars 1983 relatif aux cultures marines, art 12.3 et 12.5, décret modifié par celui du 14 mars 1987 n^o87-756).

⁴⁹⁷ O. de DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, « Fonds de commerce et domaine public » *AJDA* 23 sept 2002 p790-793.

⁴⁹⁸ Loi n^o2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, JORF n^o0140 du 19 juin 2014 page 10105.

⁴⁹⁹ C. CHAMARD-HEIM, « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », *AJDA* 2014, p.1641.

⁵⁰⁰ M.C. ROUAULT, « Domaine public : droit au bail, non ; fonds de commerce, demain peut-être », *AJ Collectivités territoriales* 2015, p.93.

indemnisant le préjudice commercial suite à un retrait de l'autorisation anticipé, ou en lui permettant de conclure un bail commercial avec un sous locataire⁵⁰¹.

L'application du statut du fonds de commerce permettrait d'utiliser ce fonds comme instrument de crédit, dans le cadre d'un nantissement ou d'un crédit-bail, d'en transférer la jouissance, par la location-gérance, et la propriété en cédant le fonds, sauf qu'en cas de cession, l'accord du propriétaire du domaine public est nécessaire, dans la mesure où l'autorisation d'occuper le domaine public est personnelle. N. CALDERARO⁵⁰² rappelle toutefois qu'il existe une possibilité de transmettre, sous réserve de la personne gestionnaire du domaine, une concession d'exploitation de cultures marines⁵⁰³. La conclusion d'un bail commercial, même administratif, dans le domaine de la production d'électricité EMR, se heurterait probablement au fait que cette activité, bien qu'économique, ne semble pas être un acte de commerce, en l'absence d'achat pour revente, sauf à la considérer comme une « entreprise de manufacture » ou « de fourniture », autres définitions de l'acte de commerce fournies par l'article L.110-1 du code de commerce⁵⁰⁴. D'autre part, l'exploitant EMR ne possède pas réellement de clientèle, son seul client étant l'acheteur obligé de sa production d'électricité⁵⁰⁵.

Comme le rappelle toutefois R. REZENTHEL, l'intérêt d'octroyer la propriété commerciale à l'occupant du domaine public maritime consisterait dans une meilleure indemnisation en cas de non renouvellement ou de cessation anticipée du titre d'occupation. Il confronte en outre cette interdiction de conclure des baux commerciaux sur le domaine public au droit européen. En effet, « l'occupation du domaine public, qui ne donne pas lieu à l'exercice injustifié de prérogatives de puissance publique, doit être soumise au droit commun de la concurrence. Dès lors, et en raison de cette circonstance, rien ne s'oppose à ce que les occupants de locaux établis sur le domaine bénéficient d'un bail commercial⁵⁰⁶ ». Il rappelle enfin que selon la Cour de

⁵⁰¹ R. REZENTHEL et D. BLONDEL, « L'avenir du bail commercial et le déclin de l'exception de la domanialité publique », *La semaine juridique notariale et immobilière*, n°38, 21 septembre 2001, p 1388.

⁵⁰² N. CALDERARO et J. LACROUTS, *Le littoral : Protection, mise en valeur et aménagement des espaces littoraux*, Éditions Le Moniteur, Paris 2005, 2^e édition, Collection Analyses Juridiques, p. 233 et s.

⁵⁰³ Voir aussi R. REZENTHEL *op.cit.* n°17 : « Bien que les autorisations d'occupation du domaine public soient accordées à titre personnel, celles-ci peuvent parfois être transmises sur présentation de leur titulaire, c'est le cas en particulier pour les concessions d'exploitation de cultures marines (art. 12 et s. du décret n°83-228 du 22 mars 1983) » ; voir aussi R. REZENTHEL, « Vers une meilleure protection contre la précarité de l'occupation du domaine public », *AJDA* 2001, p.1025.

⁵⁰⁴ CA Reims, Ch. civ. Sect. 1, 4 avril 1984, de T/ Sté *WECO*, arrêt n° 197/84 v Juris Data n°. 1984-041975 : (énergie hydraulique) ; voir aussi l'avis du CCRCS (Comité consultatif du registre de commerce et des sociétés) (Avis n°2012-014 du 13 avril 2012) : production d'électricité d'origine photovoltaïque est une activité commerciale.

⁵⁰⁵ Voir la conférence du 2 décembre 2011, Faculté de droit de Montpellier : dans le domaine des énergies renouvelables, la notion de bail commercial n'est pas souvent retenue, dans la mesure où manque l'élément principal qu'est la clientèle (un seul client ici). En outre, quel serait l'intérêt pour le bailleur, dans la mesure où il devrait verser une indemnité d'éviction. Enfin, le bail commercial porte en général sur un immeuble, un local, or (dans le secteur de l'électricité photovoltaïque) une toiture peut-elle être considérée comme un local ?

⁵⁰⁶ R. REZENTHEL *op.cit.* n°30.

Justice, constitue une activité économique « toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné ». Ainsi, « le fait de refuser le bénéfice du bail commercial au profit de l'occupant du domaine public, en l'absence d'exercice de prérogatives de puissance publique justifiées par un motif d'intérêt général, constitue une discrimination juridiquement contestable, puisque la Cour de Justice a jugé qu'une discrimination "consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou dans l'application de la même règle à des situations différentes"⁵⁰⁷». Il en conclut qu'il faudrait reconnaître l'indemnisation intégrale du préjudice subi en cas d'éviction voire de non-renouvellement des autorisations domaniales.

Le recours au crédit-bail⁵⁰⁸ n'est pas davantage possible sur le domaine public maritime naturel. Étant contraire aux caractères précaire et personnel du titre d'occupation- l'organisme financier ne pouvant être propriétaire d'un bien faisant partie du domaine public-le recours au crédit-bail sur le domaine public de l'État n'était autorisé que pour la construction d'ouvrages privés réalisés dans l'intérêt de l'occupant mais pas pour des ouvrages affectés à un service public ou à une mission d'intérêt général, à l'exception de la construction des commissariats et des établissements pénitentiaires pour laquelle la loi du 29 août 2002 a autorisé expressément le recours au crédit-bail. Selon l'article L.2122-13 modifié du CG3P⁵⁰⁹ cependant, « dans le cadre des titres d'occupation prévus par les articles L.2122-6 et L.2122-11, la réalisation des ouvrages, constructions et installations peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail.

Lorsque ces contrats concernent le financement d'ouvrages, de constructions et d'installations qui sont nécessaires à la continuité d'un service public, ils comportent des clauses permettant de préserver les exigences de ce service public. La conclusion de tels contrats de crédit-bail au bénéfice d'organismes dans lesquels l'État ou l'établissement public gestionnaire du domaine apporte un concours financier ou détient, directement ou indirectement, une participation financière permettant d'exercer un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion est soumise à un agrément de l'État. Cet agrément peut être refusé si l'opération se traduit par un accroissement des charges ou une diminution des ressources de l'État ». Le recours au crédit-bail serait-il possible aux exploitants EMR en cas de qualification de leur activité de production d'électricité de service public ?

⁵⁰⁷ *Ibid.*

⁵⁰⁸ Il s'agit d'une technique de crédit assortie d'une sûreté originale : la location d'un bien. Le crédit-bail met en relation trois personnes : le crédit, utilisateur du bien qui désigne le bien, l'organisme financier qui achète le bien et le loue à l'utilisateur pour une période correspondant à la durée de l'amortissement, et le vendeur du bien. Au terme de la durée de location, l'utilisateur a la faculté de racheter le bien pour une somme résiduelle déterminée à l'avance ; il peut aussi restituer le bien ou demander le renouvellement de la location. Les rapports entre le crédit et l'organisme financier sont ceux de bailleur et locataire mais avec la particularité que ce dernier peut devenir propriétaire du bien loué au terme de la location.

⁵⁰⁹ Modifié par l'article 121 de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009.

Après avoir analysé les spécificités du régime juridique d'*accès* au marché de l'électricité EMR, les singularités juridiques propres à ce marché méritent d'être soulignées. Elles seront mises en exergue dans le cadre de l'activité de *production* d'électricité EMR proprement dite, mais aussi dans le cadre du régime juridique de la *vente* de cette électricité, ainsi que sa circulation au sein du marché intérieur.

TITRE II- LA SINGULARITE DU MARCHE DE L'ELECTRICITE EMR.

Bien que les exploitants EMR évoluent dans un « contexte » ou des « conditions de marché⁵¹⁰», en attendant d’opérer sur un marché pleinement concurrentiel, leur activité n’en demeure pas moins une activité économique⁵¹¹. L’activité économique consiste dans l’offre de biens ou de services sur un marché donné⁵¹². C’est paradoxalement la notion d’activité économique qui permet de donner un contour juridique à la notion économique de marché⁵¹³, quasiment « intraduisible en termes juridiques⁵¹⁴». L’analyse des spécificités juridiques du marché de l’électricité EMR peut ainsi s’envisager en deux mouvements.

Dans un premier temps, l’offre du bien électricité EMR consiste dans la production de cette électricité. D’une simple activité d’intérêt général, à une activité qualifiée de service public, ou grevée d’obligations de service public, il n’y a qu’un pas qu’une analyse approfondie invite à franchir. Les conditions de marché dans lesquelles évoluent les opérateurs EMR sont organisées par l’État, qui joue vis à vis de ce marché de la production d’électricité EMR un quadruple jeu, celui de soutien extérieur, d’opérateur indirect, de demandeur et de régulateur.

(Chapitre I)

Dans un deuxième temps, la production d’électricité s’écoule sur un marché donné, certes très spécifique, dans le cadre de contrats d’achat de l’électricité EMR. Le marché a notamment été défini comme « un ensemble de contrats, de conventions et de transactions relatives à des biens ou à des opérations données⁵¹⁵». La production d’électricité EMR s’inscrit dans un cadre contractuel spécifique, très réglementé. Elle débouche sur la conclusion de contrats d’achat par des acheteurs obligés, généralement à l’issue de procédures d’appels d’offres. Comment l’exécution de ces contrats d’achat s’articule-t-elle avec les régimes juridiques d’occupation du milieu marin ? L’objectif final étant l’intégration de l’électricité EMR dans le marché concurrentiel de l’électricité, des structures permanentes de transport de la marchandise électricité issue des EMR, structures maritimes notamment, nécessitent d’être mises en place.

(Chapitre II)

⁵¹⁰ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ Lextenso Éditions, Paris 2014, n°584, p.326 : à propos de l’arrêt de la CJCE du 11 juillet 2006, *Fénin*, aff. C-205/03 ; et n°602, p.335 : « Il ne faut pas se demander si l’opérateur agit sur un marché concurrentiel, mais si le marché est susceptible de l’être ».

⁵¹¹ L’activité de production et de vente d’énergie a été qualifiée d’acte de commerce au sens de l’art. L.110-1 C.com. (CA Reims Ch. Civ. Sect. 1, 4 avril 1984, *de T./Sté WECO*, n°197/84 ; CA Paris 21/02/2008, n°07/07858 ; C. cass. 1^{ère} civ. 14/05/2009, n°08/13422 ; Circulaire du 27 avril 2011 (DGPAAT/SDEA/C2011-3032) du ministre de l’agriculture). Si elle est qualifiée d’acte de commerce, elle constitue a fortiori une activité économique.

⁵¹² CJCE 20 mars 1985 *Italie c/ Commission (British Telecom)* Aff.41/83, *Rec.*, p. 873 ; CJCE, 16 juin 1987 *Commission c/Italie* Aff.118/85, *Rec.*, p.2599, point 7 ; CJCE 26 mars 2009 *SELEX Sistemi Integrati SpA c/ Commission et Eurocontrol*, Aff. C-113/07 point 69.

⁵¹³ E. BERNARD, « L’« activité économique », un critère d’applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, mars 2009, t. XXIII,3, page 358.

⁵¹⁴ *Ibid.* p.367.

⁵¹⁵ M. TORRE.SCHAUB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, LGDJ, Paris, p. 6 et s.

Chapitre I- Le marché de la production d'électricité EMR

L'attention sera dirigée ici sur l'éventuelle existence d'une activité de service public, exercée dans un cadre concessif ou via des obligations de service public. La diversité de la typologie des ressources EMR, ainsi que la singularité du milieu d'exploitation de l'activité de production d'électricité EMR, à savoir le milieu marin, influencent l'éventuelle qualification de service public de celle-ci (**Section I**).

Quelle que soit la nature juridique du marché de la production d'électricité EMR, celui-ci est marqué par la prépondérance de l'État, en tant que soutien extérieur au marché, mais aussi en tant qu'intervenant, via notamment l'opérateur historique anciennement monopolistique EDF. Ne peut-on pas envisager à terme davantage de décentralisation de la production d'électricité EMR au niveau local ? Les caractéristiques « maritimes » de ce marché induisent une implication d'acteurs de grande envergure, pour la plupart détenus sur un plan capitalistique par l'État, contrairement au marché de la production d'électricité solaire ou éolienne terrestre, plus atomisé et moins centralisé. Ainsi l'État crée le marché de l'électricité EMR pour satisfaire l'intérêt général, en régule l'accès via la CRE, le soumet au droit du marché ou au droit de la concurrence, bien que la concurrence réelle sur ce marché ne soit pas aboutie. La singularité du marché de l'électricité EMR se manifeste ainsi tant au niveau de l'implication de l'État que de la typologie des exploitants. (**Section II**).

Section I- La qualification de service public de la production d'électricité EMR

L'un des intérêts de la recherche de l'existence d'une éventuelle activité de service public dans le cadre de la production d'électricité EMR réside dans la possibilité de protéger l'exercice de cette activité au regard d'activités concurrentes, non pas sur le même marché, mais concurrentes dans l'occupation de l'espace marin. Nous aurons en effet l'occasion d'aborder cette question au cours de notre analyse du rôle du marché de l'électricité EMR dans la valorisation économique du milieu marin et de l'articulation de droits exclusifs avec le principe de l'usage commun. En effet, les autorités publiques ont le pouvoir de protéger l'exercice d'un service public sur le domaine public, notamment via l'attribution de droits exclusifs. Il s'agit d'une dérogation à l'application du droit de la concurrence aux activités de service public. L'article L.410-1 du code de commerce soumet en effet « toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de délégation de service public » aux règles de concurrence définies dans le code

de commerce. La qualification de service public trouve son importance également dans l'application du régime de responsabilité liée aux ouvrages publics ou travaux publics⁵¹⁶. L'intérêt du régime juridique du service public justifie ainsi la recherche de la nature juridique de l'activité de production d'électricité à travers les critères d'existence d'un service public. Nous nous attacherons ainsi à rechercher l'existence des critères de qualification d'un service public au sein de la production d'électricité EMR (§1).

Si la qualification de service public peut être retenue dans certains cas, il convient de s'interroger sur le mode d'exploitation de celui-ci et vérifier l'existence de critères d'une éventuelle mission, voire d'une délégation de service public (DSP), derrière l'apparence d'une simple convention d'occupation domaniale notamment. Indépendamment toutefois de toute DSP, le producteur d'électricité EMR pourrait se voir imposer des obligations de service public, relativement à ses engagements de valorisation du milieu marin par exemple. (§2).

§1- L'applicabilité des critères d'existence d'un service public à la production d'électricité EMR

L'identification d'un service public dans le cas d'une activité exercée par une personne privée est opérée par la jurisprudence à travers son régime juridique exorbitant de droit privé⁵¹⁷. L'activité en question doit de prime abord servir un intérêt général caractérisé (A). L'avis du conseil d'Etat *Béligaud* nous fournit en outre quelques indications pour détecter le caractère de service public de la production d'électricité EMR (B).

A- La nécessité d'une activité d'intérêt général caractérisé

Le Conseil d'État dans son arrêt *Narcy*⁵¹⁸ pose une première condition nécessaire à la reconnaissance d'une mission de service public dans l'activité d'une personne privée. Cette condition est relative au but de l'activité, qui doit concourir directement à la satisfaction de l'intérêt général. Faute de mission d'intérêt général, il n'y a pas mission de service public⁵¹⁹. D'intérêt général assurément l'activité de production d'électricité EMR est empreinte (1). L'intérêt général doit cependant être caractérisé pour pouvoir qualifier celle-ci de service public (2).

⁵¹⁶ Ces questions seront traitées dans la 2^e partie de la thèse.

⁵¹⁷ J.F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, Lexisnexis, Paris 2012, n°82, p.46.

⁵¹⁸ CE sect. 28 juin 1963 *Narcy Rec.* 401, *AJ* 1964 p.91 note de LAUBADERE.

⁵¹⁹ CE, Sect., 30 octobre 1953, *Bossuyt, RDP*, 1954, 178, note Waline ; CE, 20 janvier 1971, *Ministre des finances c/ Comptoir français des produits sidérurgiques*, R. 49 ; *AJDA*, 1972, 230, note Moulié ; CE, Sect., 27 octobre 1999, *Rolin*, R 327, concl. Daussun.

1- Le caractère d'intérêt général de la production d'électricité EMR

L'intérêt général est au cœur du droit public. L'État en est le garant, il est défini par le législateur, et sa mise en œuvre échoit à l'administration, sous l'autorité du gouvernement et sous le contrôle du juge. Il s'agit d'une véritable notion juridique. Elle justifie l'action publique, mais elle en est aussi la norme de référence légitimant si nécessaire des restrictions aux droits et aux libertés⁵²⁰.

La production d'électricité EMR répond de façon globale à des objectifs d'intérêt général⁵²¹. La satisfaction de l'intérêt général est d'ailleurs requise afin de pouvoir implanter les ouvrages EMR sur le domaine public maritime dans le cadre de concessions d'utilisation⁵²². L'affirmation par le Conseil d'État⁵²³ du caractère d'« intérêt public (d'un projet de construction d'un parc éolien terrestre) tiré de sa contribution à la satisfaction d'un besoin collectif par la production d'électricité vendue au public », laisse présager l'octroi du même caractère d'intérêt général aux EMR. Il faut cependant rechercher l'existence d'un intérêt général suffisamment caractérisé pour pouvoir constituer un service public.

2- La nécessité d'un intérêt général caractérisé de la production d'électricité EMR

L'intérêt général est consubstantiel au service public, qu'il soit géré par des personnes publiques ou des personnes privées⁵²⁴. Nombre d'activités souvent prises en charge par des personnes privées présentent un caractère d'intérêt général et ne sont pas pour autant des activités de service public⁵²⁵. En outre, une même activité peut aussi être qualifiée d'activité de service public dans certaines circonstances et se voir dénier cette qualité dans d'autres circonstances.

⁵²⁰ CONSEIL d'ÉTAT, Rapport public sur *L'intérêt général*, 1999, La Documentation française, Études et Documents n°50, p.271.

⁵²¹ Voir supra les développements sur la finalité d'intérêt général du marché de l'électricité EMR pp. 35 et s.

⁵²² Article R.2124-1 du CG3P : des concessions d'utilisation du DPM en dehors des ports peuvent être accordées afin d'affecter les dépendances du DPM à l'usage du public, à un service public ou à une opération d'intérêt général. Notons qu'à la différence de l'ouvrage public, dont l'intérêt général auquel il est affecté comprend l'usage du public ou le service public, l'intérêt général ici est une 3^e alternative outre l'usage du public ou le service public.

⁵²³ CE 13 juillet 2012, *Sté EDP Renewables* req. n°343306 ; voir aussi CE 23 novembre 2005, *Ville Nice*, req. n°262105 : il a qualifié les éoliennes d'« installations assurant un service d'intérêt général destinées à répondre à un besoin collectif de la population ».

⁵²⁴ S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, 2^eéd.Themis, PUF, 2007, p.169.

⁵²⁵ J.F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, Lexisnexis, Paris 2012, n°53, p.30 : « De très nombreuses activités privées possèdent un lien avec l'intérêt général dans la mesure où elles assurent la satisfaction de besoins collectifs : alimentations, boulangeries, professions de santé, garagistes (...) et à la limite la plupart des activités commerciales et industrielles privées correspondent à la satisfaction d'un besoin d'intérêt général ».

L'existence d'un intérêt général caractérisé⁵²⁶ est présumée à propos de l'activité d'une personne publique⁵²⁷.

Le service public de l'énergie concerne presque exclusivement les secteurs électrique et gazier⁵²⁸. L'électricité est un « produit politiquement sensible, toute panne devient une question politique⁵²⁹ ». Selon l'article L.121-1 du code de l'énergie, l'objet du service public de l'électricité consiste à « garantir, dans le respect de l'intérêt général, l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national. Dans le cadre de la politique énergétique, il contribue à l'indépendance et à la sécurité d'approvisionnement, à la qualité de l'air et à la lutte contre l'effet de serre, à la gestion optimale et au développement des ressources nationales, à la maîtrise de la demande d'énergie, à la compétitivité de l'activité économique et à la maîtrise des choix technologiques d'avenir, comme à l'utilisation rationnelle de l'énergie. Il concourt à la cohésion sociale, à la lutte contre les exclusions, au développement équilibré du territoire, dans le respect de l'environnement, à la recherche et au progrès technologique, ainsi qu'à la défense et à la sécurité publique. Matérialisant le droit de tous à l'électricité, produit de première nécessité, le service public de l'électricité est géré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité et dans les meilleures conditions de sécurité, de qualité, de coûts, de prix et d'efficacité économique, sociale et énergétique ».

Au sein du marché de l'électricité, quelles sont les activités qui participent au service public de l'électricité ? Si les activités de transport et de distribution d'électricité sont depuis longtemps considérées comme des services publics, cette qualification n'est pas évidente concernant la production d'électricité. Il s'agit désormais d'une activité économique assurée par des entreprises privées, tandis que subsistent des réminiscences de l'ancien monopole de production

⁵²⁶ L'intérêt général caractérisé appréhendé au niveau européen ne se définit pas en fonction d'une défaillance du marché mais par un choix politique. Même si le juge ne prend pas une part positive à la détermination de la notion de SIEG, il ne s'interdit pas de dénier cette qualité à certaines missions, exprimant des choix de nature politique. Voir F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, présentée et soutenue le 6 janvier 2001, Université Robert Schuman de Strasbourg, p. 400 et s : « Si les qualifications d'intérêt général que la Cour octroie à certains organismes nationaux révèle une stratégie juridictionnelle de soumission d'entités aux obligations du droit communautaire à des fins d'élargissement de l'application du droit communautaire et de protection des droits des particuliers, cette optique peut traduire dans certains contentieux, l'expression de choix politiques du juge. La conception de la Cour de la notion d'État comporte une dimension politique évidente. En témoigne, de manière éloquent, l'interprétation que le juge a donné de la dérogation de la notion « d'emplois dans l'administration publique » visée à l'article 39 §4 qui dénote une conception restrictive de la notion d'intérêt général, limitée au noyau dur du domaine de souveraineté de l'État ». Voir notamment CJCE 17 décembre 1980, *Commission c/Belgique*, Aff.149/79, Rec. 3881 ; CJCE 3 juin 1986, *Commission c/France* Aff. 307/84 Rec.1725.

⁵²⁷ P. ESPLUGAS-LABATUT, *Jcl. Adm.*, Fasc. 149, Notion de service public, droit interne et droit de l'Union européenne, n°46, 15 janvier 2015.

⁵²⁸ P. SABLIERE, *Droit de l'énergie*, Dalloz, Paris 2013, n°133.11 et s, p.283 : le service public ne s'applique qu'assez rarement dans le secteur de la chaleur et du froid ; n°134.11 et s. pp. 284 et s : des obligations de service public peuvent dans certains cas s'appliquer au secteur pétrolier (approvisionnement d'hydrocarbures par voie maritime et conservation de stocks stratégiques pétroliers).

⁵²⁹ J.-M. CHEVALIER, P. GEOFFRON, *Les nouveaux défis de l'énergie, Climat-Économie-Géopolitique*, Economica Paris 2011, 2^{ème} édition, p.50.

d'électricité se manifestant au travers de règles de droit administratif qui viennent brouiller les pistes. Comme l'exprimait parfaitement L. RAPP⁵³⁰, « voilà bien la subtilité de l'univers que l'ouverture à la concurrence du secteur de l'énergie offre désormais à la réflexion des juristes. Les lois se succèdent, qui l'organisent et dont la cohérence n'est pas toujours assurée. Les réformes institutionnelles multiplient les opérateurs sur les décombres des anciens monopoles, en brouillant inévitablement la frontière entre public et privé, compétence judiciaire et contentieux administratif ».

La production d'électricité EMR concourt dans une certaine mesure au service public de l'électricité. En effet, en mettant en valeur les ressources énergétiques renouvelables de la mer aux fins de production d'électricité, elle participe à « la qualité de l'air et à la lutte contre l'effet de serre », ainsi qu'au « développement des ressources nationales ». La participation de l'énergie éolienne à cet intérêt général spécifique a été reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, dans un arrêt du 26 février 2008, elle admet que les éoliennes poursuivent un intérêt général, à savoir le développement d'énergies propres⁵³¹. Les EMR contribuent aussi à la « maîtrise des choix technologiques d'avenir », à « la recherche et au progrès technologique ». En outre, les cahiers des charges d'appel d'offres éolien en mer exigent de la part des futurs exploitants de parcs de fournir une note détaillée concernant d'une part l'emploi et le développement social, incluant la formation professionnelle, les aides à la reconversion et les emplois proposés aux personnes qui en sont dépourvues. Ils requièrent d'autre part de la part des candidats de démontrer leur contribution aux investissements consacrés à des programmes de recherche collaborative, d'innovation industrielle dans le domaine de l'éolien en mer, leur contribution à la sûreté du réseau public de transport, de l'insertion dans ledit réseau de la production électrique issue d'énergies de sources renouvelables⁵³².

Outre le critère de l'intérêt général caractérisé, celui des sujétions imposées aux exploitants peut être envisagé.

B- Le recours au critère des sujétions liées à l'ouvrage de production d'électricité

Dans le domaine de la production d'électricité, c'est par le biais des sujétions imposées aux producteurs d'électricité concernant leurs ouvrages de production que le législateur a identifié ceux qui participent au service public de l'électricité. Au sein même de cette activité, certains

⁵³⁰ L. RAPP, « Nature juridique et régime contentieux du contrat de raccordement électrique », *AJDA* 2012 p.764.

⁵³¹ CEDH, 26 févr. 2008, *Fägerskiöld c/ Suède* n° 37664/04 : JCP A 2008, 2289.

⁵³² Voir notamment points 4.1.2, 4.4.3, du cahier des charges de l'appel d'offres éolien en mer du 18 février 2013.

secteurs comme la production hydroélectrique sont qualifiés de services publics⁵³³, le législateur étant muet sur les autres formes de production d'électricité.

L'intervention du Conseil d'État s'est révélée nécessaire afin de clarifier ce qui, au sein de l'activité de production d'électricité, relève d'un service public, en se référant à la notion d'ouvrage public (1). L'activité de production d'électricité EMR est susceptible de recevoir cette qualification selon le type de source d'énergie marine, ainsi que la zone géographique desservie, selon qu'elle est ou non interconnectée au réseau (2).

1- La position du Conseil d'État sur la délimitation du service public de l'électricité

Avant la libéralisation du marché français de l'électricité, la production d'électricité n'était considérée comme un service public que lorsque celle-ci était réalisée aux seules fins d'alimentation d'une distribution publique relevant du service public. La nationalisation de 1946 et la dévolution à EDF du monopole de la production, du transport et de la distribution de l'électricité sur la quasi-totalité du territoire ne firent que renforcer ce lien indissociable. Le Tribunal des conflits avait eu l'occasion d'affirmer que « l'activité de production d'électricité n'est pas en soi un service public. Elle devient un service public dans le régime juridique d'EDF qui doit produire pour répondre aux besoins des usagers de son réseau de distribution⁵³⁴».

La loi n°2000-108 du 10 février 2000, ayant ouvert le marché français de l'électricité à la concurrence, sans remettre en cause l'appartenance aux entreprises existantes et notamment à EDF, des installations de production existantes, a posé le principe selon lequel, « toute personne » peut, sous réserve d'obtenir l'autorisation prévue par l'article 7 de la loi, exploiter librement toute nouvelle installation de production. L'État est en effet chargé d'une mission (de service public) de développement équilibré de l'approvisionnement en électricité grâce à une programmation pluriannuelle des investissements (PPI) de production fixant des objectifs à réaliser. Il peut, à ce titre, si les capacités autorisées se révèlent insuffisantes, recourir à des appels d'offres dans les conditions précisées par l'article 8 de la loi. Cela signifie que les producteurs, et notamment EDF, « contribuent » à la réalisation des objectifs définis par la PPI selon l'article 2 de la loi. Mais cela veut-il dire que les producteurs, y compris EDF, ne sont plus en charge d'un service public de la production d'électricité⁵³⁵ ?

⁵³³ CE, Avis, 28 sept. 1995, n°357262 et 357263 : les concessions hydrauliques constituent d'ailleurs des délégations de service public. P. SABLIERE, *Droit de l'énergie*, Dalloz 2013, n°131.32.

⁵³⁴ T. Confl. 16 janvier 1995, *préfet de la région Ile de France et CNR c/EDF*, req. n°2946, *Lebon* 489.

⁵³⁵ P. SABLIERE, *Droit de l'énergie*, Dalloz, Paris 2013, n°131.31 et s, pp. 249 et s.

Saisi par le Tribunal administratif de Marseille à propos d'un litige portant sur les dommages causés par le voisinage d'une usine de production thermique à M et Mme Béliгаud, le Conseil d'État a tranché la question dans un avis rendu en assemblée le 29 avril 2010⁵³⁶. L'enjeu consistait à qualifier la centrale d'ouvrage public, qualification fondée sur l'existence d'une mission de service public⁵³⁷. Le Conseil d'État rappelle qu' « il se déduit de l'article 2 de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, aux termes duquel « sont placées sous le régime de la concession les entreprises dont la puissance (...) excède 4500 kilowatts », et de l'article 10 de cette même loi, qui prévoit que des obligations sont imposées aux exploitants de ces centrales, que cette loi a entendu donner à l'ensemble des ouvrages de production d'énergie hydroélectrique concédés (...) le caractère d'ouvrage public ».

Quant au statut des autres ouvrages de production d'électricité, il relève que ni la loi du 10 février 2000 qui a défini le service public de l'électricité, ni la loi du 9 août 2004 qui a transformé EDF en société de droit privé ne l'ont déterminé. Le Conseil d'État invite donc à rechercher si les propriétaires privés d'ouvrages de production d'électricité sont chargés d'une mission de service public et si ces ouvrages sont directement affectés à un service public, en l'occurrence le service public de l'électricité, dont le contenu figure désormais à l'article L.121-1 du code de l'énergie.

Celui-ci dispose que le service public de l'électricité « a pour objet de garantir, dans le respect de l'intérêt général, l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national. Dans le cadre de la politique énergétique, il contribue à l'indépendance et à la sécurité d'approvisionnement⁵³⁸ ». Le terme de sécurité doit être compris ici dans le sens de continuité, « la distribution d'électricité étant, pour l'écrire à la manière de Léon Duguit, trop essentielle pour pouvoir être interrompue. Il était dès lors inéluctable que certains ouvrages de production d'électricité soient considérés comme directement affectés à un service public. Car comment assurer la continuité de l'approvisionnement sans production, spécialement lorsqu'est en cause une énergie dont la particularité est de ne pouvoir être stockée. Sans production suffisante, la

⁵³⁶ CE, Avis. ass. 29 avril 2010, *Béliгаud*, n°323179.

⁵³⁷ Rappelons qu'un ouvrage public est un ouvrage affecté soit à l'usage du public (ce qui n'est pas le cas ici), soit à un service public (J. PETIT, *Jcl Propriétés publiques*. Fasc. 8 Ouvrage public- Notion, 7 mars 2005, n°106)

⁵³⁸ L'énoncé des missions de service public ne respecte pas la segmentation traditionnelle du marché de l'électricité entre activités de production, de transport et de distribution d'électricité. Le terme d'*approvisionnement* a été privilégié à celui de production car il permet de regrouper les activités de production et d'importation d'électricité. Ce premier objectif du service public de l'électricité est de produire (afin de pouvoir fournir) l'essentiel de l'électricité pour satisfaire la consommation nationale et d'abord celle des usagers captifs, sur la base du principe de continuité du service public. Cette mission vise principalement le maintien et le développement des capacités de production. L'objectif est de trouver une répartition satisfaisante entre les énergies primaires (nucléaire, fossiles, renouvelables), entre les techniques de production (réacteur nucléaire, centrale à charbon...) et entre les localisations géographiques des sites de production et des pays d'importation. Le développement équilibré doit permettre d'atteindre les objectifs arrêtés dans le cadre de la PPI.

sécurité d’approvisionnement serait impossible et l’objet du service public de l’électricité ne serait pas assuré⁵³⁹». Ainsi, sur la base de cette définition, le Conseil d’État en conclut que dans les zones interconnectées du territoire, seuls les ouvrages dont la puissance est supérieure à 40 MW⁵⁴⁰ présentent le caractère d’ouvrage public en raison des contraintes qui leur sont imposées pour assurer l’équilibre du système d’approvisionnement en électricité⁵⁴¹.

Le développement équilibré doit aussi garantir l’approvisionnement de zones non interconnectées⁵⁴². Dans ces zones, la limite de capacités d’importation des réseaux transfrontières impose que l’essentiel de la production soit réalisé sur ce territoire⁵⁴³. Le Conseil d’État estime donc que l’ensemble des ouvrages dont la production est entièrement destinée de façon permanente aux réseaux de transport ou de distribution sont nécessaires pour garantir la sécurité d’approvisionnement et qu’ils doivent donc être considérés comme affectés au service public de la sécurité d’approvisionnement et ont le caractère d’ouvrage public.

Compte tenu de ces critères, on peut dès lors s’interroger sur l’éventuelle qualification de service public de la production d’électricité EMR.

⁵³⁹ F. MELLERAY, « Définition de la notion d’ouvrage public et précisions sur le service public de l’électricité », *RFDA* 2010 p.572 et sous note 44 : « On sait en effet que Duguit insistait prioritairement sur le principe de continuité, le mentionnant immédiatement après sa célèbre définition de la notion de service public : « Cette activité est d’une importance telle pour la collectivité qu’elle ne peut pas être interrompue un seul instant. Le devoir des gouvernants est d’employer leur puissance à en assurer l’accomplissement d’une manière absolument continue » (*Traité de droit constitutionnel* t.2, De Boccard, 3^e éd. 1928, p.61) ».

⁵⁴⁰ Pourquoi ce seuil de 40 MW ? Parce ces ouvrages ont l’obligation d’être équipés de mécanismes automatiques permettant de réguler leur puissance active en fonction des variations de la fréquence sur ce réseau, laquelle doit rester comprise entre 49,5 et 50,5 Hertz pour assurer la sécurité et la sûreté du réseau et, par voie de conséquence, la sécurité de l’approvisionnement. Ils doivent également pouvoir, en cas de déconnexion fortuite du réseau, s’y raccorder « sans délai » à la demande de RTE, tandis que les ouvrages de production d’électricité accordés au réseau dont la puissance est inférieure à 40 MW ont seulement l’obligation de pouvoir le faire « rapidement ».

⁵⁴¹ F. MIRABEL, *La déréglementation du marché de l’électricité et du gaz*, Presses des Mines, 2012, pp. 39 et s. : « La continuité du service implique qu’il n’y ait pas de rupture dans la fourniture du service. Dans le secteur électrique, cette notion renvoie plus particulièrement à la sécurité d’approvisionnement pour les usagers, ce qui signifie, de manière plus précise, le respect de 3 obligations : l’alimentation permanente des réseaux (équilibre à court terme de l’offre et de la demande par le biais du « dispatching »), la sécurité d’approvisionnement à long terme (équilibre à long terme de l’offre et de la demande par le biais d’investissements en capacité de production suffisants), et l’exigence de qualité notamment pour les professionnels (absence de microcoupures par ex). On peut associer à cette notion juridique de continuité la notion de « non-rivalité » : assurer la continuité du service revient à mettre en place des capacités suffisantes pour assurer la non-rivalité (la consommation du bien n’affecte pas la capacité de consommation des autres individus) entre usagers pour la consommation du bien ».

⁵⁴² La notion de « zones non interconnectées au réseau métropolitain continental » a été introduite par la loi n°2000-108 du 10 février 2000. Ce sont toutes les parties du territoire français qui ne peuvent, du fait de leur éloignement, être raccordées au réseau de transport, celui-ci couvrant l’ensemble de la métropole et étant interconnecté avec les autres réseaux européens⁵⁴². Sont concernés la Corse (reliée électriquement à l’Italie et non aux côtes françaises), les départements d’Outre-mer (Guadeloupe, Réunion et Mayotte), les collectivités territoriales de la République, c’est-à-dire la Martinique et la Guyane⁵⁴², Saint-Barthélemy et Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon⁵⁴², ainsi que les trois îles bretonnes Molène, Ouessant et Sein.

⁵⁴³ C. ISIDORO, *L’ouverture du marché de l’électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre* (Allemagne, France, Italie, Royaume Uni), L.G.D.J. Paris 2006, p. 389 et s.

2- L'application des critères à la production d'électricité EMR

Il faut distinguer, à l'instar du Conseil d'État, les zones interconnectées au réseau (a) des zones non interconnectées (b).

a) Dans les zones interconnectées

Selon certains auteurs⁵⁴⁴, « en admettant que ce seuil de 40 MW soit pertinent, parmi les installations d'une puissance supérieure ou égale à ce seuil, celles qui produisent de l'électricité fatale⁵⁴⁵ et dont la puissance active ne peut être régulée, telles les fermes éoliennes (...) ne participent pas à l'équilibrage de la fréquence du réseau et ne devraient donc pas, si on suit le raisonnement du Conseil d'État, être regardées comme des ouvrages publics. ». Cependant, Y. GAUDEMET souligne dans son commentaire sur l'avis Béliгаud que l'emploi de l'adverbe « notamment » permet de penser que la catégorie d'ouvrage public pourrait être ouverte à d'autres ouvrages de production d'électricité ne répondant pas aux critères vérifiés par l'avis, pour la simple raison qu'ils sont « le support nécessaire d'une activité qualifiée et organisée comme d'intérêt général par la puissance publique⁵⁴⁶ ». D'ailleurs, outre la référence faite à la sécurité d'approvisionnement, l'article L.121-1 du code de l'énergie poursuit ainsi : « Dans le cadre de la politique énergétique, (le service public de l'électricité) contribue (...) à la qualité de l'air et à la lutte contre l'effet de serre, à la gestion optimale et au développement des ressources nationales, à la maîtrise de la demande d'énergie, à la compétitivité de l'activité économique et à la maîtrise des choix technologiques d'avenir, comme à l'utilisation rationnelle de l'énergie ». La production d'énergie de source éolienne ou marine semble contribuer à ces objectifs⁵⁴⁷. En outre, le Conseil d'État précise bien dans son avis Béliгаud que c'est « *en l'état actuel des techniques* et eu égard aux caractéristiques d'ensemble du système électrique » que le critère quantitatif de 40 MW est appliqué⁵⁴⁸, les techniques pouvant évoluer. La production

⁵⁴⁴ S. NICINSKI, P-A. JEANNENEY, E. GLASER, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA* 2010 p.1916 : « Or si le gestionnaire du réseau de transport, chargé d'assurer l'équilibre du réseau et donc la sécurité d'approvisionnement, exécute lui-même une mission de service public, en revanche, les contrats qu'il conclut avec les producteurs pour les besoins du service public afin de disposer des réserves de capacité et de l'énergie nécessaires pour assurer cet équilibre ne font pas participer ces producteurs à l'exécution même du service public. ».

⁵⁴⁵ L'électricité fatale est celle produite par les sources d'énergies intermittentes, telles l'énergie éolienne ou solaire, et qui est inutilisable faute de demande et de stockage, <http://www.connaissancedesEnergies.org/qu-est-ce-que-l-Energie-fatale-121219>.

⁵⁴⁶ Y. GAUDEMET *op.cit.*

⁵⁴⁷ Le rapport A/67/120 de l'AG de l'ONU sur les travaux du Processus consultatif sur les océans et le droit de la mer (lors de sa 13^e réunion tenue du 29 mai au 1^{er} juin 2012) confirme sur le plan international l'importance du développement des énergies marines renouvelables afin de renforcer la sécurité énergétique, créer des emplois et réduire les effets du changement climatique.

⁵⁴⁸ S.J. LIEBER et D. BOTTEGHI, « Une question sous tension, la nature des ouvrages appartenant à EDF », *AJDA* 2010 p.1642.

d'électricité n'est pas en soi un service public mais le devient quand il s'agit de répondre aux besoins des usagers du réseau de distribution⁵⁴⁹.

Ainsi, la diversité des caractéristiques des différentes sources d'énergie marine invite à nuancer l'analyse. On peut plus aisément envisager la production d'électricité d'un parc d'hydroliennes, dont le caractère prédictible correspond davantage aux critères de continuité dans l'approvisionnement en électricité, comme un service public que la production intermittente d'une ferme éolienne en mer.

b) Dans les zones non interconnectées (ZNI)

Les ZNI au réseau électrique continental se caractérisent sur le plan énergétique par une forte spécificité, à savoir une croissance très forte de la consommation (3,8% contre 1% en métropole), une production locale encore largement tributaire du charbon et du pétrole⁵⁵⁰, la fragilité technique des réseaux, entraînant des coûts particuliers⁵⁵¹. Les énergies renouvelables ne représentent pour l'heure qu'un quart de la production.

Du fait de leurs contraintes géographiques, les Outre-Mer ne peuvent compter que sur leurs propres moyens de production pour assurer la sécurité de leur approvisionnement électrique. Ainsi, les coûts de production exposés par EDF SEI (Systèmes Énergétiques Insulaires) sont trois à quatre fois supérieurs à ceux d'EDF, huit fois pour Mayotte et sont compensés dans le cadre de la CSPE (Contribution au Service Public de l'Électricité)⁵⁵².

⁵⁴⁹ T. Confl. 16 Janvier 1995, *Préfet Ile de France, préfet de paris, Cie nationale du Rhône c/ EDF*, concl. P. Martin.

⁵⁵⁰ La Réunion et la Guadeloupe dépendent moins fortement du pétrole (respectivement 53% et 71%) car elles produisent une part de leur électricité à base de charbon (Ass. Nat. Rapport d'information sur l'adaptation du droit de l'énergie aux Outre mer du 17 septembre 2014, n°2225).

⁵⁵¹ P. SABLIERE, *Droit de l'énergie*, Dalloz, Paris 2013, n°870. 41, p. 2673. Le prix de revient de l'électricité est très supérieur aux prix de vente garantis par la péréquation tarifaire avec les tarifs métropolitains (Coût du MWh produit par les centrales thermiques à charbon (production à la base): entre 150 € et 200 €/MWh, centrales thermiques au fioul (production à la base) : entre 200 et 250 €/MWh, voire 300 € à Mayotte, turbines à combustion (production en pointe) : 400 à 600 €/MWh. Par comparaison, la part « production » du tarif réglementé de vente d'électricité est d'environ 60 €/MWh. Ce prix reflète le coût moyen d'approvisionnement d'EDF en France Continentale, constitué à 75% d'électricité nucléaire et à 14% d'hydroélectricité. (Ass. Nat. Rapport d'information sur l'adaptation du droit de l'énergie aux Outre-mer du 17 septembre 2014, n°2225).

D'après un rapport du sénat sur les ZEE ultramarines (2014, p.35), les consommateurs des DOM, ainsi que de Saint Pierre et Miquelon représentent aujourd'hui 87% des 2,45 millions de français bénéficiaires de la péréquation dont le coût global est d'environ 800 millions d'euros par an⁵⁵¹. La Guadeloupe et la Martinique pourraient être reliées à des îles caribéennes voisines dans le cadre d'un projet géothermique avec la Dominique. En revanche Mayotte et la Réunion sont des îles très éloignées de leurs voisines, Madagascar, Maurice et les Comores, ce qui rend inenvisageables des projets d'interconnexion sous-marines.

⁵⁵² « Le développement des énergies renouvelables comporte des contraintes spécifiques, le seuil maximal de puissance d'énergies intermittentes pouvant être appelées simultanément ne pouvant dépasser 30 % afin de garantir la sécurité d'alimentation. Ce développement passe donc, outre l'éolien et le solaire, par un recours accru aux énergies « contrôlables » telles que l'hydraulique, la biomasse et la géothermie » (P. SABLIERE, *Droit de l'énergie*, Dalloz, Paris 2013, n°870. 42, p. 2674).

Ces particularités techniques induisent des particularités juridiques sur le plan du droit de l'électricité. Ainsi, la loi du 9 août 1944 a consacré dans les ZNI, par dérogation au modèle normalement applicable, une absence de séparation des fonctions de gestionnaire de réseau de distribution et des fonctions de producteurs/distributeurs. L'avis du Conseil d'État du 29 avril 2010 a précisé que sont affectés à un service public les ouvrages de production d'électricité « dont la production est entièrement destinée de façon permanente aux réseaux publics », ce qui semble écarter les ouvrages, qu'elle qu'en soit la puissance, faisant appel à l'énergie éolienne ou solaire au seul profit des ouvrages thermiques et hydrauliques⁵⁵³.

L'existence d'un seuil maximal de production d'électricité intermittente en ZNI de 30%⁵⁵⁴ devrait favoriser, selon le rapport du Sénat sur les ZEE ultramarines⁵⁵⁵, le développement des centrales ETM (Énergie thermique des mers), à caractère plus prédictible que l'énergie éolienne, hydrolienne ou même houlomotrice. Des projets de mise en valeur de l'énergie des vagues sont toutefois en cours à la Réunion (projet Houles australes et *Seawatt*)⁵⁵⁶.

D'autres critères interviennent dans la qualification de service public, et notamment le contrôle de l'administration.

Le juge aura probablement l'occasion de rechercher dans l'activité des producteurs privés d'électricité EMR la présence d'une activité de service public. Si tant est qu'une telle qualification existe, il faut cerner le type de technique de gestion susceptible d'être utilisée pour exercer celle-ci.

⁵⁵³ P. SABLIERE, *Droit de l'énergie*, Dalloz, Paris 2013, n°131.32, p. 250.

⁵⁵⁴ Rapport de la CRE sur la CSPE, 2014, p.97 : « Les énergies renouvelables fatales à caractère aléatoire (telles les fermes éoliennes et les installations photovoltaïques), lorsqu'elles représentent une part significative de la production instantanée dans un système électrique, peuvent conduire à des variations rapides de la puissance totale injectée sur le réseau électrique. Ceci est d'autant plus vrai que l'étendue géographique de la zone synchrone à laquelle ces installations de production appartiennent est réduite, limitant alors le foisonnement entre les différents utilisateurs. Ces variations de puissance, lorsqu'elles sont rapides et de grande amplitude, peuvent mettre en danger la stabilité du système, qui pourrait à cet instant précis ne pas disposer de suffisamment de réserves rapides pour les compenser. Pour prendre en compte cette difficulté, l'arrêté du 23 avril 2008, modifié par l'arrêté du 24 novembre 2010, prévoit que les installations de production dont la puissance P_{max} est supérieure ou égale à 3 kVA et mettant en œuvre des énergies fatales à caractère aléatoire dans les zones non interconnectées au réseau métropolitain continental peuvent être déconnectées du réseau dès que la puissance produite par ces installations excède 30 % de la puissance totale transitant sur le même réseau. Les gestionnaires de réseau déconnectent les installations de production d'électricité selon la règle « dernier arrivé en file d'attente, premier déconnecté ». Ce seuil est déjà dépassé à La Réunion, en Corse, en Guadeloupe et à Mayotte et sera prochainement franchi dans les autres zones. Par conséquent, la poursuite du développement des énergies renouvelables fatales à caractère aléatoire dans les ZNI - éolien et photovoltaïque - est très limitée et nécessite de recourir à des installations intégrant une solution de stockage de l'électricité afin d'éviter de trop nombreuses déconnexions ».

⁵⁵⁵ SENAT, Rapport sur les ZEE ultramarines, 2014, p.36 : la Martinique développe en partenariat avec DCNS un projet ETM de 10 MW, ainsi que la Polynésie française avec Pacific OTEC.

⁵⁵⁶ *Ibid* p.38.

§ 2- Les modes d'exécution possibles de l'activité de service public du producteur d'électricité EMR

L'exploitation d'un service public par une personne privée peut se traduire par l'existence d'une mission de service public (A), d'une délégation de service public, incluse désormais dans la catégorie plus large des concessions (B) ou d'obligations de service public (C).

A- La mission de service public de l'exploitant EMR

Afin de détecter la présence d'une mission de service public, il faut se référer à des critères jurisprudentiels et à la technique dite du « faisceau d'indices ». Il n'est plus indispensable, depuis l'arrêt *APREI*⁵⁵⁷ que la personne privée ait été investie de prérogatives de puissance publique pour admettre qu'elle s'est vu confier une mission de service public. Lorsqu'elle est exercée par une personne privée, elle s'effectue sous le contrôle de la personne publique⁵⁵⁸. Selon cet arrêt, « indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître, ou à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui s'est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ».

Par ailleurs, « même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission ».

L'indice du contrôle de l'activité de l'exploitant dans le cadre de la production d'électricité EMR peut sans doute être détecté dans le caractère administratif du contrat d'achat d'électricité conclu entre les producteurs d'électricité EMR et EDF ou les autres distributeurs non nationalisés. L'article L.311-13-4 du code de l'énergie⁵⁵⁹ précise en effet que le contrat d'achat d'électricité est un contrat administratif, y compris lorsqu'il est conclu suite à un appel d'offres. Bien que la notion de service public ait un « rôle non exclusif et limité » dans la définition du

⁵⁵⁷ CE sect. 22 février 2007 *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)* Rec. CE 2007 p.92 concl. C. VEROT ; *AJDA* 2007 p.793 Chron. LENICA et BOUCHER.

⁵⁵⁸ CE 31 juillet 1990, *Ville de Melun*, Rec. CE 1990, p.220.

⁵⁵⁹ Créé par l'article 106 de la loi n°2015-992 du 17 août 2015 (JORF n°0189 du 18 août 2015 page 14263) relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

contrat administratif⁵⁶⁰, l'existence de celui-ci en revanche induit généralement un pouvoir de contrôle de l'exécution du contrat⁵⁶¹. Le régime de droit administratif du contrat d'achat d'électricité se traduit notamment par la reconnaissance au profit de l'administration des pouvoirs de contrôle, de direction, de sanction, de modification unilatérale du contrat d'achat au titre de l'exigence de fonctionnement continu du service public, du pouvoir de résiliation autorisant l'administration à se dégager unilatéralement du contrat s'il ne présente plus aucun intérêt pour la satisfaction de l'intérêt général ou du risque de compromettre la continuité d'un service public⁵⁶². Et inversement, la présence d'une clause exorbitante conférant à l'administration « des pouvoirs de contrôle, de direction et de surveillance sur l'activité de son contractant, ou bien imposant à ce dernier des obligations d'intérêt général au profit du public⁵⁶³ » est aussi un critère d'identification du contrat administratif⁵⁶⁴.

Les cahiers des charges des appels d'offres éolien offshore comportent une clause prévoyant les modalités de contrôle par l'acheteur de la production de l'exploitant au cours de l'exploitation. Cette clause stipule en effet que « le suivi des paramètres d'exploitation sera basé sur les déclarations de l'exploitant de l'installation et sur les mesures de production effectuées par le gestionnaire du réseau public qui les communiquera à l'acheteur mentionné à l'article L.311-12 du code de l'énergie⁵⁶⁵».

Parmi les autres indices d'une mission de service public, la présence d'une clause d'imprévision dans les cahiers des charges des appels d'offres éolien offshore mérite aussi d'être signalée. Les cahiers des charges établis dans le cadre des appels d'offre éolien offshore comportent une clause d'imprévision⁵⁶⁶. Cette clause stipule qu'« au cas où un événement autre que ceux visés au § 6.2 (qui concerne la levée des risques préalable), imprévisible à la date de l'offre et extérieur au candidat retenu et à ses partenaires, rendait impossible la réalisation du projet

⁵⁶⁰ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 8^e éd. LGDJ 2012, n°154, p.106.

⁵⁶¹ *Ibid.* n°464 et s, pp. 283 et s.

⁵⁶² B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Traité de droit des énergies renouvelables*, 2^e édition, Éditions du Moniteur, Paris, 2008-2012, p.621.

⁵⁶³ Cass. 1^{ère} civ. 7 mars 1984, *Bull.* n°91, p.74 ; CE 19 novembre 2010, *ONF, Rec.* 449, *Dr. Adm.* 2011, com.19, obs. F. BRENET.

⁵⁶⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd. LGDJ 2014, n°147 et s. pp.83 et s.

⁵⁶⁵ Cahier des charges de l'appel d'offres portant sur des installations éoliennes de production d'électricité en mer en France métropolitaine, mars 2013, point.6.3

⁵⁶⁶ Cahier des charges de l'appel d'offres éolien en mer du 18 février 2013, point 6.9, p.46. (Contrairement aux cahiers des charges des appels d'offres éolien terrestre ou photovoltaïque. Le cahier des charges de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'énergie solaire d'une puissance supérieure à 250 kWh du 18 mars 2013, art. 2.3 ne prévoit qu'une clause selon laquelle « les écarts résultant des évolutions technologiques dans le domaine solaire sont tolérés, après accord de la ministre, sous réserve que les qualités et performances des installations n'en soient pas diminuées, que les changements ne conduisent pas à une diminution de la notation de l'offre et que la puissance de l'installation modifiée soit inférieure ou égale à la puissance formulée dans l'offre et soit supérieure à 95% de celle-ci »).

dans les conditions de l'offre, le candidat retenu et la CRE se rapprocheront pour élaborer les mesures strictement nécessaires permettant de poursuivre la réalisation du projet, jusqu'au terme du contrat d'achat de l'électricité, conclu ou à conclure en application du présent cahier des charges. Ces mesures sont proposées au ministre compétent qui peut décider de les retenir, de les amender ou de les rejeter ».

Constituant « l'un des plus beaux symboles de la spécificité du contrat administratif⁵⁶⁷ », la théorie de l'imprévision a été introduite en droit administratif français par le célèbre arrêt du Conseil d'État du 24 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*. Selon Maurice HAURIOU, « le résultat de la théorie de l'imprévision est d'introduire dans un contrat commutatif un principe de justice distributive. En effet, le risque imprévisible est distingué du risque prévisible et tandis que celui-ci reste soumis aux principes de la justice commutative qui sont « à chacun ses risques », le risque imprévisible est déclaré commun aux deux parties et réparti entre elles⁵⁶⁸ ». La théorie de l'imprévision s'applique à la double condition que le contrat se trouve bouleversé au point d'être rendu déficitaire, par suite de circonstances extérieures aux parties et imprévisibles. Ces circonstances peuvent être de nature économique, financière, sociale, consister en un phénomène naturel, ou enfin être de nature administrative⁵⁶⁹.

La présence d'une clause d'imprévision dans le cahier des charges de l'appel d'offres peut être un indice du caractère public de l'activité. Il est vrai qu'il est communément admis que l'imprévision en droit administratif est moins justifiée par la volonté de maintenir l'équilibre du contrat que d'assurer la continuité du service public⁵⁷⁰. Or faute pour les contrats de droit privé de remplir une telle mission d'intérêt général, il n'y aurait aucune bonne raison de transposer cette solution en droit civil. Mais « s'il est vrai que les contrats de droit privé ne concourent pas à la réalisation d'une mission de service public, certains contrats de longue durée⁵⁷¹ participent en raison de leur objet (notamment les contrats d'approvisionnement en matière première ou en énergie), sinon à une mission d'intérêt général, du moins à une mission qui rayonne au-delà de la stricte sphère contractuelle⁵⁷² ».

⁵⁶⁷ P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Dalloz 2011, p.252.

⁵⁶⁸ M. HAURIOU, « L'imprévision et les contrats dominés par les institutions sociales », *Revista de Derecho Privado*, 15 janvier 1926, réédité in M. HAURIOU, *Aux sources du droit ; le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la Nouvelle journée, 1933, cité par L. RICHER, *La concession en débat*, LGDJ, Lextenso Éditions, 2014, p.97.

⁵⁶⁹ P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA *op.cit.* p.252 : Si l'évènement est le fait de l'administration contractante, c'est la théorie du fait du prince qui s'applique.

⁵⁷⁰ CE 28 novembre 1952, *Société coopérative des ouvriers et techniciens du bâtiment*, R, 542 ; L. RICHER, *Droits des contrats administratifs*, 8^e édition, LGDJ Paris 2012, n°491, p.296.

⁵⁷¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e éd. Montchrestien, 2001, p.1212 : « contrats à longue période d'exécution ».

⁵⁷² F. CHENEDE, « Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle », *AJDA* 2009, p.923.

Il est intéressant de noter que cette clause d'imprévision figurant dans le cahier des charges des appels d'offres concerne tout autant les événements imprévisibles pouvant survenir pendant la procédure d'appel d'offres, que pendant la vie du contrat d'achat d'électricité, témoignant ainsi non seulement du caractère administratif du contrat, mais aussi de l'existence possible d'une mission de service public. En effet, la théorie de l'imprévision concerne en général les contrats conclus pour les besoins d'un service public, tels les marchés publics, ou qui confient l'exécution même d'un service public⁵⁷³.

En dehors d'une mission de service public, l'exploitant EMR pourrait chercher à placer sa relation avec la personne publique sous le régime de la délégation de service public, incluse dans le régime global des concessions. Sans doute pourrait-il par ce biais, en cas de résiliation anticipée du contrat ainsi qualifié, obtenir une indemnisation plus conséquente de son préjudice. Les concessions d'utilisation du domaine public maritime qui leur sont octroyées prévoient des clauses d'indemnisation, en cas de résiliation pour motif d'intérêt général, certes nettement étoffées depuis la première convention accordée à la société Enertrag, lauréate du premier appel d'offres en 2004⁵⁷⁴, mais elles ne prévoient pas, comme les contrats de concession, d'indemnisation totale du manque à gagner⁵⁷⁵.

B- L'identification d'une délégation de service public dans la production d'électricité EMR

Après avoir rappelé les critères d'existence d'une délégation de service public (1), l'accent sera porté sur l'analyse du risque d'exploitation (2).

1- Les critères d'existence d'une délégation de service public

Nous conserverons l'emploi du terme de « délégation de service public » bien que cette notion ait été englobée dans celle plus large de concession dans l'ordonnance du 29 janvier 2016. La catégorie des délégations de service public a été maintenue au sein du Code général des collectivités territoriales, en dépit de l'abrogation de la partie de la loi du 29 janvier 1993 relative à ces contrats⁵⁷⁶. Le régime juridique de la délégation de service public (DSP) est défini aux articles L.1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales. Ainsi, « Une

⁵⁷³ L. RICHER, *Droits des contrats administratifs*, 8^e édition, LGDJ Paris 2012, n°491, p.296.

⁵⁷⁴ Voir notamment l'article 5.1 de la convention de concession d'utilisation du DPM accordée pour l'implantation du parc éolien au large de Courseulles-sur-Mer http://www.calvados.gouv.fr/IMG/pdf/convention_signee.pdf

⁵⁷⁵ L'avis du Conseil d'Etat du 19 avril 2005 n°371.234 a précisé en effet que le délégataire a droit, dès lors que le préjudice est établi avec certitude, à une indemnisation totale de son manque à gagner en cas de résiliation pour motif d'intérêt général, (CE 14 juin 2000 *Commune de Staffefelden* Rec. p.227) ; S. NICINSKI, *Droit public des affaires* 6^e éd. LGDJ 2018 n°1245 p.711.

⁵⁷⁶ M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs* LexisNexis 2^e éd. 2017 n°325 p175.

délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. La part de risque transférée au délégataire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le délégataire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le délégataire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation du service »⁵⁷⁷.

Envisager l'application d'une éventuelle délégation de service public au marché de l'électricité EMR ne semble pas purement hypothétique. Il faut préciser qu'avant la mise en place des procédures d'appel d'offres, il avait été envisagé, au sein du Secrétariat Général de la Mer, de recourir à la loi SAPIN du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques⁵⁷⁸ dans le domaine de l'éolien offshore, celle-ci instituant « une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'État »⁵⁷⁹. Il était ainsi question, selon L. BORDEREAUX⁵⁸⁰, « d'organiser la concession de quelques parcs éoliens en mer sous le régime de la délégation de service public On se trouv(ait) alors en présence non pas de simples contrats d'occupation du domaine public (...) mais de véritables contrats de service public emportant occupation du domaine public maritime à l'instar de certains sous-traités d'exploitation de plage ou des concessions d'outillage public portuaire⁵⁸¹. Il ajoute qu' « une telle conception suppos(ait) donc que l'on considère que l'activité éolienne offshore (fut) constitutive d'un service public déléguable par l'État, et réponde ainsi à la définition posée par l'article 3 de la loi MURCEF du 11 décembre 2001 : « Une délégation de

⁵⁷⁷ Cette définition reprend, mais en la spécifiant pour les DSP, démontrant ainsi la persistance de cette catégorie en droit français, celle de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (JOUE L 94/1 du 28 mars 2014) : « l'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services donne lieu au transfert au concessionnaire d'un risque lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation, lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou des coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des travaux ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire comporte une exposition réelle aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne serait pas seulement nominale ou négligeable ».

⁵⁷⁸ Loi n° 93-122, JO du 30 janv. 1993

⁵⁷⁹ Art. 38 §1 (art. L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales, modifié par l'ordonnance du 29 janvier 2016 précitée). V. le Décret. n° 93-471 du 24 mars 1993, art. 1er (art. R. 1411-1 du CGCT).

⁵⁸⁰ L. BORDEREAUX, « L'énergie éolienne à l'épreuve du droit du littoral », *DMF* 2002 n°630 p 867.

⁵⁸¹ Voir C. LAVIALLE, « Délégation de service public et domanialité publique », *Dr. adm.*, févr. 1998, chr. p. 4.

service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service⁵⁸² ».

Parmi les critères d'existence d'une DSP⁵⁸³ figure l'existence d'un contrat⁵⁸⁴ conclu entre un délégant et un délégataire⁵⁸⁵. L'éventuelle existence d'un contrat entre l'État et l'exploitant EMR, dans le cadre d'une requalification de la concession d'occupation du DPM en DSP, a déjà été évoquée⁵⁸⁶. Le Conseil d'Etat dans son arrêt de section *Commune d'Aix en Provence*⁵⁸⁷ a néanmoins admis la possibilité d'un contrat tacite entre la personne publique et l'exploitant privé, dans la mesure où c'est la personne publique qui a pris l'initiative de l'activité. Le Conseil d'Etat a ainsi consacré la distinction entre la qualification d'une activité comme étant un service public et l'identification d'une DSP, le critère déterminant étant alors celui de l'initiative de l'activité : « lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public ; que son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements ».

Une personne privée exerçant une activité dont elle a pris elle-même l'initiative ne peut se voir reconnaître comme délégataire d'un service public. Or, comme nous l'avons démontré un peu

⁵⁸² P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Tome 2, Les contrats administratifs, Dalloz 2011, p.276 : Il ne faut toutefois pas que cette requalification soit uniquement motivée par le souci d'appliquer les règles de passation à la convention domaniale. En effet, « l'on devine, à la lecture de certaines décisions, que la notion de délégation de service public est élargie, parfois plus que de raison, pour encadrer la passation du contrat. Le risque est alors que le souci d'appliquer un régime déterminé fasse perdre sa cohérence à la notion ». Cela risque moins peut être d'être le cas dans la mesure où les conventions d'occupation du domaine public maritime sont déjà soumises à publicité préalable, certes, mais pas à obligation de mise en concurrence.

⁵⁸³ J.F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, Lexisnexis, Paris 2012, n°676 et s, p.360 et s.

⁵⁸⁴ *Ibid.* n°668 et s, pp. 357 et 358. Le Conseil d'Etat est venu préciser les deux seuls cas possibles d'une délégation unilatérale de SP : si un texte la prévoit ou si l'opérateur n'intervient pas sur un marché concurrentiel. Dans les autres cas, le recours à la délégation contractuelle est obligatoire (CE section 6 avril 2017 *Commune d'Aix en Provence* req. 284736).

⁵⁸⁵ Qui peut être une personne privée ou publique. Voir F. BRENET, « La délégation unilatérale de service public », *AJDA* 2013, p.1435.

⁵⁸⁶ CE, 11 décembre 2000, *Agofroy*, req. 202971, Rec.607, *RFDA* 2001, 1277, concl. Austruy.

⁵⁸⁷ CE sect. 6 avril 2007 *Cne d'Aix en Provence* *AJDA* 2007 p.1020 Chron. Lenica et Boucher.

plus haut, c'est l'Etat qui prend l'initiative de créer le marché de l'électricité EMR en organisant des appels d'offres. Si un développeur EMR peut exercer une activité de production d'électricité dont il serait l'initiateur, force est de constater que dans les faits, cela ne se produit pas, en raison de la spécificité de ce marché, et qu'il ne se manifesterait que pour répondre à un appel d'offres lancé à l'initiative de l'Etat⁵⁸⁸.

Les autres critères sont relatifs à l'existence d'une mission de service public à déléguer, au mode de rémunération de la DSP, qui doit être substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, ce qui distingue la DSP du marché public. La variation des résultats conduit à faire supporter au cocontractant un risque d'exploitation. Ce critère est également celui retenu par la Commission européenne⁵⁸⁹, et la CJUE⁵⁹⁰. Le critère déterminant est donc le transfert du risque économique, l'existence de la rémunération par le droit d'exploiter n'étant que le signe de ce transfert⁵⁹¹. La rémunération par les tiers ne suffit pas en effet à attester du transfert du risque économique⁵⁹². Le critère du risque d'exploitation était déjà davantage retenu par la jurisprudence que le critère de risque de rémunération⁵⁹³.

Le considérant 18 de la directive de 2014 indique qu'il est possible « qu'une partie du risque continue d'être supportée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice » et le considérant 19 qu'il n'est pas nécessaire que le risque soit important : « le fait que le risque soit limité dès l'origine ne devrait pas exclure l'attribution du statut de concession ».

Cette approche économique de la structure du contrat révèle la convergence du droit interne des DSP et du droit de l'Union européenne des concessions.

2- La recherche de l'existence d'une DSP dans la production d'électricité EMR à travers le risque d'exploitation

La CRE a précisé dans son avis sur le projet de décret instituant le dialogue concurrentiel, dans un premier temps spécifiquement pour l'éolien en mer, que cette procédure était réservée aux

⁵⁸⁸ Cf *supra*. Rappelons que le code de l'énergie prévoit en effet que l'autorisation ministérielle de produire de l'électricité peut être délivrée à la suite d'une demande spontanée, ou si celle-ci n'existe pas ou est insuffisante, à l'issue d'une procédure d'appel d'offres (article L 311-1).

⁵⁸⁹ *Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire* : JOCE n°C-121, 29 avril 2000, p.2.

⁵⁹⁰ CJCE, 13 octobre 2005 *Parking Brixen GmbH* C-458/03; *AJDA* 2005, p.1983.- CJCE, 18 juillet 2007 *Commission c/Italie* C-382/05.

⁵⁹¹ L. RICHER, *La concession en débat*, LGDJ, Lextenso Éditions, 2014, p.83.

⁵⁹² CJCE 18 janvier 2007, *Auroux*, C-220/05, *Rec.2007*, p.I-385.

⁵⁹³ D. SOLDINI, « La délégation de service public, sa fonction, ses critères », *RFDA* 2010, p.1114 ; CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, req. n°291794, *AJDA* 2008, p.2143. ; O. DIDRICHE, « Délégation de service public et contentieux, les enseignements récents de la jurisprudence administrative », *AJCT* 2011, p.490.

filières pour lesquelles le niveau de risque et les enjeux financiers associés le justifient »⁵⁹⁴. Les risques sont en effet loin d'être négligeables pour le développeur EMR.

L'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession dispose que « les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix ».

Concernant cette notion de risque, l'article poursuit en indiquant que « la part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service ». L'ordonnance reprend les termes de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

Dans le cadre du marché des EMR, la recherche du caractère concessif du marché peut s'effectuer autant au niveau de l'activité de production d'électricité elle-même, donc potentiellement de l'exécution du service public, que de la phase en amont de construction des ouvrages permettant cette exploitation. La recherche de l'existence d'un risque d'exploitation dans ce marché spécifique concernera à la fois le *risque de charges* ou *risque de dépenses* comme *le risque de recettes*⁵⁹⁵.

Les recettes du producteur d'électricité EMR sont certes garanties par EDF dans le cadre du contrat d'achat d'électricité. La CJUE a eu l'occasion de préciser qu'il n'y avait pas transfert du risque d'exploitation à l'opérateur économique lorsque « les revenus de l'exploitation sont contractuellement garantis par un mécanisme assurant au partenaire privé le remboursement de son investissement initial⁵⁹⁶ ». Le développeur EMR ne voit pas son investissement initial remboursé, mais il est vrai qu'il bénéficie d'une sécurité quant aux revenus de son activité matérialisée par le contrat d'achat de sa production électrique sur la base du prix retenu lors de la procédure d'appel d'offres.

⁵⁹⁴ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 26 mai 2016 portant avis sur le projet de décret relatif à la procédure de dialogue concurrentiel pour les installations de production d'électricité.

⁵⁹⁵ T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 2013, n°161 et s, pp.104 et s.

⁵⁹⁶ CJUE 13 novembre 2008, *Commission c/Italie* Aff. C-437/07 n°32-34

La Cour définit le risque d'exploitation notamment comme « l'exposition aux aléas du marché⁵⁹⁷ », critère repris par la directive 2014/23, ainsi que l'ordonnance du 29 janvier 2016. Le marché de l'électricité EMR est certes artificiellement créé par l'État et ne subit pas les aléas du marché de l'électricité⁵⁹⁸. L'objectif étant cependant à terme d'intégrer le marché de l'électricité, ce système de tarif garanti est provisoire. Le nouveau règlement européen relatif aux aides d'État compatibles du 17 juin 2014⁵⁹⁹ dans son article 42.5 impose désormais le versement des nouvelles aides à la production d'énergie renouvelable sous forme, non plus de tarif intégralement garanti, mais de prime s'ajoutant au prix du marché auquel les producteurs vendent leur électricité, commençant ainsi à exposer les exploitants de parcs EMR aux aléas du marché et au risque économique de recettes. L'aide d'État accordée au futur lauréat du projet de parc éolien offshore au large de Dunkerque qui a été validée le 10 décembre 2018 par la Commission européenne prendra la forme d'un complément de rémunération⁶⁰⁰, qui expose l'exploitant EMR aux aléas du marché de l'électricité.

Le considérant 20 de la directive concession indique que « le risque d'exposition aux aléas du marché, qui peut être soit un risque lié à la demande, soit un risque lié à l'offre, soit un risque lié à la demande et à l'offre. Le risque lié à la demande désigne le risque portant sur la demande effective pour les travaux ou services qui font l'objet du contrat ». Selon T. PEZ, la directive du 26 février 2014 s'inspire ici directement de la décision d'Eurostat du 11 février 2004 relative au traitement comptable des partenariats public-privé, qui mentionnait déjà le risque lié à la demande. L'office statistique de l'Union européenne définit le « risque liée à la demande » comme le risque « couvrant la variabilité de la demande (plus élevée ou plus faible qu'escomptée lors de la signature du contrat) lorsque celle-ci n'est pas imputable au comportement (gestion) du partenaire du secteur privé ». Il ajoute que « ce risque ne doit couvrir qu'une modification de la demande ne résultant pas d'une qualité inadéquate ou faible des

⁵⁹⁷ CJUE 10 septembre 2009 *WAZV Gotha / Eurawasser* Aff. C-206/08, n° 59.

⁵⁹⁸ Le prix de l'électricité issu des EMR ne résulte pas d'une confrontation libre de l'offre et de la demande, celles-ci n'étant pas spontanées mais soutenues par l'État. Il faut distinguer ici le droit du fait, soit la notion de concurrence de celle de compétition. Même s'il est soumis au droit de la concurrence, le marché des EMR ne donne pas encore lieu à une réelle compétition entre opérateurs.

⁵⁹⁹ Règlement UE N°651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du Traité.

⁶⁰⁰ Dans ce mécanisme où les producteurs d'électricité à partir d'énergie renouvelable commercialisent leur énergie directement sur les marchés, une prime vient compenser l'écart entre les revenus tirés de cette vente et un niveau de rémunération de référence, fixé selon le type d'installations par la puissance publique dans le cadre d'un arrêté tarifaire ou par le producteur dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence. Ce complément de rémunération peut généralement être qualifié de prime variable, ou ex post, dans la mesure où son montant s'ajuste pour compenser la différence entre la rémunération de référence et un revenu marché de référence. Ce dispositif vise à exposer les producteurs aux signaux des prix de marché de court terme, tout en leur garantissant une rémunération raisonnable. Ce dispositif est prévu aux articles L 314-18 à 27 du code de l'énergie (<https://www.cre.fr/Transition-energetique-et-innovation-technologique/Soutien-a-la-production/Dispositifs-de-soutien-aux-EnR>).

services fournis par le partenaire ou d'une initiative modifiant la quantité/qualité des services fournis ».

Dans le cadre de la production d'électricité EMR, notamment de source éolienne en mer, cette variabilité de la demande peut porter sur le caractère intermittent de la ressource. En effet, la garantie d'achat porte sur le volume effectivement produit, mais ne garantit guère une quantité de production. Ce risque fait partie de la catégorie des risques techniques exogènes⁶⁰¹, telle la qualité d'une ressource.

La directive 2014/23 relative aux concessions ajoute une indication dans son dix-neuvième considérant, à savoir que « le fait que le risque soit limité dès l'origine ne devrait pas exclure l'attribution du statut de concession. Tel peut être le cas, par exemple, dans les secteurs disposant de tarifs réglementés ou lorsque le risque d'exploitation est limité par des arrangements contractuels prévoyant une compensation partielle, y compris une compensation en cas de résiliation d'une concession pour des raisons imputables au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, ou pour des raisons de force majeure ». Ainsi les clauses insérées dans les conventions de concession d'utilisation du DPM prévoyant des indemnités pour le développeur EMR en cas de résiliation pour motif d'intérêt général ne sont pas un indice du manque de transfert de risque d'exploitation.

Selon la directive concessions, « le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession ». La législation impose ainsi que le concessionnaire supporte une incertitude sur les charges « un risque affectant les charges ou risque de dépenses, risque qui ne doit pas être intégralement compensé par des soutiens publics »⁶⁰²

Après l'analyse des recettes, les charges ou coûts supportés par l'exploitant EMR ne sont pas négligeables. Ceux-ci peuvent varier, et cette variation n'est pas couverte par le contrat d'achat d'électricité. Autrement dit, son chiffre d'affaires ou ses recettes sont *a priori* garantis, mais pas son résultat d'exploitation. Ce n'est pas parce qu'un contrat est à prix garanti qu'il ne

⁶⁰¹ P. COSSALTER dans sa thèse sur *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne* (LGDJ 2007, n°459, p.297) distingue les *risques exogènes* comme les prix des matières premières et de la main d'œuvre, la variation de la fréquentation, la concurrence, des *risques endogènes* tels les risques de construction comme les dépassements de coûts, les délais.

⁶⁰² T. PEZ, « Le risque, les concessions et les marchés » *RFDA* 2016 p.237 n°58 ; T. Pez, « Le risque d'exploitation et la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation » (à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 7 nov. 2008, Département de la Vendée), *BJCP*, n° 62/2009, p. 7-20, spéc. p. 14 s.

comporte pas de risque⁶⁰³. Si l'électricité, une fois produite, est assurée d'être vendue à un prix garanti, les risques liés en amont de sa production sont conséquents. Si le marché de l'électricité EMR ne subit pas encore totalement les aléas du marché de l'électricité, il subit les aléas relatifs à l'exploitation d'un parc EMR en milieu marin. Parmi les risques d'exploitation peuvent figurer des risques techniques exogènes, comme les variations de coûts de maintenance liés aux aléas maritimes, les risques législatifs dus à un changement dans la réglementation des EMR.

A ce propos, si l'on analyse les clauses des conventions de concession d'utilisation du DPM conclues entre l'Etat et l'exploitant EMR, l'on constate que ce dernier encourt certains risques pouvant affecter son activité. Dans la convention conclue pour le parc éolien offshore au large de Fécamp notamment, l'article 1-3 relatif à la durée de la concession, qui est en l'occurrence de quarante ans, précise que si pendant cette durée d'exécution, la Commission européenne prend une décision définitive déclarant le projet incompatible avec les règles européennes relatives aux aides d'Etat, ou dans le cas où une décision de sa part déclarant le projet compatible est néanmoins annulé par une décision juridictionnelle définitive, ou si une des autorisations nécessaires au développeur EMR pour exercer son activité, telle que l'autorisation ministérielle de produire de l'électricité, ou l'autorisation délivrée au titre de la loi sur l'eau (article L214-3 du code de l'environnement), est annulée par une décision juridictionnelle définitive, les parties se rencontrent dans les meilleurs délais pour tenter de trouver un moyen de poursuivre l'exploitation dans des conditions équivalentes. Mais si aucune solution n'est trouvée dans les six mois suivant l'évènement précité, sauf accord des parties pour résilier la concession avant l'expiration de ce délai, le concédant pourra, à la demande du concessionnaire, procéder à la résiliation de la concession, sans ouvrir droit à une indemnité au titre de la concession. D'autres risques juridiques liés à l'activité de puissance publique du délégant comme la modification des spécifications techniques du service par un acte de puissance publique, ou les variations climatiques peuvent affecter l'activité.

Si l'on considère également les risques liés à la construction, ceux-ci sont accrus en raison des caractéristiques maritimes des projets. Le milieu marin rend les conditions d'accès au marché des EMR complexes en raison des problèmes d'accessibilité aux sites, de corrosion, de sol, de météorologie. La technicité accrue des projets appelle un recours à un grand nombre

⁶⁰³ T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ Paris, 2013 n°58, pp.230 et s : « Les seuls contrats dans lesquels il n'y aurait éventuellement pas de risque sont les contrats à résultat garanti, c'est-à-dire à marge garantie : ceux dans lesquels la différence entre le prix et les charges est garantie de manière à ce qu'elle soit au mieux positive, au pire nulle. Or, en France, ni les marchés ni les concessions ne répondent à cette qualification. Comme le note très justement le professeur Jean TIROLE à propos des concessions françaises, « les contrats sont en général en prix fixe ».

d'intervenants, multipliant ainsi les risques de défaillance contractuelle⁶⁰⁴. Le document de consultation relatif au dialogue concurrentiel pour le site de Dunkerque précise que le risque lié à l'implantation du parc éolien, et notamment les risques pouvant découler d'une atteinte au paysage, repose entièrement sur le porteur du projet⁶⁰⁵.

C- L'obligation de service public imposée aux producteurs EMR

L'obligation de service public envisagée ici est distincte de celle qui constitue un des indices de l'existence du service public, sous l'appellation de sujétion, analysée précédemment dans le cadre de sa relation avec l'ouvrage public. Elle provient du droit de l'Union européenne, qui la désigne comme critère autonome de l'existence d'un service d'intérêt économique général (SIEG)⁶⁰⁶.

La définition des SIEG en droit de l'Union européenne ne correspond pas nécessairement à la définition française de service public⁶⁰⁷. Les éléments d'identification d'un SIEG dégagés par la CJUE sont d'une part, la qualité d'entreprise, soit une entité économique⁶⁰⁸ poursuivant une activité de production ou de service sur le marché, sans égard quant à sa forme ou son statut juridique⁶⁰⁹. Il faut ensuite que l'entreprise ait été investie de la mission de SIEG par un acte de puissance publique⁶¹⁰, de façon unilatérale ou contractuelle. Il doit exister des « liens spécifiques et étroits⁶¹¹ » entre l'entreprise et l'autorité publique⁶¹², plus substantiels que ceux découlant d'une « simple autorisation d'exercer ou d'un contrôle particulier sur cette

⁶⁰⁴ A. LAPIERRE, « Le risque contractuel est majeur dans l'éolien offshore », Green Univers, mercredi 13 juillet 2011, www.greenunivers.com: « Les exploitants auront moins tendance à choisir un modèle de contrat clé en main, type EPC (*Engineering, Procurement and Construction*), dans lequel ils ne prennent quasiment aucun risque, en raison du surcoût-environ 20%-qu'il occasionne ».

⁶⁰⁵ Document de consultation relatif au dialogue concurrentiel n°1/2016 portant sur des installations éoliennes de production d'électricité en mer dans une zone au large de Dunkerque, Décembre 2016 p.5.

⁶⁰⁶ S. ZIANI, *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, 2015, n°109 et s, pp.60 et s.

⁶⁰⁷ L. DUBOUIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6^e éd. Montchrestien. Lextenso Éditions Paris 2012, n°1311 et s, pp.658 et s : le terme de « service public » n'apparaît qu'à l'article 93 TFUE en matière de transports. Le SIEG se distingue aussi du service universel, celui-ci concernant des prestations de base offertes au public dans des conditions financières avantageuses par un SIEG (téléphonie vocale). Le SIEG se rapproche en revanche du SPIC : service public industriel et commercial. La notion de service d'intérêt général (SIG) consacrée par le protocole n°26 du traité de Lisbonne, regroupant le SIEG et le service non économique d'intérêt général (SNEIG), se rapproche davantage de la notion française de service public, bien qu'elles ne puissent être substituées (F.LACHAUMÉ, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, Lexisnexis, Paris 2012, n°29, p.17 et 18).

⁶⁰⁸ CJCE 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft c/Eurocontrol*, Aff.C-364/92 : dans cette affaire, l'activité de police de l'espace aérien, pour laquelle Eurocontrol est investie de prérogatives de puissance publique, est liée à l'exercice de la souveraineté étatique, elle ne peut être de nature économique et donc soumise aux règles de concurrence du Traité.

⁶⁰⁹ CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/Italie*, Aff.118/85, *Rec.* p.2599.

⁶¹⁰ CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, Aff. C-393/92.

⁶¹¹ CJCE, 14 juillet 1971, *Ministère public luxembourgeois contre Madeleine Muller, Veuve J.P. Hein et autres. « Port de Mertert »*, Aff.10-71.

⁶¹² C. BOUTAYEB, *Droit matériel de l'Union européenne. Liberté de mouvement, espace de concurrence et secteur public*. 3^e éd. LGDJ. Lextenso Éditions, Paris 2014, pp.361 et 362.

activité... ». Ces liens étroits peuvent se concrétiser dans un acte unilatéral ou une concession de service public⁶¹³. L'octroi de droits exclusifs à l'exploitant EMR pourrait se justifier, sur le fondement de l'article 106 §2 TFUE, par la qualification de l'activité de production d'électricité EMR de service d'intérêt économique général (SIEG)⁶¹⁴. Les SIEG peuvent déroger au droit de la concurrence si celui-ci entrave leur accomplissement.

Le caractère impérativement particulier de la mission d'intérêt économique général se manifeste à travers les obligations de service public⁶¹⁵. Celles-ci sont définies comme des « obligations spécifiques imposées par les autorités publiques à un fournisseur de service afin de garantir la réalisation d'objectifs d'intérêt public⁶¹⁶ ». Tandis que la création d'un service public en droit français est fondée sur l'existence d'un intérêt public, l'obligation de service public en droit de l'Union européenne repose sur une défaillance de marché et son financement est calculé par rapport aux conditions de marché, afin de respecter l'équilibre de la concurrence⁶¹⁷. L'article 3-2 de la directive 2009/72/CE permet aux États membres d'imposer aux entreprises du secteur de l'électricité, dans l'intérêt économique général, des obligations de service public, qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité (...) la protection de l'environnement, (...) y compris l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables, et la protection du climat ».

Selon la professeure C. BOITEAU, la qualification de la production d'énergie de sources renouvelables de SIEG paraît peu envisageable dans la mesure où ces producteurs ne sont pas soumis à des obligations de service public⁶¹⁸. Ce sont en effet EDF et les distributeurs non nationalisés qui sont soumis à des obligations de service public dans le cadre d'un SIEG, notamment l'obligation d'acheter l'électricité d'origine renouvelable au tarif garanti, financée dans le cadre de la Contribution au service public de l'électricité (CSPE)⁶¹⁹. L'Autorité de la concurrence⁶²⁰ a eu l'occasion de clarifier la nature de la mission de service public confiée à

⁶¹³ L.DUBOUIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 6^e éd. Paris, 2012, n°1312, p.659.

⁶¹⁴ CJCE 27 octobre 1997, *Commission c/France*, Aff. C-159/94 ; CJCE 19 mai 1993, *Corbeau*, Aff. C-320/91.

⁶¹⁵ CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, Aff. C-320/91, *Rec.* p. I-2533 ; CJCE, 19 janvier 1994, *Eurocontrol* Aff. C-364/92.

⁶¹⁶ COM 2003 (270) Final, Livre vert sur les services d'intérêt général, p.7, point 20.

⁶¹⁷ S. ZIANI, précité n°810 et 811 p. 393.

⁶¹⁸ C. BOITEAU, « Soutien aux énergies renouvelables et aide d'État », *AJDA* p.926, à propos de l'arrêt de la CJUE du 19 déc. 2013, *Association Vent de colère ! Fédération nationale et autres* Aff. C-262-12.

⁶¹⁹ Le Conseil d'État a rendu un avis le 22 juillet 2015 (n°388853), (M.C de MONTECLER, « Le Conseil d'État ferme la porte au remboursement de la contribution au service public de l'électricité », *AJDA* 2015 p.1446) selon lequel la CSPE ne fait pas partie intégrante des aides accordées aux producteurs d'électricité d'origine renouvelable sous la forme de l'obligation d'achat à un prix supérieur à sa valeur de marché, qualifiées d'aides d'État par le CE (28 mai 2014, *Association Vent de colère ! Fédération nationale et autres* n°324852) après renvoi préjudiciel à la CJUE.

⁶²⁰ Décision n°13-D-04 du 14 février 2013 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe EDF dans le secteur de l'électricité photovoltaïque.

EDF dans le cadre de son obligation d'achat. En effet, dans une décision du 14 février 2013, et ce afin de confirmer sa compétence pour examiner les pratiques d'EDF au regard du droit de la concurrence, elle reconnaît d'une part le caractère économique de l'activité d'achat pour revente de l'électricité qu'exerce EDF dans le cadre de son obligation d'achat, et dénie toute attribution de prérogative de puissance publique à EDF pour accomplir cette mission. EDF est uniquement chargé de mettre en œuvre le service public de l'obligation d'achat et non de l'organiser, cette tâche incombant au gouvernement, au parlement et à la CRE.

Si le critère de carence de l'initiative privée s'est peu à peu effacé derrière celui de l'intérêt public pour justifier l'intervention de l'État en droit français, il revient en force en droit de l'Union européenne sous les traits de la défaillance de marché pour consacrer le devoir d'intervention de l'État dans la protection de l'intérêt général⁶²¹, via le service d'intérêt économique général. Il existerait ainsi une convergence possible des critères de droit français et européen avec la tendance « à faire de l'obligation de service public une notion centrale d'un régime juridique uniformisé de service d'intérêt général⁶²²».

Les producteurs EMR pourraient aussi être soumis à des obligations de service public, bien définies, se rapportant plus spécifiquement aux exigences de valorisation du milieu marin. Ces obligations de service public pourraient s'inscrire soit dans le cadre du service public de l'électricité, défini par l'article L.121-1 du code de l'énergie, et plus spécifiquement en lien avec l'exigence de « gestion optimale et de développement des ressources nationales », ou de « développement équilibré du territoire (maritime en l'occurrence), dans le respect de l'environnement ». Elles pourraient aussi s'envisager dans le cadre du service public de l'environnement, déjà évoqué par la jurisprudence⁶²³, dont la reconnaissance par la doctrine et le droit positif demeurent néanmoins mitigées⁶²⁴.

Ces obligations de service public s'étendraient au-delà des simples exigences de protection de l'environnement auxquelles les producteurs sont soumis, liées à une compensation

⁶²¹ F. BERROD, « Le droit de l'Union européenne et le service public : de la défiance à la compréhension mutuelle », in *Le service public*, sous la dir. de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), Dalloz Paris 2014, p.112

⁶²² S. ZIANI, *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, 2015, n°112, p.61.

⁶²³ T. des confl. 22 oct. 2007, *Doucedame c/ Département des Bouches du Rhône* (C3625); Y. RAZAFINDRATANDRA, « Sur la consécration jurisprudentielle d'un service public de protection de l'environnement », in *Service public, puissance publique : permanence et variations d'un couple mythique. Mélanges en l'honneur du professeur Alain-Serge Mescheriakoff*, ouvrage coordonné par J-M. DUFFAU, A LOUVARIS et E. MELLA, Bruylant, 2013, pp. 264 et s

⁶²⁴ J. M. BRETON, « Le « service public de l'environnement » : mythe ou réalité ? (De quelques orientations conceptuelles et fonctionnelles) », in *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Tome II. Contributions réunies par F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac 2013, pp. 843 et s; S. CAUDAL, « A la recherche du service public en droit de l'environnement », in *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Tome II. Contributions réunies par F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac 2013, pp. 891 et s.

d'externalités négatives induites par leur activité, et pourraient consister dans des actions spécifiques de valorisation du milieu marin, que ce soit en mer territoriale ou en ZEE. Elles s'inscriraient dans l'application du principe d'adaptation ou adaptabilité des services publics, qui exige de prendre en compte les évolutions relatives à l'intérêt général et l'environnement juridique, économique et social entourant le service public⁶²⁵.

Il serait sans doute difficile en revanche d'envisager une compensation financière de ces obligations de service public, tout au moins dans le cadre de la détermination du prix d'achat de l'électricité. Ce mécanisme de compensation, qui échappe à la qualification d'aide d'État⁶²⁶, correspond pour S. ZIANI⁶²⁷ à un « mode de gestion des défaillances du marché (...) dès lors que les forces du marché ne sont pas aptes à assumer une activité, les autorités publiques peuvent délimiter des obligations de service public qu'elles mettront aux enchères en recourant à leur attribution à la suite d'une mise en concurrence ». Cette définition correspond peu ou prou aux mécanismes de marché mis en œuvre dans le cadre de la production d'électricité EMR. Néanmoins, parmi les conditions dégagées par l'arrêt *Altmark*⁶²⁸ permettant de faire échapper la compensation à la qualification d'aide d'État figure celle selon laquelle la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations⁶²⁹.

Or il est assez peu aisé de juger du caractère raisonnable du bénéfice dégagé par les producteurs EMR, de même qu'il le serait du caractère « normal » de la rémunération des capitaux investis exigé par l'article L.314-7 du code de l'énergie pour la fixation des prix d'achat en dehors des

⁶²⁵ J.F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, Lexisnexis, Paris 2012, n°932 et s, pp. 481 et s (n°940 : le principe d'adaptation n'a cependant pas, contrairement au principe de continuité et d'égalité, de valeur constitutionnelle ; n°942 : « ne doit-on pas reconnaître la même valeur à un principe qui assure à l'État ou est censé lui assurer, par une adaptation constante de ces services publics, une efficacité maximum de son action ? », et la satisfaction de l'intérêt général)

⁶²⁶ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark*, Aff. C-280/00.

⁶²⁷ S. ZIANI *op.cit.* n°651 p.316.

⁶²⁸ Dans le cadre du système à triple détente du paquet « Almunia » de 2012 traitant des compensations de service public octroyées aux entreprises chargées d'un SIEG. Il est composé d'un règlement sur les exemptions (Règlement UE n°360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général, JOUE n° L 114/8 du 26 avril 2012), d'une décision 2012/21/UE de la Commission du 21 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106 §2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, JOUE L 7/3 du 11 janvier 2012 (cas où les compensations sont considérées comme des aides d'État mais compatibles), d'un Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public, n° C 2011/9404 (JOUE n° C8, 11 janvier 2012, p.15) et d'une Communication 2012/C8/02 du 11 janvier 2012 (de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensation octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, JOUE n° C8/4, 11 janvier 2012), précisant les conditions de l'arrêt *Altmark*.

⁶²⁹ L. DUBOIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6^e éd. Montchrestien, Lextenso Éditions, n°1325, p. 667,

procédures d'appels d'offres. Les prix d'achat déterminés lors des procédures d'appels d'offres, éolien offshore notamment, sont très élevés, la CRE arguant du « contexte technique français particulier, caractérisé par des régimes de vent nécessitant l'emploi de machines spécifiquement conçues pour y résister, des conditions de houles difficiles, des eaux rapidement profondes et des sols qui requièrent des technologies coûteuses pour les fondations⁶³⁰».

Si le caractère public manifeste de l'activité de production d'électricité EMR se détache du critère organique du lien avec la personne publique, ce dernier opère un retour en force à travers le rôle à visages multiples de l'État dans le marché de la production d'électricité EMR.

Section II- La prégnance de l'État sur le marché de la production d'électricité EMR

Le rôle de l'État est prépondérant sur le marché de la production d'électricité EMR. Nous l'avons abordé sous l'angle de l'accès au marché. L'État organise en effet la planification spatiale et temporelle du marché de l'électricité EMR, via les programmations pluriannuelles des investissements (PPI), désormais dénommées Programmations pluriannuelles de l'énergie PPE, et les appels d'offres. Il garde ainsi la main sur la programmation énergétique. L'État est en effet détenteur de la clé d'entrée sur le marché des EMR. Il contrôle d'une part l'accès aux sites d'implantation des parcs EMR, en tant que gestionnaire du DPM et disposant aussi de pouvoirs souverains quant à l'implantation en ZEE. Il contrôle d'autre part l'accès à ses ressources énergétiques, ainsi que leur mode de mise en valeur. L'article 18 du Traité sur la Charte de l'énergie⁶³¹ accorde en effet à chaque État le « droit de décider des secteurs géographiques de sa zone qui sont destinés à être mis à disposition pour l'exploration et l'exploitation de ses ressources énergétiques ». L'article 194 §2 TFUE dispose que « les mesures prises pour atteindre les objectifs assignés à la politique européenne de l'énergie n'affectent pas le droit d'un État membre de déterminer les conditions d'exploitation de ses ressources énergétiques ».

Toutefois, l'État ne contrôle pas uniquement l'accès au marché. Il soutient financièrement ce marché. Cette prépondérance étatique se voit toutefois contrebalancée par le rôle que joue aussi l'Union européenne dans l'aide au financement des projets EMR. Elle est ensuite tempérée par le droit européen des aides d'État qui condamne *a priori* toute atteinte à la libre concurrence

⁶³⁰ Commission de régulation de l'énergie, *La contribution au service public de l'électricité (CSPE) : mécanisme, historique, et prospective*. Octobre 2014, pp.5 et 6.

⁶³¹ Conclu à Lisbonne le 17 février 1994 et entré en vigueur en 1998

(§ 1). L'État représente aussi un acteur majeur du marché de la production d'électricité EMR. Malgré la libéralisation du marché de la production d'électricité et la fin du monopole d'EDF, l'État demeure présent au capital des principaux intervenants sur ce marché, constitués par de grands groupes et laissant ainsi peu de place aux PME et aux collectivités territoriales dans la production d'électricité EMR. (§2).

§ 1- La prégnance de l'État dans le soutien au marché de la production d'électricité EMR

Le soutien étatique au marché de la production d'électricité EMR se traduit par l'octroi, en amont de ce marché, de subventions à la recherche technologique ainsi que l'institution d'une obligation imposée principalement à EDF d'acheter l'électricité produite par les producteurs EMR à un prix garanti (A). Le soutien financier se manifeste aussi de façon indirecte par la compensation financière accordée à EDF pesant sur les consommateurs d'électricité, questionnant ainsi la légitimité du financement des EMR (B).

A- Le soutien financier direct contrôlé étroitement par le droit de l'UE

Afin de pallier les incapacités du marché à satisfaire l'intérêt général dans le domaine des EMR, l'État, garant du respect de cet intérêt général, est amené à intervenir sur ce marché par le biais de soutiens financiers, qui peuvent prendre diverses formes. Il peut s'agir d'une part de soutiens à la recherche et au développement de nouvelles technologies, pour susciter l'offre (1). D'autre part des soutiens financiers sont apportés aux exploitants de parcs en leur permettant d'écouler leur production à un prix nettement supérieur au prix pratiqué sur le marché de l'électricité, suscitant ainsi la demande. Ce soutien se manifeste de deux manières distinctes.

La première concerne l'aide directe apportée aux producteurs d'électricité par le biais de prix garantis. Dans le secteur des EMR, ces prix sont principalement proposés par les candidats aux appels d'offres, prix sur la base desquels EDF se voit obligé de leur acheter l'électricité produite. Ce type de soutien a récemment été qualifié d'aide d'État compatible par la Commission européenne (2).

1- Le soutien à la recherche et au développement des technologies

Sur ce plan le soutien de l'État (a) se voit concurrencé par celui de l'Union européenne (b).

a) Les financements internes

L'État soutient le marché des EMR via ses organes déconcentrés. L'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME), établissement public industriel et commercial (EPIC), contribue largement à la politique nationale de promotion des EMR en lançant notamment des Appels à Manifestation d'Intérêt (AMI) pour aider au financement de démonstrateurs par le biais de subventions. Elle est ainsi le principal dispensateur des aides de l'État, c'est-à-dire des aides à l'investissement et à la recherche et au développement technologique. L'ADEME a la responsabilité de notifier ces aides à la Commission européenne, lorsqu'elles sont attribuées à des personnes privées et qu'elles remplissent les critères communautaires de l'aide d'État⁶³².

La mise en place de financements de démonstrateurs et de sites d'essais en mer est nécessaire dans toutes les filières afin d'accélérer la maturation des technologies et de sélectionner les plus prometteuses pour la phase de déploiement⁶³³. L'ADEME a ainsi lancé en 2013, dans le cadre du Programme des Investissements d'Avenir (PIA), un Appel à Manifestation d'Intérêt (AMI) « Énergies Marines Renouvelables : Briques et démonstrateurs » représentant une enveloppe de 33,3 millions d'euros pour 6 projets EMR correspondant à un investissement total de 93,5 millions d'euros⁶³⁴. L'ADEME a également publié le 5 août 2015 un appel à projets⁶³⁵ pour des fermes pilotes d'éoliennes flottantes sur trois sites en Méditerranée et un situé en Bretagne. Cet appel à projet s'inscrit dans le cadre du programme « Démonstrateurs pour la transition écologique et énergétique » des Investissements d'Avenir⁶³⁶.

Dans le cadre du soutien au marché des EMR a également été créé l'Institut d'excellence en matière d'énergies décarbonées (IEED) France Énergies Marines. Il s'agit d'un groupement d'intérêt public (GIP). L'article 98 de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit définit le GIP comme une « personne morale de droit public dotée de l'autonomie administrative et financière (...), constitué par convention approuvée par l'État soit entre plusieurs personnes morales de droit public, soit entre l'une ou plusieurs d'entre elles et une ou plusieurs personnes morales de droit privé. (Elles) exercent ensemble des activités

⁶³² B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, Le Moniteur 2012, p.450.

⁶³³ S. MICHALAK *Énergies marines : un droit en construction*. Mémoire de Master II Droit de la protection de l'environnement, Faculté de droit d'Aix en Provence, 2009-2010 p.22.

⁶³⁴ <http://www.presse.ademe.fr/2014/10/6-projets-pour-les-Énergies-marines-renouvelables.html>.

⁶³⁵ AAP EolFlo Appel à projets Fermes pilotes éoliennes flottantes Éditions 2015

⁶³⁶ Dans le cadre de ce programme d'Investissement d'avenir, ces projets bénéficient d'un financement de 150 millions d'euros. Ces projets pilote seront expérimentés pendant deux ans, pour ensuite être exploités pendant 15 à 20 ans « en cas de succès technico-économique ». (www.mer-veille.com, 26 août 2015, « Éolien offshore : La France enfin pionnière des énergies de demain ? »).

d'intérêt général à but non lucratif⁶³⁷». France Énergies Marines regroupe plus de vingt acteurs industriels, dont neuf grands groupes, douze structures académiques et scientifiques et sept collectivités territoriales. Son rôle consiste à « réaliser de la recherche et du développement très appliqués et de mettre en place des sites d'essais conçus pour valider les technologies⁶³⁸». Cette structure peut être comparée à celle que le Royaume Uni a mise en place : le *SuperGen UK Center for Marine Energy Research* (UKCMER). Ce consortium constitue un centre d'excellence pour la recherche collaborative dans le secteur des EMR⁶³⁹.

L'État conclut aussi des Plans État-régions⁶⁴⁰ (CPER) dans le cadre du financement de la recherche et développement des technologies EMR. Le site d'essai SEMREV a ainsi bénéficié de 9 millions d'euros de la part de la région Loire Atlantique dans le cadre d'un CPER. L'article L.1511-1 du CGCT attribue une compétence aux régions pour octroyer des aides économiques. Elles peuvent donc directement accorder des subventions aux entreprises pour inciter au développement des énergies renouvelables.

La prégnance étatique dans le soutien financier aux technologies est ici tempérée par l'aide apportée par l'Union européenne en la matière.

b) Les financements européens

L'article 10 bis de la directive 2009/29/CE⁶⁴¹ relative au système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre a prévu la création d'un mécanisme de financement

⁶³⁷ Les GIP sont régis par le chapitre II de la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, qui a harmonisé les règles de nature législative applicables jusque-là aux différents GIP et s'est substituée en partie aux nombreux textes qui existaient jusqu'alors, qui ont été abrogés ou modifiés en conséquence par les articles 118 et 119 de cette loi. Le décret n° 2012-91 du 26 janvier 2012 précise les modalités d'application de ce nouveau régime et abroge ou modifie les décrets relatifs aux différentes catégories de GIP créées antérieurement à cette réforme.

⁶³⁸ <http://www.france-Énergies-marines.org/Qui-sommes-nous/Les-missions>: « France Énergies marines concrétise son soutien à la filière EMR par la mutualisation des études, des protocoles, des outils logiciels, des bases de données, l'élaboration de standards, des démarches prospectives pour identifier l'évolution du marché, les verrous technologiques, les critères d'insertion environnementale et de compatibilité des usages. Il consolide le niveau d'excellence de la recherche sur les EMR. La labellisation IEED lui attribue sur 10 ans et sur un budget opéré de 130 millions d'euros, un co-financement de 34 millions d'euros dans le cadre des Investissements d'Avenir.

⁶³⁹ www.supergen-marine.org.uk

⁶⁴⁰ Voir B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, Le Moniteur 2012, p.485 : « Le contrat de plan État-région apparaît avec l'article 11 de la loi n°82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification. Il autorise l'État à conclure avec les collectivités territoriales, les régions, les entreprises publiques ou privées et éventuellement d'autres personnes morales, des contrats de plan comportant des engagements réciproques en vue de l'exécution des engagements du Plan de la Nation et des ses programmes prioritaires. L'intégration des objectifs énergétiques nationaux dans ces instruments juridiques s'est effectuée surtout lors de la négociation de la quatrième génération de CPER (2000-2006). Les nouveaux contrats État-régions (2007-2013) sont pour la plupart devenus des contrats de projet, articulés autour de l'objectif du développement durable et de la protection de l'environnement notamment : ils comportent à ce titre pour la plupart d'entre eux, des partenariats avec l'ADEME faisant mention d'objectifs chiffrés en faveur des énergies renouvelables ».

⁶⁴¹ Directive n°2009/29/CE du 23 avril 2009 ayant modifié la directive du 13 octobre 2003 n°2003/87/CE relative au système communautaire d'échanges de quotas d'émission de GES.

destiné notamment aux démonstrateurs d'énergies renouvelables innovantes, appelé fonds européen NER 300 (New Entrant Reserve). Créé en 2008 sous présidence française dans le cadre du 3ème paquet Énergie-Climat, « il dispose d'une enveloppe de financement de plus de 2 milliards d'euros. Il est doté de 300 millions de quotas d'émission provenant de la réserve des nouveaux entrants du système d'échange communautaire, soit entre 4.5 et 9 milliards d'euros pour un cours du CO² situé entre 15 et 30 euros la tonne. En effet, 5 % de l'ensemble des quotas qui seront délivrés sur la période de 2013-2020 seront réservés à de nouveaux entrants sur le marché du carbone. Leur allocation est subordonnée à la condition que les émissions de CO² soient évitées de façon avérée. Ce mécanisme de financement est géré conjointement par la Commission européenne, la Banque européenne d'investissement (BEI) et les États Membres. L'idée est de vendre aux enchères une partie de cette réserve pour financer des technologies innovantes dans les domaines des énergies renouvelables et de la Capture et le Stockage du CO₂ (CSC)⁶⁴²». La décision 2010/670/UE du 3 novembre 2010⁶⁴³ en précise les modalités. La BEI est chargée de la vente aux enchères et les revenus sont alloués pour financer les projets sélectionnés à hauteur de 50% des coûts pertinents.

Le dispositif ne peut concerner que trois projets au maximum par pays⁶⁴⁴. Dans le cadre du deuxième appel⁶⁴⁵ à projets, la France a soumis en juillet 2013 quatre projets à la Commission Européenne, portant sur les hydroliennes (« Normandie Hydro » d'EDF EN et « Tritons » de GDF SUEZ), l'énergie thermique des mers (« Nemo⁶⁴⁶», Akuo Energy et DCNS). C'est le projet NEMO qui a été retenu en juillet 2014, doté de 72 millions d'euros. Il permettra à la Martinique ainsi qu'à d'autres sites isolés d'atteindre l'indépendance énergétique.

Parallèlement au soutien de l'État vis-à-vis de l'offre technologique sur le marché de la production d'électricité EMR, la demande est quant à elle encouragée par la mise en place d'une obligation d'achat de l'électricité produite.

⁶⁴² S. MICHALAK, *op.cit.*

⁶⁴³ Décision 2010/670/UE du 3 novembre 2010 établissant les critères et les mesures pour le financement de projets commerciaux de démonstration axés sur le captage et le stockage géologique du CO² sans danger pour l'environnement, ainsi que de projets de démonstration de technologies innovantes liées aux énergies renouvelables dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté établi par la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil. (JOUE n° L 290/39 du 6 novembre 2010).

⁶⁴⁴ La décision du 3 novembre 2010 précise que ce système de financement peut se cumuler avec le dispositif de financement PEER : Programme énergétique européen pour la relance, mais celui-ci se déduit du dispositif NER 300. Le PEER a été adopté par le règlement européen n°663/2009. Il s'agit d'un dispositif financier sans précédent au regard de son montant (Budget global du PEER : 3 980 millions d'euros), destiné à favoriser la reprise après la crise économique ayant touché l'Union européenne, en aidant notamment le secteur énergétique. C'est ainsi que le PEER a alloué un budget de 565 millions d'euros à des projets d'éoliennes en mer.

⁶⁴⁵ A l'issue du premier appel à projets, deux projets français avaient été sélectionnés en décembre 2012 dans les domaines des éoliennes flottantes (« VertiMED », EDF EN)

⁶⁴⁶ *New Energy for Martinique and overseas.*

2- L'admission d'un soutien public temporaire à l'achat de la production d'électricité EMR

Le soutien financier apporté aux producteurs d'électricité EMR est désormais qualifié d'aide d'État (a). La question porte à présent sur les conditions de la compatibilité de celle-ci avec le droit européen (b).

a) Le mécanisme de l'obligation d'achat est une aide d'État

La Cour de justice⁶⁴⁷ a reconnu que l'obligation imposée aux distributeurs d'acheter l'électricité d'origine éolienne à un prix supérieur à celui du marché et dont le financement est supporté par tous les consommateurs finals sur le territoire national participe d'une aide d'État. La Cour a jugé que la condition posée par l'article 107 §1 du TFUE, à savoir l'attribution de la qualification d'aide d'État aux seuls avantages accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État, était remplie. En effet, elle est financée par la contribution au service public de l'électricité (CSPE). La Cour a relevé que le montant de la contribution au service public de l'électricité est fixé par arrêté ministériel, sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie, et que la loi instaure même une sanction administrative en cas de non-paiement de la contribution par le consommateur, ce qui traduit clairement le caractère obligatoire de la contribution. De surcroît, l'État apparaît comme le garant d'une couverture intégrale des surcoûts, y compris dans le cas où le montant collecté auprès des consommateurs finals serait insuffisant. Cette appréciation portée par la Cour de justice va, d'ailleurs, dans le sens de la qualification de taxe donnée par le Conseil d'État à la contribution, dans son arrêt *SNC Stop Hôtel Villeneuve d'Ascq*⁶⁴⁸. Le Conseil d'État avait ainsi annulé dans sa décision *Vent de colère* du 28 mai 2014 les arrêtés ayant fixé le tarif d'achat éolien⁶⁴⁹.

Reconnue comme une aide d'État, le mécanisme de soutien à l'achat de la production EMR peut être déclaré compatible avec le droit européen sous certaines conditions.

b) La compatibilité de l'aide d'État avec le droit de l'UE

La directive « énergies renouvelables » de 2009⁶⁵⁰ admet les régimes d'aide, nécessaires au développement des énergies renouvelables « aussi longtemps que les prix de l'électricité sur le

⁶⁴⁷ CJUE 19 décembre 2013 *Association Vent de colère ! Fédération nationale*, Aff. C-262/12 *AJDA* 2014, p.7.

⁶⁴⁸ CE 9 nov. 2011 req. n° 323273 *RFDA* 2012. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; C. BOITEAU, « Soutien aux énergies renouvelables et aide d'État », *AJDA* 2014, p.926.

⁶⁴⁹ CE 28 mai 2014, Décision n°324852, *Association Vent de colère ! Fédération nationale et autres*, Lebon, *AJDA* 2014, p. 1127.

⁶⁵⁰ Considérant 27 de la directive n°2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables.

marché intérieur ne refléteront pas l'intégralité des coûts et des avantages environnementaux et sociaux des sources d'énergies utilisées ».

Le règlement européen du 17 juin 2014⁶⁵¹ dispose dans son article 42 que « les aides au fonctionnement en faveur de la promotion de l'électricité produite à partir de sources renouvelables sont compatibles avec le marché intérieur au sens de l'article 107 §3 du Traité et sont exemptées de l'obligation de notification prévue à l'article 108 §3 du Traité pour autant que les conditions prévues par le présent article et au chapitre 1 soient remplies ». Le chapitre 1 précise que ce règlement ne s'applique pas aux aides excédant un montant de 150 millions d'euros par an lorsque ces aides sont octroyées par le biais de procédures de mise en concurrence.

L'article 42 subordonne l'octroi de ces aides à une procédure de mise en concurrence fondée sur des critères clairs, transparents et non discriminatoires, ouverte à tous les producteurs d'électricité de source renouvelable sur une base non discriminatoire. Il ajoute toutefois que cette procédure de mise en concurrence peut être limitée à certaines technologies dans le cas où une procédure ouverte à tous les producteurs donnerait un résultat insuffisant que ne peut améliorer la conception de la procédure compte tenu notamment du potentiel à plus long terme d'une technologie nouvelle et innovante déterminée ».

La Commission de régulation de l'énergie (CRE) dans son rapport de 2014 sur la CSPE⁶⁵² concluait notamment que la procédure d'appel d'offres n'était pas la plus adaptée à la technologie de l'éolien offshore, encore très coûteuse. Le règlement précité précise aussi que le total de ces aides ne peut bénéficier à plus de 5% par an de la nouvelle capacité planifiée produisant de l'électricité à partir de sources renouvelables. Ces aides ne peuvent plus être octroyées sous forme de tarifs entièrement garantis, mais sous forme de primes s'ajoutant au prix du marché auquel les producteurs vendent leur électricité directement sur le marché.

L'article 104 de la loi sur la transition énergétique⁶⁵³ crée un nouveau dispositif de soutien aux énergies renouvelables fondé sur la possibilité de vendre directement sur le marché l'électricité produite tout en bénéficiant du versement d'une prime, appelée « complément de rémunération ». Celui-ci fait l'objet d'un article L.314-18 du code de l'énergie. Le complément de rémunération sera ajouté aux charges imputables aux missions de service public qui devront être compensées. Le marché de l'éolien offshore, le plus mature parmi les EMR, se voit

⁶⁵¹ Règlement UE de la Commission n°651/2014 du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du Traité.

⁶⁵² Commission de régulation de l'énergie, *La contribution au service public de l'électricité (CSPE) : mécanisme, historique, et prospective*. Octobre 2014.

⁶⁵³ Loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, JORF n°0189 du 18 août 2015 page 14263.

appliquer ce dispositif. La Commission européenne a autorisé le 10 décembre 2018 l'aide que l'Etat envisage d'accorder au lauréat du futur parc éolien offshore de Dunkerque, dont la procédure de mise en concurrence est en cours. Cette aide prendra la forme d'un complément de rémunération.

L'article 42 indique également que les bénéficiaires des aides sont soumis à des obligations standards en matière d'équilibrage⁶⁵⁴, et qu'ils peuvent sous-traiter leurs responsabilités en matière d'équilibrage⁶⁵⁵ à des agrégateurs agissant en leur nom. Les aides ne sont par ailleurs pas autorisées quand les prix sont négatifs.

Dans quels cas rencontre-t-on cette situation de prix négatifs ? Les électriciens ont l'obligation d'acheter la production de source renouvelable à des tarifs supérieurs au prix de gros de l'électricité, mais ils doivent ensuite la revendre à leurs clients, à n'importe quel prix, puisqu'ils ont l'obligation de l'acheter mais ne peuvent pas la stocker. Cette production subventionnée a donc tendance à faire baisser les prix de l'électricité. Cependant, dans la mesure où cette électricité ne trouve pas automatiquement preneur, il est quelquefois nécessaire de payer les producteurs conventionnels pour qu'ils cessent de produire, et c'est alors qu'apparaît le phénomène de prix négatifs, rendant le marché classique moins attractif pour les investisseurs⁶⁵⁶.

Pour pallier ce phénomène se développent les marchés nationaux de capacités, surveillés de près par la Commission européenne qui souhaite faire avancer son projet d'interconnexion⁶⁵⁷ entre les États membres. Si un tel phénomène est masqué dans certains pays comme la France, du fait de l'intégration des productions d'électricité de source renouvelable, pour l'instant en volume réduit, dans le bilan d'EDF, disposant en portefeuille d'une variété importante d'options d'injection ou de soutirage, il est très visible en Allemagne où les acheteurs obligés doivent vendre sur le marché la totalité de l'électricité de source renouvelable produite, qui est intégrée dans leur périmètre, alors qu'ils ne disposent d'aucune souplesse pour les gérer. La production éolienne ou solaire est ainsi offerte « à tout prix » sur le marché par l'acheteur obligé. Malgré leur caractère onéreux, les politiques de soutien aux énergies renouvelables

⁶⁵⁴ Définition fournie au point 116 de l'art.2 du Chapitre I du Règlement : « les responsabilités en matière d'équilibrage ne créant aucune discrimination entre les technologies, de sorte qu'aucun producteur n'est exonéré de ses responsabilités ».

⁶⁵⁵ Définition au point 115 : « la responsabilité des déséquilibres (écarts entre la production, la consommation et les opérations sur le marché) d'un opérateur du marché, ou de son représentant désigné, appelé « responsable d'équilibre » au cours d'une période donnée appelée période de compensation des écarts ».

⁶⁵⁶ En France, ce phénomène est assez rare, une dizaine d'heures par an depuis 2012. En revanche dans certains pays où la puissance éolienne installée est conséquente, ce phénomène est plus fréquent. En Espagne, le taux de prix nuls dépasse 10% lorsque la production éolienne dépasse 25% de la consommation. www.actu-environnement.com 30 octobre 2013, « Éolien. Maintenir les tarifs d'achat en les améliorant ? ».

⁶⁵⁷ Les projets d'interconnexions, en mer notamment, sont analysés infra à partir de la page 167.

exercer un effet dépressif sur les prix de marché⁶⁵⁸. Ainsi, non seulement la production d'électricité de source renouvelable n'est possible que parce que soutenue par l'État, mais en outre elle perturbe le fonctionnement normal du marché de l'électricité.

Le soutien indirect au marché de la production d'électricité EMR se traduit par l'aide financière apportée à EDF pour compenser le surcoût qui lui est occasionné par son obligation de contracter avec les producteurs EMR. Elle constitue la contrepartie d'une obligation de service public imposée à EDF, et n'est donc pas une aide d'État. Le coût exorbitant du soutien aux EMR, le plus élevé parmi les énergies renouvelables, notamment l'éolien offshore, amène à se poser la question de la légitimité de ce type de financement qui repose sur les consommateurs d'électricité.

B- La question de la légitimité du financement des EMR

Dans la mesure où le principal mode d'accès au marché des EMR consiste dans la procédure de mise en concurrence, permettant aux producteurs de bénéficier de tarifs par eux-mêmes fixés et leur assurant une meilleure rentabilité que les tarifs d'achat réglementés⁶⁵⁹, l'obligation d'achat concernée ici est celle qui est régie par l'article L.311-12 du code de l'énergie. Selon cet article, si le bénéficiaire de l'appel d'offres n'est ni EDF ni un distributeur non nationalisé, l'un de ces derniers, en fonction de sa zone de desserte, est tenu d'acheter l'électricité produite par le lauréat de l'appel d'offres. Le nouvel article L.311-12, modifié par la nouvelle loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique, précise que le lauréat de l'appel d'offres bénéficie soit d'un contrat d'achat pour l'électricité produite sur la base du prix proposé par le lauréat, soit d'un contrat offrant un complément de rémunération à l'électricité produite. Le surcoût ainsi occasionné à l'acheteur obligé est compensé par la CSPE (articles L.311-13-1 et L.311-13-3 du code de l'énergie). Les producteurs EMR ne peuvent toutefois bénéficier du complément de rémunération qu'à l'expiration de leur premier contrat d'achat.

La contribution mise à la charge des consommateurs d'électricité et instituée par l'article 5 de la loi du 10 février 2000, faisant désormais l'objet des articles L.121-6 à L.121-8 du code de l'énergie, vise à compenser les charges de service public de l'électricité, telles que le soutien à la production d'énergies renouvelable et notamment le surcoût résultant de la mise en œuvre des appels d'offre et obligations d'achat par rapport aux coûts évités à EDF, calculés par référence au prix de marché de l'électricité⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸ E. GRAND, T. VEYRENC, *L'Europe de l'électricité et du gaz. Acteurs, marchés, régulations*, Economica, Paris 2011, pp.529 et s.

⁶⁵⁹ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie n°2017-169 du 13 juillet 2017 relative à l'évaluation des charges de service public de l'énergie pour 2018.

⁶⁶⁰ Elle vise aussi à financer la péréquation tarifaire dans les zones non interconnectées telles que les DOM COM et la Corse. Elle a été qualifiée d'imposition innommée par la Cour des comptes qui a estimé que son taux ainsi que les conditions de son prélèvement devraient faire l'objet d'une autorisation périodique et d'un contrôle du

Cette compensation financière a reçu un traitement favorable de la part de la Cour de justice de l'Union européenne. Celle-ci a jugé en effet dans son arrêt *Altmark* du 24 juillet 2003⁶⁶¹ que la compensation financière par l'État de l'exécution d'une mission de service public ne constitue pas une aide d'État, à condition notamment que le financement public réponde à un principe de nécessité, c'est-à-dire qu'il doit s'élever à ce qui est strictement nécessaire requis pour couvrir les coûts de l'exécution des obligations de service public même s'il est concevable que l'entreprise tire un profit mesuré de ses obligations. En outre, l'entreprise doit faire supporter son service au moindre coût pour la collectivité⁶⁶².

Or c'est justement ce coût occasionné à la collectivité qui fait l'objet de discussions. En 2014, le montant des charges prévisionnelles de service public de l'électricité a été estimé à 6,2 milliards d'euros au titre de l'année 2014⁶⁶³. Le soutien aux énergies renouvelables représentait 60,2 % de ces charges⁶⁶⁴. Ce montant est arrêté annuellement par le ministre chargé de l'énergie, sur proposition de la CRE. La CSPE est gérée par la Caisse des Dépôts et Consignations. Dans son rapport sur la CSPE⁶⁶⁵, la CRE classait l'éolien en mer comme la filière sous obligation d'achat la plus coûteuse. Il était estimé que les parcs qui entreront en service d'ici 2025, issus de la 2^e vague d'appels d'offres, devraient occasionner des surcoûts d'environ 10 milliards d'euros et que pour l'ensemble des installations effectuées à l'issue des deux appels d'offres, les exploitants devraient percevoir une rémunération totale de 50 milliards d'euros sur la durée totale des contrats, dont 38 milliards d'euros (76%) de surcoûts financés par la CSPE. La CRE jugeait alors que « les appels d'offres ne sont pas un moyen de soutien adapté au développement de cette filière extrêmement capitalistique et technologiquement peu mature du fait d'un contexte technique français particulier, caractérisé par des régimes de vent nécessitant l'emploi de machines spécifiquement conçues pour y résister, des conditions de houle difficiles, des eaux rapidement profondes et des sols qui requièrent des technologies coûteuses pour les fondations⁶⁶⁶».

Suite au lancement des appels d'offre en juillet 2011, la CRE a estimé que le prix moyen de l'électricité résultant de ces appels d'offre serait de 226,5 euros /MWh en 2020, par rapport au

parlement conformément au principe constitutionnel du consentement à l'impôt, et à l'obligation de transparence visant les prélèvements obligatoires posés par l'article 52 de la LOLF (L. org. n°2001-692, 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, *JO* 2 août, p.12480).

⁶⁶¹ CJUE 24 juillet 2003, *Altmark*, Aff. C-280/00, *Rec.* p.I-7747.

⁶⁶² C. BOUTAYEB, *Droit matériel de l'Union européenne. Libertés de mouvement, espace de concurrence et secteur public*, 3^e édition, LGDJ, 2014, pp.327 et s.

⁶⁶³ Le montant en 2009 était de 1,7 milliards d'euros.

⁶⁶⁴ CRE, Délibération du 9 octobre 2013 portant proposition relative aux charges de service public de l'électricité et à la contribution unitaire pour 2014.

⁶⁶⁵ Commission de régulation de l'énergie, *La contribution au service public de l'électricité (CSPE) : mécanisme, historique, et prospective*. Octobre 2014.

⁶⁶⁶ *Ibid.* p.5.

Danemark, où le prix de l'électricité produite par le parc Anholt est de 140 euros /MWh pour les vingt premiers TWh (environ douze années de production)⁶⁶⁷. En outre, la CRE avait relevé dans son rapport un manque de concurrence dans les deux derniers appels d'offres, dans la mesure où seuls trois concurrents avaient déposé des offres. Elle invitait l'État à prendre en charge les coûts des études d'avant-projets telles que les études de sols, les études de vent...) et à les fournir aux candidats avec le cahier des charges⁶⁶⁸.

L'association AMORCE a réalisé en 2010 une étude, actualisée en 2014⁶⁶⁹, quantifiant la pertinence des dispositifs publics de soutien nationaux destinés à promouvoir l'efficacité énergétique et les énergies renouvelables. Pour chaque filière, cette pertinence est analysée au regard de deux aspects : le coût du MWh d'énergie primaire non renouvelable économisée et le coût de la tonne de CO² évité. Ont été étudiées dans la catégorie des énergies renouvelables l'éolien terrestre et l'éolien en mer. Cette étude permet de répondre à la question suivante : pour 1000 € d'effort public dépensés au travers des dispositifs de soutien à la maîtrise de l'énergie et aux énergies renouvelables, combien d'énergie primaire non renouvelable est économisée et combien d'émissions de CO² sont évitées ? Le dispositif de soutien pris en compte est la CSPE. Or l'éolien offshore figurait parmi les secteurs les moins favorables à ces économies, notamment quant au CO² évité.

La question du financement des EMR se retrouve ainsi au cœur de la confrontation entre le caractère d'intérêt général reconnu à la production d'électricité EMR et l'intérêt économique du consommateur d'électricité. Ce conflit avait eu lieu à l'occasion d'un litige portant sur les tarifs d'achat d'électricité d'origine solaire. En effet, le Conseil d'État devait se prononcer sur le caractère sérieux d'une demande de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relativement à la validation rétroactive des tarifs d'achat d'électricité à partir de l'énergie solaire. A cette occasion, il dut déterminer l'intérêt général énergétique en confrontant la charge financière que l'augmentation des demandes de raccordement était susceptible de faire peser sur le consommateur d'électricité (droit à l'énergie) et la nécessité de développer l'utilisation des énergies renouvelables conformément aux objectifs législatifs et aux engagements européens (droit de produire de l'énergie et droit à l'énergie propre). Le Conseil d'État privilégia l'intérêt économique du consommateur en considérant que la mesure présentait « un but d'intérêt général suffisant⁶⁷⁰».

⁶⁶⁷ SENAT, 11 juillet 2012, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur le coût réel de l'électricité afin d'en déterminer l'imputation aux différents agents économiques*, p.127.

⁶⁶⁸ *Ibid* p.6.

⁶⁶⁹ « Amorce mesure l'efficacité des subventions publiques dans le domaine de l'énergie », www.actu-environnement.com, 10 novembre 2014.

⁶⁷⁰ CE 19 janvier 2011 *EARL Schmittseppel et M Noir* req. n°343389 ; D. DEHARBE et S. GANDET, « Les ENR sont-elles solubles dans l'intérêt général ? » *Droit de l'env.* n°189, avril 2011, p.122-128 : Une confrontation similaire peut être relevée concernant l'arrêt *Ciel et Terre* relatif au décret suspendant l'obligation d'achat

Selon le rapport de la Cour de comptes de mars 2018 à propos des dispositifs de soutien aux EnR, « la pleine réalisation des appels d'offres de 2011 et 2013 sur l'éolien *offshore* coûterait aux finances publiques 2 Md€ par an pendant 20 ans (soit 40,7 Md€ en cumulé) pour un volume équivalent à 2 % de la production électrique »⁶⁷¹. Or parallèlement le marché de l'éolien offshore en Europe a nettement évolué depuis 2014 vers une baisse drastique des coûts des technologies, rendant ce marché beaucoup plus mature, que ce soit au Royaume-Uni, en Allemagne, aux Pays-Bas et en Belgique.

La CRE a constaté dans sa délibération du 13 juillet 2017 relative à la CSPE qu'« afin d'assurer la maîtrise des charges de service public et de permettre un développement efficace des énergies renouvelables, la CRE recommande la généralisation des appels d'offres à l'ensemble des filières matures pour lesquelles le niveau de concurrence est satisfaisant. Les appels d'offres permettent en effet d'allouer à chaque installation un niveau de soutien adapté en limitant les effets d'aubaine inhérents à l'attribution d'un tarif défini par arrêté dont les différenciations ne peuvent être illimitées ».

Conscient de la nécessité d'alléger la facture du financement des EMR pesant sur le consommateur d'électricité, l'État a pris acte des propositions de la CRE, en décidant de prendre en charge les études préalables de risque dans le cadre des appels d'offres éolien offshore, réalisées notamment par le SHOM et l'Agence française de biodiversité, et de les mettre à disposition des développeurs. Cette mesure a bénéficié aux candidats du dialogue concurrentiel relatif à l'appel d'offres lancé en 2017 pour le site de Dunkerque. L'État a également décidé en avril 2018 de renégocier les tarifs alloués aux lauréats des deux premiers appels d'offre. Le gouvernement avait déposé à ce sujet un amendement à l'article 34 du projet de loi « Pour un Etat au service d'une société de confiance », amendement adopté le 12 juin par l'Assemblée nationale. Selon cet amendement, « pour les procédures de mise en concurrence mentionnées à l'article L. 311-10 du code de l'énergie relatives à des installations de production d'énergie renouvelable en mer dont le candidat retenu a été désigné avant le 1^{er} janvier 2015 et pour lesquelles les contrats prévus à l'article L. 311-12 du même code n'ont pas encore été conclus à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, le ministre chargé de l'énergie peut demander, préalablement à la conclusion desdits contrats, au candidat retenu d'améliorer son offre,

d'électricité produite à partir d'énergie solaire (CE 28 janvier 2011, *Sté Ciel et Terre*, req. n° 344973) : de la même manière, le CE a privilégié le droit des consommateurs (droit à l'énergie) sur le droit de produire de l'énergie en considérant que bien que la mesure soit susceptible d'entraîner « *un préjudice économique, pouvant revêtir (...) un caractère de gravité*, la condition d'urgence ne peut être regardée comme remplie pour en justifier la suspension.

⁶⁷¹ Cour des comptes, « Le soutien aux énergies renouvelables », Communication à la commission des finances du Sénat mars 2018, p.9 <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/2018-04/20180418-rapport-soutien-energies-renouvelables.pdf>

notamment en diminuant le montant du tarif d'achat, en modifiant les modalités de révision ou de versement de ce tarif ou en réduisant la puissance de l'installation, le cas échéant par dérogation à certaines dispositions du cahier des charges mentionné aux articles L. 311-10-1 et suivants du code de l'énergie ». L'amendement précise aussi que « l'acceptation de l'offre améliorée par le ministre chargé de l'énergie emporte, en tant que de besoin, mise à jour du cahier des charges mentionné aux articles L. 311-10-1 et suivants du code de l'énergie et le contenu de cette offre améliorée s'impose au contrat que le candidat retenu conclut avec Électricité de France conformément à l'article L. 311-12 du code de l'énergie »⁶⁷². L'Etat se réserve ainsi la faculté de demander au candidat retenu d'améliorer son offre, notamment en diminuant le montant du tarif d'achat, en modifiant les modalités de révision ou de versement de ce tarif ou en réduisant la puissance de l'installation » s'agissant des projets attribués en 2011 et 2013. Cette renégociation a finalement permis de ramener les tarifs à une fourchette comprise entre 126 et 161 euros le kWh au lieu des 200 euros précédemment attribués, permettant ainsi d'économiser 15 milliards d'euros de subventions publiques sur vingt ans⁶⁷³. Un terrain d'entente a finalement été trouvé entre l'Etat et les développeurs, mais cette phase de renégociation a soulevé au sein de la filière éolienne offshore une vague d'inquiétude, dans la mesure où les projets pouvaient se voir annulés en cas d'échec des négociations. La contingence de l'intérêt général caractérisant cette activité est ici manifeste.

Outre son intervention directe sur le marché par le biais de soutiens financiers aux projets EMR, l'État intervient également de façon indirecte sur le marché de la production d'électricité en mer.

§2- La prégnance de l'État sur le marché de la production d'électricité EMR

La présence étatique sur le marché de la production d'énergie en mer n'est pas sans rappeler le secteur de l'électronucléaire, dont l'origine procède de l'initiative de l'État. En effet, toutes les infrastructures du nucléaire civil sont d'origine étatique et militaire. Les laboratoires de recherche, les unités d'enrichissement de l'uranium, les usines de retraitement, de par leur taille, ainsi que « la science nucléaire elle-même ne pouvaient être que des créations historiques de l'État »⁶⁷⁴ en raison des capitaux colossaux nécessaires, des risques financier et technologique. Le rôle de l'État est tout aussi primordial dans le secteur des EMR. L'État constitue non

⁶⁷² Ce projet de loi a été adopté et est devenu la loi n°2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance, article 58 III (JORF 0184 du 11 août 2018).

⁶⁷³ « Éolien en mer : Macron confirme les six parcs, un tarif de 150 €/MWh évoqué », Green Univers, 20 juin 2018.

⁶⁷⁴ J.C. DEBEIR, J.P. DELEAGE et D. HEMERY, *Une histoire de l'énergie*, Flammarion 1986, édition revue et augmentée en 2013, pp.357 et 358.

seulement un soutien extérieur au marché, mais aussi un acteur majeur sur le marché de la production d'électricité en mer (A), invitant à s'interroger sur la compatibilité de cette prégnance étatique avec le droit de la concurrence (B).

A- Les manifestations de la prégnance étatique sur le marché de la production d'électricité EMR

La structure du marché de la production d'électricité de source EMR est plus monopolistique et centralisée que dans les autres secteurs des énergies renouvelables, où les collectivités territoriales et les producteurs d'électricité de taille moyenne jouent un rôle non négligeable (1). Le coût faramineux de l'implantation des parcs EMR évince les PME dans l'exploitation de la production, celles-ci n'intervenant que comme sous-traitants, laissant la place à de grands groupes dont la plupart sont détenus directement ou indirectement par l'État (2).

1- Le rôle limité des collectivités territoriales dans la production d'électricité EMR

Les collectivités territoriales ne sont pas présentes sur le marché de la production d'électricité EMR (b). Cette absence révèle ainsi une autre spécificité de ce marché, contrairement à celui de la production des énergies renouvelables terrestres, où le rôle de producteur des collectivités territoriales est plus prégnant (a).

a) La présence croissante des collectivités territoriales dans la production d'électricité de source renouvelable

Bien que l'État français n'ait pas souhaité partager le secteur stratégique de l'énergie au moment de la décentralisation⁶⁷⁵, les collectivités locales ont vu leurs compétences s'accroître depuis une vingtaine d'années dans le secteur des énergies renouvelables. Les lois « Grenelle I (2009) et II (2010) témoignent du besoin actuel de l'État de s'appuyer sur les collectivités locales. La loi du 10 février 2000⁶⁷⁶ relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité a élargi les possibilités d'intervention des collectivités. La Caisse des dépôts et consignations dans son rapport sur le rôle des collectivités territoriales en 2011, rappelant

⁶⁷⁵ D. TURPIN, *Jcl. Collectivités territoriales* Fasc. 430 Compétences régionales, 4 mars 2013, n°127: « Si « l'énergie est une des chances de la décentralisation et celle-ci une chance de celle-là » pour le ministre E. Herve (le 6 octobre 1981, lors de la discussion du « programme d'indépendance énergétique » a l'Assemblée nationale : Journal Officiel 7 octobre 1981), force est de reconnaître que, du fait du type d'énergie privilégié (le nucléaire n'est-il pas produit par des « centrales » ?), ce domaine est longtemps resté exclu des lois de décentralisation (J.-Y. FABERON, « Énergie, les réticences de la décentralisation : *AJDA* 1985, p.571 et s »).

⁶⁷⁶ Loi n°2000-108 du 10 février 2000, qui a transposé la directive du 19 décembre 1996 relative aux règles communes pour le marché intérieur de l'électricité. Cette loi organise l'ouverture du marché de la fourniture de l'énergie à la concurrence, la distribution demeurant en monopole.

l'article 6 de la directive 2009/28/CE, met en exergue l'incitation à la production décentralisée d'énergie par les collectivités locales. Cette directive encourage en effet les États membres à soutenir les administrations régionales et locales dans l'installation ou la recommandation des équipements de chauffage, de climatisation et de production d'électricité fonctionnant à partir d'énergies renouvelables, notamment dans le cadre de leur politique d'urbanisme. Ce phénomène s'observe ainsi dans les secteurs de la production d'électricité photovoltaïque et éolienne terrestre. Les communes et leurs groupements⁶⁷⁷, ainsi que les départements et les régions⁶⁷⁸, peuvent ainsi être producteurs d'électricité pour leur propre usage, ou aux fins de revente et bénéficier de l'obligation d'achat⁶⁷⁹, sous condition d'obtention de l'autorisation d'exploiter délivrée par le ministre chargé de l'Énergie⁶⁸⁰. La loi POPE de 2005 a ouvert aux maires la possibilité d'utiliser leurs compétences en matière d'urbanisme pour promouvoir les énergies renouvelables.

La loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique a complété l'article L. 2253-1 du code général des collectivités territoriales et permet aux communes de participer au capital d'une SA ou d'une SAS dont l'objet est la production d'énergies renouvelables par des installations situées sur leur territoire ou sur des territoires situés à proximité et participant à l'approvisionnement énergétique de leur territoire. Elle accorde la même possibilité aux départements (art. L.3231-6 modifié du même code).

Elles peuvent intervenir de manière directe⁶⁸¹ en exploitant des réseaux ou des installations sur leur domaine public ou privé, leur patrimoine étant important. Elles peuvent être amenées aussi à contracter avec des tiers pour aménager et installer l'ouvrage de production d'électricité renouvelable dont elles sont propriétaires. Il s'agit d'une simple convention d'occupation domaniale, ou d'un bail emphytéotique administratif⁶⁸² (BEA) si l'opération n'est pas destinée à satisfaire les besoins de la collectivité. C'est le cas notamment lorsque la collectivité, après avoir aménagé et intégré une centrale solaire photovoltaïque à l'un de ses bâtiments, la met à disposition en tant que bien appartenant à son domaine public. Le BEA apparaît comme un instrument privilégié de la réalisation d'une installation photovoltaïque notamment sur le domaine public lorsque son propriétaire ne souhaite pas l'exploiter lui-même. Le BEA

⁶⁷⁷ Article L.2224-32 du code général des collectivités territoriales (CGCT).

⁶⁷⁸ Cette compétence leur a été attribuée par l'article 88-1 de la loi dite « Grenelle 2 » du 12 juillet 2010.

⁶⁷⁹ D. BAILLEUL (dir.), *L'énergie solaire. Aspects juridiques*. Université de Savoie, 2011, pp. 69 et 70 ; P. SABLIERE, *Droit de l'énergie*, Dalloz, 2013, n°131-34.

⁶⁸⁰ A. FOURMON, « Les enjeux de la compétence des collectivités territoriales en matière d'énergie et de chaleur », *Gazette du Palais*, 4 juillet 2009, n°185, p.10.

⁶⁸¹ Via notamment les SPL. Cf *infra*.

⁶⁸² Le BEA est né du bail emphytéotique de droit privé. L'article L.1311-2 du CGCT, dispose en effet, qu'« un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L.451-1 du code rural ».

s'assimile un peu en ce sens à la concession de travaux dans la mesure où le preneur réalisant les travaux et la maintenance se rémunère par la vente de l'électricité produite. Le mécanisme du BEA permet de valoriser le domaine tant public que privé des collectivités territoriales par l'installation d'ouvrages de production d'électricité. Cette fonction de valorisation peut toutefois être discutée, dans mesure où, s'il est effectivement de nature à améliorer la valeur du fonds dans un premier temps, l'apport paraît en revanche minime à la fin du bail, compte tenu de l'usure de l'installation⁶⁸³. En revanche, si l'opération répond à un besoin de la collectivité, elle relève du droit de la commande publique. Le recours à la société publique locale (SPL) leur permet toutefois de s'affranchir dans une certaine mesure des contraintes de mise en concurrence⁶⁸⁴.

b) L'absence des collectivités territoriales de la production d'électricité EMR

La décentralisation de la production d'électricité EMR ne semble pas à l'ordre du jour. Est-ce la gestion étatique du domaine public maritime qui freine l'intervention des collectivités territoriales dans la production d'électricité EMR ? En effet, l'on pourrait arguer que la production par les collectivités territoriales d'électricité de source renouvelable, photovoltaïque notamment, entre dans le cadre de la valorisation de leur domaine public ou privé. Faute pour celles-ci d'être propriétaires du domaine public maritime naturel, elles ne sont pas compétentes pour valoriser celui-ci. Elles pourraient toutefois vouloir exploiter les EMR afin de répondre à leurs besoins en électricité.

Un parallèle peut être établi avec la production de chaleur et de froid. Il existe en effet des initiatives locales de production d'énergie à partir des EMR, et notamment dans le domaine de la thalassothermie. La thalassothermie repose sur un système qui consiste à pomper l'eau de mer en différents points à une profondeur comprise entre 15 et 20 mètres, là où la température est constante à 14 degrés. Par l'intermédiaire d'une centrale l'eau de mer cède ensuite ses calories à un réseau d'eau douce circulant en serpentin entre les bâtiments et alimentant les pompes à chaleur situées dans les différents bâtiments.

La commune de La Seyne-sur-Mer a développé un réseau public de chaleur et de froid conçu pour satisfaire les besoins en chauffage, climatisation et eau chaude sanitaire des bâtiments qui s'y raccordent. Le système répond aux besoins de 60 000 m² de bâtiments publics et privés. Il utilise l'énergie thermique que contient l'eau de mer en la transférant au réseau d'eau douce alimentant les pompes à chaleur eau/eau des bâtiments. La ville de Marseille et Euroméditerranée sont maîtres d'ouvrage d'un projet de boucle à eau de mer dont les premiers

⁶⁸³ *L'énergie solaire. Aspects juridiques. Op.cit.* pp. 267 et s.

⁶⁸⁴ A. FOURMON, « Le recours aux sociétés publiques locales (SPL) comme nouvel instrument du développement des énergies renouvelables pour les collectivités », *Gazette du Palais*, 25 septembre 2010, n°268, p. 34.

raccordements sont prévus pour 2016-2017 puis une extension sur la période 2020-2030. La ville de Marseille souhaite depuis plusieurs années doter son territoire d'une structure produisant du chaud et du froid à partir de l'énergie calorifique de la mer. Le bilan de consommation des bâtiments ainsi raccordés à la boucle à eau de mer serait inférieur de 56% pour les bureaux et 50% pour les logements. Un lancement d'avis d'appel à concurrence devrait avoir lieu en janvier 2015 pour un début des travaux d'installation à la mi-2015⁶⁸⁵. La conception, la construction et l'entretien sont financés par un opérateur privé unique sous la forme d'un contrat de partenariat⁶⁸⁶. Ces projets nécessitent une autorisation d'occupation du domaine public maritime.

Ce scénario pourrait-il s'appliquer à la production d'électricité ? L'obstacle à la décentralisation de la production d'électricité ne semble pas provenir de la centralisation de la gestion du domaine public maritime mais plutôt de la configuration des réseaux de distribution. En effet, contrairement aux réseaux d'électricité, les réseaux assurant la distribution de la chaleur et du froid ne sont pas séparables de l'unité de production, si bien que ces activités forment un tout techniquement non dissociable, et donc juridiquement non « dégroupable ». L'expression « réseau de chaleur » (mais cela peut s'appliquer au froid) s'explique ainsi par le fait qu'un opérateur est tout à la fois le producteur et aussi celui qui vend son énergie thermique ou frigorifique.

Comme l'explique B. LE BAUT-FERRARESE⁶⁸⁷, « il n'existe pas pour l'activité de production de chaleur et de froid de régime d'entrée en production (autorisation administrative préalable) similaire à celui adopté pour le secteur électrique. (...) Ces secteurs évoluent (en effet) sur la base de modèles économiques très différents. D'abord (...) les considérations

⁶⁸⁵ <http://www.echoplanete.com/actu/Energie/euromediterranee-raccord-avec-la-boucle-a-eau-de-mer/>

⁶⁸⁶ FF7197.01-RN003-Rapport final du 23 février 2011 DREAL PACA : il s'agit d'un PPP avec dialogue compétitif.

⁶⁸⁷ B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, Le Moniteur, 2012, p.126 : « Ces différences tiennent au fait que ce que l'on nomme usuellement un « réseau de chaleur » (ou de froid) est une installation complexe puisqu'il s'agit d'un ouvrage composé invariablement des éléments constitutifs suivants : d'abord une ou plusieurs unités de production, ensuite un réseau de canalisation empruntant la voie publique ou privée, enfin un ou plusieurs postes de livraison de la chaleur aux utilisateurs (les sous-stations). Les ouvrages liés à la production de chaleur ou de froid ont pour caractéristique de s'agencer dans le cadre d'une chaîne économique au sein de laquelle ils sont objectivement indissociables, sauf à rompre la nécessaire unité technique des installations. C'est la raison pour laquelle la transposition au secteur en cause du modèle économique, qui sous l'influence de la doctrine néolibérale, s'est imposé en Europe pour les secteurs électriques et gazier, et a conduit à séparer sur les plans juridique, comptable, voire physique, les différents segments d'activité (production, fourniture, transport, distribution) liés à ces secteurs, ne peut être ici raisonnablement envisagée (...) Il est vrai qu'à la différence de la situation caractérisant le secteur électrique, le principe même d'un (...) régime de contrôle (administratif) *a priori* (sur la production, distribution, commercialisation) pourra difficilement procéder du droit de l'UE. D'une part parce que les énergies ici considérées (chaleur, froid) sont vouées à être échangées dans des réseaux de taille modeste (micro-réseaux) et échappent de ce point de vue à la logique des échanges interétatiques du « bien-énergie ». D'autre part, parce que le droit issu de l'ordre juridique européen est surtout connu pour combattre les obstacles à la libre circulation de l'ensemble des facteurs de production plutôt que pour organiser des cloisonnements de marché, ce qui ne manquerait pas de résulter ici de l'éventuelle imposition d'une charge administrative subordonnant l'accès à l'activité économique ici identifiée ».

d'intérêt général sont forcément moins prégnantes dans les secteurs de l'énergie thermique et du froid compte tenu de l'importance moindre de ces derniers pour le fonctionnement de l'économie et des services publics du pays ». La production et la distribution de chaleur/froid en France n'a jamais fait l'objet d'un monopole légal, contrairement au secteur de l'électricité, qui s'est vu imposer sous l'effet de sa libéralisation la séparation juridique des activités de production et de transport et distribution.

Cependant, les collectivités territoriales qui produisent de l'électricité pour leur propre consommation, et dont le lieu physique de production de l'électricité diffère du lieu physique de consommation (ce qui pourrait être le cas de l'exploitation des EMR, contrairement à l'énergie solaire qui peut être produite et consommée sur place) peuvent se voir garantir, selon l'article L.111-94 du code de l'énergie, un droit d'accès aux réseaux publics de transport et de distribution pour satisfaire, à partir de leurs installations de production et dans la limite de leur production, les besoins des services publics locaux dont elles assurent la gestion directe⁶⁸⁸. Les collectivités territoriales proches du littoral pourraient aussi bénéficier du régime juridique de production d'électricité par des installations dites « de proximité » (Art. L.2224-33 CGCT). Ce texte permet aux collectivités concédantes de la distribution publique d'électricité d'« aménager, exploiter directement ou faire exploiter par leur concessionnaire, toute installation de production d'électricité de proximité » lorsqu'elle est de nature à éviter l'extension ou le renforcement des réseaux publics de distribution d'électricité relevant de leur compétence⁶⁸⁹.

Dans l'État unitaire décentralisé qu'est la France, l'échelon local ne détient pas de compétence de principe dans le domaine de l'énergie, et ne peut donc pas mener en la matière de politiques totalement autonomes des choix effectués au niveau étatique, contrairement à ce qui se passe dans certains États fédéraux. En Allemagne les *Stadtwerke* sont très impliquées dans la production locale d'énergie. Signifiant littéralement « Atelier municipal », la *stadtwerk* est une institution typiquement allemande jouant un rôle fondamental dans la vie locale ainsi que dans plusieurs secteurs économiques, notamment la production et la distribution d'énergie. Les *Stadtwerke* sont des entreprises communales de statut public ou mixte. Elles peuvent aussi appartenir à des groupements de communes. Leur statut juridique est de droit privé⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ P. SABLIERE, *Droit de l'énergie*, Dalloz 2013, n°815.42, p. 2149 ; B. LE BAUT-FERRARESE *op.cit.* pp. 502 et 503.

⁶⁸⁹ *Ibid.* pp. 507 et s.

⁶⁹⁰ H. COURIVAUD, *Jcl. Concurrence-consommation*, Fasc.121 « Droit de la concurrence et entreprises publiques », Avril 2009, n°20 : « Tant ces établissements publics que les Stadtwerke jouent un rôle important pour le développement de l'activité économique locale conformément aux principes d'inspiration listienne (cf. F. List, *Principes d'économie politique* : 1841) qui restent une référence en Allemagne, et plus largement en Europe

Ce statut privé a permis le développement de relations commerciales entre les collectivités locales et les groupes privés tels que RWE et E.on, EnBW et Vattenfall⁶⁹¹. Les *Stadtwerke* ont en effet pour projet d'investir dans les parcs éoliens en mer. Elles ne produisent à l'heure actuelle que 10% de l'électricité allemande, mais elles veulent atteindre 25% d'ici 10 à 15 ans. Le coût d'électricité très élevé les contraint cependant à collaborer avec ces groupes énergétiques, ceux-ci devant s'appuyer à leur tour sur les *Stadtwerke* pour pouvoir approcher plus aisément les consommateurs finals.

Les collectivités territoriales françaises ont pourtant elles aussi la possibilité, selon l'article L.1531-1 du CGCT, de créer des sociétés publiques locales (SPL), dont elles détiennent la totalité du capital. Ces sociétés, revêtant la forme de sociétés anonymes (SA), sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L.300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général⁶⁹².

La décentralisation de la production d'électricité EMR, bien que juridiquement possible, n'est pas encore d'actualité. Les collectivités territoriales semblent pourtant vouloir prendre une part active dans le développement des EMR. En témoigne l'exemple de la SPL ONEM, créée en 2012, fruit d'un accord politique entre la Région Basse Normandie, le département de la Manche et la Communauté urbaine de Cherbourg afin d'asseoir la stratégie EMR autour des industriels de la Région, et de soutenir le développement des technologies comme l'hydrolien,

centrale, sous les appellations de, *Mittelstand* ou de *örtliches Versorgungskonzept*. Ces deux formes d'entités sont donc au service d'un interventionnisme étatique qui, à la différence de la France, ne vient pas directement en aide aux entreprises ou à leurs groupements sous forme de subventions en capital ou d'avances ou prêts en trésorerie, mais veillent à ce que ces entreprises, évoluant dans un environnement concurrentiel disposent de conditions de développement économique favorable et d'une clientèle de consommateurs évoluant dans un cadre social (*soziale Marktwirtschaft*) et constitutionnel (*Rechtsstaat, Sozialstaat*) stable ».

⁶⁹¹<http://corporate.vattenfall.com/news-and-media/press-releases/2014/vattenfall-continues-to-invest-in-offshore-wind-in-germany>: Vattenfall, l'énergéticien suédois, a conclu un accord de partenariat avec StadtwerkeMunchen (Munich City Utilities SWM) pour investir conjointement 11 milliards de couronnes suédoises (1.2 milliards d'euros) dans un parc éolien offshore au large de la Mer du Nord.

⁶⁹² C. DEVES, « De la société d'économie mixte locale à la société publique locale : similitudes ou grand écart ? », *RFDA* 2012, p.1082. : Il existe des similitudes mais aussi des différences entre la SPM et la SEML (société d'économie mixte locale). Une SPL par ex ne peut prendre en charge une activité d'intérêt général de sa propre initiative comme cela est possible pour les SEML. Les SPL puisent leur inspiration dans la théorie des relations dites « inter organiques » ou « intégrées », appelées aussi prestations « *in house* ». Plus globalement, l'actualité du « *in house* » renvoie à un débat qui s'instaure au niveau européen et qui porte justement sur la capacité des collectivités territoriales et notamment des communes à pouvoir gérer des services publics sans ouvrir ces marchés à la concurrence des grands groupes privés. En effet, si l'on prend l'exemple de l'Italie et de l'Allemagne ou de la Belgique, les services publics locaux relèvent d'organismes dépendant des communes (*Stadtwerke* en Allemagne, *aziendecomunalizzate* en Italie) qui assurent directement la gestion de différents services publics. Ce n'est que récemment que ce mode d'organisation a été remis en cause au niveau communautaire, voire par la loi des États.

dont le potentiel sur le site du Raz Blanchard est estimé à 5 GW, soit le deuxième gisement mondial⁶⁹³.

En outre, des outils tels que les schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie (SRCAE) les incitent à promouvoir les énergies renouvelables localement. Les SRCAE déclinent au niveau régional les objectifs issus du paquet énergie-climat de l'Union européenne. Selon la loi « Grenelle 2 », ils établissent, « par zones géographiques, les objectifs qualitatifs et quantitatifs à atteindre en matière de valorisation du potentiel énergétique terrestre, renouvelable et de récupération (...). Le but est de « recenser l'ensemble des gisements de production d'énergie renouvelable (...) en fonction de critères socio-économiques et environnementaux et de définir en association avec les acteurs locaux (collectivités locales, entreprises, citoyens) le niveau de contribution régionale à l'atteinte des objectifs de la France »⁶⁹⁴. Il est intéressant de noter que cette compétence de planification était auparavant dévolue à l'État mais a été décentralisée grâce à la loi Grenelle 2. Le SRCAE ne se substitue toutefois pas à la compétence étatique, qui est première, sinon même exclusive. Ainsi, la compétence dévolue à la Région n'est jamais que subsidiaire par rapport à celle de l'État⁶⁹⁵.

La région Poitou Charente a créé le Plan Régional du développement des Énergies Marines⁶⁹⁶, dans le cadre du SRCAE Poitou-Charentes co-élaboré par l'État et la Région. Ce SRCAE comprend en effet trois parties, un rapport, un document d'orientations et d'objectifs et un volet annexe (Schéma Régional Éolien). Les énergies marines font partie, avec la méthanisation, les carburants nouvelles générations, l'électricité solaire, l'isolation des logements et l'éolien, des axes de développement de la Région pour une énergie durable, moins coûteuse et accessible à tous⁶⁹⁷. Ce SRCAE précise toutefois que les textes réglementaires ne prévoyant pas au sein de celui-ci, la prise en compte des énergies marines, il ne fait état que d'informations relatives au potentiel de ressources exploitables sans fixer d'objectifs précis comme pour les autres énergies renouvelables⁶⁹⁸. Le SRCAE de Bretagne a également procédé à une estimation du potentiel de mise en valeur des ressources EMR. Le potentiel éolien à 2030 est estimé entre 1 500 et 2 500

⁶⁹³ <http://www.actu-environnement.com/ae/news/geraldine-martin-onem-normandie-Énergies-marines-raz-blanchard-eolien-offshore-hydroliennes-24417.php4#xtor=ES-6>, « Avec un potentiel de 5GW, le Raz Blanchard est devenu le premier site hydrolien mondial en terme industriel », 28 avril 2015.

⁶⁹⁴ Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010, art.68 et art.90 codifiés C. env., art.L.222-1 à L.222.3.

⁶⁹⁵ MEDDTL, instruction du 29 juillet 2011 relative aux schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie, circulaire. www.legifrance.gouv.fr/pdf/2011/08/cir_33578.pdf

⁶⁹⁶ Ce plan prévoit, outre le soutien aux technologies EMR, de faciliter le développement des projets EMR en concertation avec les acteurs locaux et les régions européennes de l'Arc Atlantique. Il ne prévoit pas réellement de délimitation de zones propices comme l'ont fait les préfets pour l'éolien offshore.

⁶⁹⁷ www.poitou-charentes.fr/air-Énergie-dechets-transports/schema-regional-climat-air-Énergie.html, www.poitou-charentes.fr/environnement/air-Énergie-dechets-transports/Énergies-marines.html.

⁶⁹⁸ SRCAE Poitou-Charentes, p.52 et 53, www.poitou-charentes.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/volume_2_26_mars_VF_cle01e719.pdf

MW, à 2050 entre 2 100 et 3500 MW. Le potentiel hydrolien quant à lui est évalué à 100 MW⁶⁹⁹.

Les EMR, et notamment l'éolien en mer, sont exclues du champ des SRCAE, en raison de l'exclusivité de la compétence étatique pour gérer le DPM et la planification spatiale des zones propices EMR. L'échelle régionale semble pourtant pertinente pour développer les EMR. Les régions sont dotées de compétences en matière d'aménagement du territoire, terrestre, elles gèrent les politiques de développement territorial, d'environnement et de développement économique. Elles sont aussi compétentes en matière d'innovation et de formation. Or la problématique énergétique est transversale à toutes ces compétences. Un parc éolien offshore n'est pas comparable à un parc éolien terrestre, pour lequel la compétence communale peut suffire. Une compétence régionale semble mieux adaptée aux enjeux d'un parc offshore. La région semble être l'échelon le plus adapté notamment dans le choix de la technologie EMR à développer, car les caractéristiques physiques des littoraux ne sont pas les mêmes. Tout comme l'Union européenne laisse aux États membres la liberté de choix des ressources énergétiques à exploiter, l'État pourrait laisser ce choix aussi aux régions.

Cela ne semble toutefois pas à l'ordre du jour. Les tentatives d'amendement au projet de loi sur la transition énergétique pour une meilleure prise en compte des SRCAE dans les programmations pluriannuelles de l'énergie (PPE) ont reçu un avis défavorable de la ministre de l'environnement en septembre 2014⁷⁰⁰.

Si les collectivités territoriales sont absentes du marché de la production d'électricité EMR, l'État en revanche opère indirectement sur ce marché.

2- La présence de l'État au capital des principaux intervenants sur le marché des EMR

Bien que la production d'électricité soit ouverte à la concurrence depuis la loi du 8 février 2000, EDF demeure le principal producteur d'électricité en France⁷⁰¹. EDF n'est certes plus une société de droit public mais une société anonyme de droit privé depuis 2004. Elle n'en demeure pas moins une entreprise publique puisqu'elle est détenue par l'État à hauteur de 84,49%. La participation d'EDF à la réalisation des objectifs français de production d'électricité renouvelable est établie. Selon l'article L.121-3 du code de l'énergie, EDF contribue à la

⁶⁹⁹SRCAE Bretagne 2013-2018 pp. 99 et s.

⁷⁰⁰ « Gouvernance de l'énergie : l'État garde la main, les collectivités mettent en œuvre », www.actu-environnement.com 30 septembre 2014 : Ségolène Royal a considéré « qu'il y a un risque de contraindre la PPE par une territorialisation trop précise. Si, en termes de ressources, les SRCAE éclairent le débat, ils ont été menés de manière si différente dans les régions que leur prise en compte de manière exhaustive risquerait d'alourdir considérablement les procédures ».

⁷⁰¹ D. TURPIN, *Jcl. Collectivités territoriales*, Fasc. 430 Compétences régionales, 4 mars 2013, n°127 : l'« État-EDF » n'a laissé « que peu de place aux énergies renouvelables (...) dont la gestion aurait pu être régionalisée »

mission de « développement équilibré de l’approvisionnement en électricité », en participant à la réalisation des objectifs fixés dans le cadre de la PPI, ou par l’achat de l’électricité produite à partir des énergies renouvelables⁷⁰². EDF s’engage ainsi à répondre aux appels d’offres, via sa filiale EDF EN notamment, dont il détient 100 % depuis l’été 2011.

L’État est actionnaire à hauteur de 33,6% de GDF Suez. La loi du 7 décembre 2006 n°2006-1537 lui impose de détenir à tout moment plus du tiers du capital de la société. C’est pourquoi il n’a cédé que 3,1% (1,5 milliards d’euros) en juin 2014 afin de financer sa montée au capital d’Alstom. Mais en réalité une disposition de la récente loi dite « Florange » impose pour toutes les entreprises cotées l’attribution de droits de vote doubles au bénéfice des actionnaires détenteurs de leurs titres depuis au moins deux ans. L’État ne détenait donc pas 36,7% mais 51,2% des droits de vote de GDF Suez et pouvait donc vendre jusqu’à 23,9% de la société.⁷⁰³. Quant à AREVA, l’État en contrôle le capital directement ou indirectement à hauteur de 86,52%. En effet, il détient directement 21,68% des parts, tandis que le CEA (Commissariat à l’Énergie Atomique qui est un EPIC, soit un établissement public à caractère industriel et commercial) y est présent pour 61,52%, et EDF pour 2,24%.

Or EDF, GDF Suez et AREVA sont présentes au sein des trois consortia⁷⁰⁴ lauréats des appels d’offres éolien offshore les 6 mai 2012 et 7 mai 2014.

B- La prégnance étatique sur le marché de la production d’électricité EMR à l’épreuve du droit de la concurrence

Malgré la libéralisation du marché de l’électricité, l’État demeure actionnaire de grands groupes présents sur le marché de la production d’électricité EMR, le soumettant ainsi à l’épreuve du droit des aides d’État (1). L’État est non seulement un opérateur sur ce marché, mais il en est aussi le régulateur et doit en garantir le bon fonctionnement. Afin de séparer ces activités et garantir une meilleure impartialité, la fonction de régulation sectorielle est confiée à une autorité administrative indépendante, la Commission de régulation de l’Énergie. La régulation sectorielle du marché de production d’électricité EMR doit se combiner avec celle qui est exercée par les autorités de régulation de la concurrence sur le marché naissant des EMR (2).

⁷⁰² B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, Le Moniteur, 2012, p.501.

⁷⁰³ <http://www.lefigaro.fr/societes/2014/06/25/20005-20140625ARTFIG00130-l-Etat-cede-du-gdf-suez.php>:

« L’État cède 3,1% de GDF Suez pour financer son entrée dans Alstom », 25 juin 2014.

⁷⁰⁴ Analysés *infra*.

1- La présence capitalistique de l'État à l'épreuve du droit de la concurrence

L'existence d'opérateurs privés à capital public sur le marché des EMR ne constitue pas en soi une entorse au droit européen de la concurrence. L'article 345 du TFUE stipule que « le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété des États membres », offrant ainsi un fondement juridique à la régularité de leur présence sur le marché. Certains aspects du fonctionnement de ces opérateurs font toutefois l'objet d'un contrôle étroit de la part des autorités européennes. En effet, toutes les interventions capitalistiques de l'État tombent sous le coup de la qualification d'aide d'État. La CJUE a jugé que « l'intervention des pouvoirs publics dans le capital d'une entreprise, sous quelque forme que ce soit, peut constituer une aide étatique lorsque les conditions visées à l'article 107 TFUE sont remplies⁷⁰⁵ ». Les autorités européennes utilisent le critère de l'opérateur agissant dans des conditions normales de marché, afin de déterminer si l'État a octroyé une aide. La poursuite d'un intérêt économique supérieur n'est pas une cause de justification de l'aide versée. Les prérogatives exorbitantes de l'actionnaire public sont strictement limitées.

L'institution d'une action spécifique notamment n'est pas en soi irrégulière mais doit répondre à des critères précis⁷⁰⁶. Une action spécifique ou *golden share*, peut être créée au moment de la privatisation. Elle confère des prérogatives exorbitantes à l'État actionnaire, ce qui contribue à maintenir l'entreprise privatisée dans une catégorie à mi-chemin entre le secteur privé et le secteur public. L'action spécifique confie à son titulaire des pouvoirs sans commune mesure avec sa participation au capital. Les droits attachés à une seule action permettent à l'État de faire échec à la volonté de la majorité des actionnaires⁷⁰⁷. Une action spécifique a notamment été instituée pour GDF en 2006, pour préserver les intérêts essentiels de la France dans le secteur de l'énergie, et notamment la continuité et la sécurité de l'approvisionnement en énergie. En droit communautaire l'institution d'une action spécifique est susceptible de contrevenir au principe de libre circulation des capitaux protégée par l'article 63 TFUE, ainsi que la liberté d'établissement garantie par l'article 49 TFUE⁷⁰⁸.

Dans trois arrêts rendus le 4 juin 2002⁷⁰⁹, la CJCE a précisé l'application du principe de libre circulation des capitaux au secteur public. Saisie de recours en manquement introduits par la Commission contre la Belgique, la France et le Portugal, dans lesquels étaient en cause les

⁷⁰⁵ CJCE 21 mars 1991, *Italie c/Commission*, Aff. C-305/89.

⁷⁰⁶ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 4^e éd. Montchrestien Paris 2014, n°645 et s, p.355 et s ; A. CARTIER-BRESSON, *L'État actionnaire*, LGDJ, 2010, p.351 et s.

⁷⁰⁷ P. MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ Paris 2007, n°49 p. 88.

⁷⁰⁸ S. NICINSKI *op.cit.* n°645 p.356.

⁷⁰⁹ CJCE 4 juin 2002, *Commission c/France*, Aff. C-483/99 ; du même jour *Commission c/Portugal* Aff. C-367/98 et *Commission c/ Belgique*, Aff. C-503/99.

régimes des actions privilégiées détenues par l'État dans certaines sociétés du secteur de l'énergie, la Cour a uniquement rejeté le recours dirigé contre la Belgique, dans la mesure où l'exercice des pouvoirs attachés aux actions spécifiques détenues par l'État belge dans la société Distrigaz lui est apparu suffisamment encadré. La Cour a relevé que le régime en cause est un régime d'opposition, et non d'autorisation préalable comme en France, exercé par le ministre de tutelle dans des délais stricts, que ce régime est limité à certaines décisions concernant les actifs stratégiques des sociétés en cause (réseaux d'énergie en particulier) ou à des décisions de gestion qui s'y rapportent. Elle a en revanche condamné la France et le Portugal pour manquement à leur obligation d'assurer la libre circulation des capitaux⁷¹⁰. Dans l'arrêt *Commission c/France* notamment, le raisonnement de la Cour se divisait en plusieurs étapes. L'action doit tout d'abord être spécifique dans son fondement. La Cour admet qu'elle peut être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, parmi lesquelles la protection d'un service d'intérêt général⁷¹¹. Elle doit ensuite répondre au test de proportionnalité. Il a été jugé que dans les secteurs du pétrole, des télécommunications et de l'électricité, l'objectif de garantir la sécurité d'approvisionnement de tels produits ou la fourniture de tels services en cas de crise sur le territoire de l'État membre en cause peut constituer une raison de sécurité publique⁷¹².

2- La régulation bicéphale du marché de la production d'électricité EMR

Contrairement à l'Allemagne, la France a créé une autorité administrative indépendante (AAI), la Commission de régulation de l'énergie (CRE), afin de réguler le marché de l'électricité. Son rôle est à la fois un rôle consultatif, réglementaire, et de gestion des différends⁷¹³. Il oscille entre la régulation du marché de l'électricité et la protection du service public de l'électricité. Selon G. CHAVRIER⁷¹⁴, « la mission ingrate confiée à la CRE » est de « surmonter (la) difficulté (qu'il y a à maintenir un service public fort en même temps qu'un secteur français concurrentiel dans un marché unique) à la place du législateur ».

La mission d'une autorité de régulation sectorielle telle que la CRE consiste à veiller à ce que les opérateurs entrants puissent exercer leurs activités dans des conditions acceptables par rapport à l'opérateur historique qu'est EDF. L'ouverture à la concurrence se traduit par la promotion de deux droits d'accès aux nouveaux opérateurs sur le marché : un droit d'accès aux

⁷¹⁰ C. ISIDORO, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume Uni)*, L.G.D.J. Paris 2006 pp.141 et s.

⁷¹¹ CJCE 28 septembre 2006, *Commission c/ Pays Bas*, Aff. C-282/04 et C-283/04, *Rec.* p. I-9141.

⁷¹² CJCE 4 juin 2002, *Commission c/France*, Aff. C-483/99.

⁷¹³ S. NICINSKI *op.cit.* n°387, p.207 ; J.P. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique* 5^e éd. LGDJ 2010, n°1392 et s. pp. 740 et s.

⁷¹⁴ G. CHAVRIER, « Le service public de l'électricité est-il menacé ? », *Droit administratif*, n°10, Octobre 2002, Chron.18.

activités et un droit d'accès aux infrastructures⁷¹⁵, et ce dans des conditions transparentes et non discriminatoires. La CRE s'est notamment vue confier par l'État la mission d'organisation, de suivi et de contrôle des procédures d'appels d'offre pour la production d'électricité en mer, sur la base de l'article 6 de la directive 2009/72/CE et du décret n°2002-1434. A ce titre elle établit les cahiers des charges sur les recommandations du ministre, elle répond aux questions des candidats, examine les offres, propose une sélection et rend un avis motivé avant désignation des lauréats par le ministre⁷¹⁶.

Les nouveaux entrants sur le marché de la production d'électricité EMR, que ce soit Poweo, Neoen, ou Direct Énergie, ne sont toutefois pas à égalité avec des entreprises comme EDF EN ou GDF Suez. Quelle est la place des « petits » exploitants sur ce marché ? Peut-on réellement évoquer l'existence d'un marché concurrentiel dans le domaine des EMR ? Selon C. LUCAS DE LEYSSAC⁷¹⁷, « si le droit choisit de soumettre un marché à la concurrence, il n'en résulte pas automatiquement une compétition », la compétition étant selon lui, « la concurrence en action ». La concurrence relève du droit, tandis que la compétition relève des faits. Pour désigner un marché où la concurrence est possible en droit, mais n'existe pas en fait, il invite à employer l'expression de « marché ouvert à la concurrence », ce qui caractérise bien le marché des EMR. Le droit des pratiques anticoncurrentielles protégeant la concurrence n'oblige pas les entreprises à entrer en compétition, et « l'absence de compétition n'est pas à elle seule un indice de violation du droit de la concurrence ».

La CRE est censée assurer une « régulation asymétrique⁷¹⁸ » afin que les nouveaux entrants puissent devenir des acteurs à part entière de ce nouveau marché ouvert, ce qui se traduit par une sorte de discrimination positive à leur profit, par rapport aux avantages concurrentiels considérables de l'opérateur historique EDF. La « régulation asymétrique », selon C. LUCAS DE LEYSSAC, « agit sur le fait pas sur le droit, parce que le principe juridique de concurrence ne suffisant pas à déterminer l'acte de compétition, il faut créer les conditions de marché (...) qui déclencheront le passage à l'acte de compétition ».

Les candidats à l'accès au marché de l'éolien offshore sont cependant contraints de s'unir en consortiums⁷¹⁹ autour des grands opérateurs EDF et GDF, en raison des coûts exorbitants liés

⁷¹⁵ P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz 2011, p.133.

⁷¹⁶ G. GUEGUEN-HALLOUET, « L'appel d'offres éolien en mer à l'épreuve des règles européennes de concurrence » in *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques*. Actes du colloque de Brest 11 et 12 Octobre 2012, sous la dir. de G. GUEGUEN-HALLOUET et H. LEVREL, Pédone 2013, pp.96 et 97.

⁷¹⁷ C. LUCAS DE LEYSSAC, « Concurrence et compétition », *Recueil Dalloz* 2004, p.1722.

⁷¹⁸ *Ibid.*

⁷¹⁹ G. GUEGUEN-HALLOUET, *op.cit.* pp. 101 et s : Le terme « consortium » n'est défini par aucun texte légal ou réglementaire. En économie, un consortium est « une entente entre plusieurs personnes, associations ou entreprises en vue d'une coopération pour l'exécution d'une ou plusieurs opérations économiques, financières,

à l'implantation en milieu marin et de la multiplicité des compétences nécessaires, contrairement au marché de l'éolien terrestre ou solaire, sur lequel de petits exploitants peuvent intervenir. Les consortia lauréats du 1^{er} appel d'offres lancé en juillet 2011 sont d'une part la SAS (Société par actions simplifiées) Éolien Maritime France (EMF) dont les actionnaires sont EDF EN et Dong Energy Power, énergéticien danois, appuyés par Alstom en tant qu'équipementier et le développeur Nass & Wind. Dong Energy apportera son expertise de spécialiste et de pionnier de l'éolien en mer, Nass & Wind, ainsi que Poweo et WPD seront chargés de conduire des études environnementales et de mettre en œuvre la concertation locale. L'entrée d'Alstom pour la fourniture en exclusivité d'éoliennes offshore de nouvelles générations est un choix apparemment très structurant pour la filière industrielle française. Le second consortium lauréat est la SAS Ailes Marines, dont les actionnaires sont Iberdrola, énergéticien espagnol et le développeur français Éole-Res SA, secondés au sein d'un consortium par Neoen Res, filiale de la Caisse des dépôts, AREVA et Technip. Le consortium qui a remporté le second appel d'offres lancé en 2013 est mené par GDF Suez, associé à *EDP Renewables*, énergéticien espagnol et Neoen Marin, épaulé par le turbinier Areva⁷²⁰.

Ainsi, la collaboration des entreprises répondant aux appels d'offres se traduit donc d'une part par la création de sociétés communes, ou sociétés de projet, sous la forme juridique de la société par actions simplifiée (SAS) prévue aux articles L.227-1 à 227-20 du code de commerce. Ces sociétés de projet s'unissent d'autre part à d'autres entreprises pour former des consortia. Comment cette collaboration est-elle traitée au regard du droit de la concurrence, notamment du contrôle des concentrations⁷²¹, ou des pratiques anticoncurrentielles telles les ententes ou l'abus de position dominante, prohibés respectivement par les articles 101 et 102 du TFUE ?

scientifiques ou culturelles ». La directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 (art. 48 §3) légitime en quelque sorte les rapprochements d'entreprises quelle qu'en soit la forme.

⁷²⁰ Ces considérations ouvrent la réflexion plus générale sur la question de savoir si l'État doit rester actionnaire des plus grandes entreprises : EDF, GDF, Safran, Thales, EADS, RATP, Aéroports de Paris, Française des jeux, Renault... Quels sont les secteurs où l'État doit être présent ? Si on considère que l'énergie est stratégique pour l'État, il faut donc que celui-ci conserve ses participations dans EDF (85%) mais l'État doit conserver au minimum 70%) D'un autre côté, patrimoniallement parlant, ce ne serait pas une bonne opération patrimoniale pour l'État de vendre ses parts dans EDF dont l'action valait à l'époque de la privatisation 32 € et qui en vaut aujourd'hui 17 € (EDF vaut 27 milliards d'euros). Le secteur de la défense est primordial aussi. Il faut éviter que des entreprises étrangères ne prennent des participations (fonds souverains de Chine). D'autre part, à qui vendre les parts si l'État est vendeur ? L'État n'a pas nécessairement les mêmes visions à long terme que les autres entreprises. Le temps des privatisations serait-il de retour, afin de résorber les déficits ? (voir Rapport Agence des participations de l'État, *L'État actionnaire*, 2013).

⁷²¹ Les concentrations sont prohibées en droit de l'Union européenne par le règlement n°139/2004 du 20 janvier 2004, JOUE L.24 du 29 janvier 2004. Selon G. GUEGUEN-HALLOUET précitée (p.103), peu d'informations nous permettent de déterminer si de telles associations d'entreprises sont susceptibles d'être qualifiées d'opération de concentration, dans la mesure où aucune d'entre elles n'a fait l'objet de notification auprès de la Commission européenne.

Peut-il y avoir atteinte à une concurrence qui peine à s'installer sur un marché dépourvu d'une réelle compétition, selon l'expression de C. LUCAS DE LEYSSAC ?

L'article L.420-1 du code de commerce prohibe l'entente, définie comme un « accord ou une action concertée, qui a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché de produits ou de services déterminé ». Cette entente peut être écrite ou orale, horizontale ou verticale (entre un producteur et un distributeur par exemple). Elle peut viser à limiter l'accès au marché, à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché (entente tarifaire)⁷²². L'atteinte à la concurrence est caractérisée si l'entente à objet ou à effet anticoncurrentiel est conclue entre des entreprises opérant sur le même marché, au même stade du processus économique, et dont la vocation est de se faire concurrence entre elles⁷²³. Dans le cadre de l'appel d'offres éolien offshore, ce serait le cas si EDF EN et IBERDROLA s'étaient entendus pour y répondre.

Les ententes peuvent toutefois être admises si elles présentent un bilan économique favorable mentionné par l'article L.420.4 du Code de commerce, et semblable à celui décrit par l'article 101 TFUE §3. Le bilan économique favorable de l'opération s'établit en deux temps. Les parties à l'entente doivent d'abord démontrer que la pratique produit des effets économiques favorables. En outre, les restrictions apportées à la concurrence doivent être strictement proportionnées eu égard aux effets positifs escomptés.

Bien que les consortia liés au secteur de l'éolien offshore soient créés dans un souci de structuration d'une filière industrielle, on pourrait imaginer qu'ils ne le soient en réalité que pour accroître les chances de remporter les appels d'offres. Cette pratique est courante dans le secteur pétrolier dans le cas d'accords préliminaires entre plusieurs compagnies pétrolières qui passeront ensemble un contrat avec l'État de la ressource (*joint bidding agreement* ou accords d'unitisation, avec bonus de signature)⁷²⁴. De tels accords momentanés ne constituent pas nécessairement des ententes illicites⁷²⁵.

⁷²² S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 4^e éd. Montchrestien Paris 2014, n°509 p.280.

⁷²³ A. et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, 5^e éd. LGDJ, Paris 2012 p.327.

⁷²⁴ J.P. BEURIER, *Droits maritimes* Dalloz 2009 n°751.32

⁷²⁵ J.P. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique* 5^e éd. LGDJ 2010, n°1047. p. 571.

La directive 2004/18/CE⁷²⁶ dite marchés publics admet qu'un opérateur économique puisse « pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités⁷²⁷ ».

Les ententes peuvent aussi être admises sur la base du §3 de l'article 101 TFUE si elles contribuent au progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une part équitable du profit généré, sans restrictions disproportionnées aux entreprises intéressées et sans élimination de la concurrence.

En droit interne, comment ces atteintes seraient-elles contrôlées *ex post* par l'Autorité de la concurrence, bien qu'une réelle concurrence n'ait pas pu véritablement s'installer *ex ante* ? Quelle est l'articulation des rôles entre la CRE et l'Autorité de la concurrence ? Le président de la CRE saisit l'Autorité de la concurrence des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont il a connaissance dans les secteurs de l'électricité⁷²⁸. Or, dans une délibération du 24 avril 2014⁷²⁹, la CRE a rendu un avis favorable sur le choix du ministre portant sur le « groupement d'entreprises composé des sociétés de projet « Les éoliennes en mer de Dieppe-Le Tréport » et « Les éoliennes en mer de Vendée » dont les actionnaires sont GDF Suez Future Énergie et *EDP Renewable Europe*.

La répression de l'abus de position dominante prohibé par l'article 102 TFUE et visé à l'article L.420-2 du code de commerce nécessite de démontrer l'existence d'une telle position dominante, l'exploitation abusive de celle-ci et son effet restrictif de concurrence sur un marché⁷³⁰. L'existence d'une position dominante d'EDF, via sa filiale EDF EN, sur le marché de l'éolien offshore, ne laisse pas de place au doute⁷³¹. L'exploitation abusive de cette position dominante, ainsi que son effet sur la concurrence, restent à démontrer. L'Autorité de la Concurrence a eu l'occasion de condamner EDF pour l'abus de sa position dominante visant à favoriser sa filiale EDF EN dans le domaine de l'énergie photovoltaïque⁷³². EDF a ainsi créé

⁷²⁶ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOCE L 134/14 du 20.04.2004.

⁷²⁷ G. GUEGUEN-HALLOUET *op.cit.* p.102 : art. 48 § 3 de la directive.

⁷²⁸ P. SABLIERE, *Droit de l'énergie*, Dalloz 2014, n°261-94, p. 461. (Art. L.136-16 du code de l'énergie).

⁷²⁹ Délibération du 24 avril 2014 portant avis sur les offres que le ministre chargé de l'énergie envisage de retenir au terme de l'appel d'offres portant sur des installations éoliennes de production d'électricité en mer en France métropolitaine (JORF n°0174 du 30 juillet 2014 texte n°83). Cette délibération a été rendue dans le cadre de l'appel d'offres publié au JOUE le 16 mars 2013 portant sur les lots de L'Ile d'Yeu et du Tréport.

⁷³⁰ S. NICINSKI *op.cit.* n°510, pp.280 et s.

⁷³¹ G. GUEGUEN-HALLOUET *op.cit.* p.105.

⁷³² Décision de l'Autorité de la concurrence n°13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque : saisie par la société Solaire Direct de pratiques mises en œuvre par EDF, l'Autorité de la concurrence a condamné EDF d'une amende de 13,5 millions d'euros pour avoir abusé de sa position dominante en favorisant sa filiale EDF ENR grâce

une confusion dans l'esprit des consommateurs entre son activité de service public de fourniture d'électricité et son activité de services photovoltaïques. Le marché concerné en l'espèce est le marché de détail. Pourrait-on avancer l'idée qu'EDF favorise indirectement sa filiale EDF EN en apportant sa « caution financière » sur le marché de l'éolien offshore ?

En outre, dans l'éventualité où un exploitant EMR se voyait qualifié de SIEG, il pourrait être exempté du dispositif européen en matière de position dominante. En effet, le SIEG se trouve en général en situation de position dominante, affublé de surcroît de droits exclusifs, sans que cela soit constitutif d'un abus. Si tel était le cas, il pourrait échapper à la condamnation sur la base de l'article 106 §2 du TFUE, selon lequel les entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général sont soumises aux règles de concurrence « dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie⁷³³ ». Le juge européen n'accepte les atteintes à la concurrence qu'à la condition qu'elles soient strictement proportionnées dans leur intensité à l'objectif de service public poursuivi⁷³⁴.

La production d'électricité EMR, afin d'être intégrée au marché de l'électricité, implique la conclusion de contrats d'achat et le développement de structures de connexions afin de faciliter la circulation de la marchandise électricité provenant des parcs EMR.

à la mise à disposition de cette dernière de moyens non reproductibles par la concurrence (notamment l'image de marque et la notoriété d'EDF, le fichier client de l'ancien monopole historique comportant plus de 20 millions de coordonnées..)

⁷³³ Voir CJCE 10 février 2000 *Deutsch Post AG* Aff. C-147 et C-148/97, *Rec. I*- 825.

⁷³⁴ L. DUBOIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6^e éd. Montchrestien Lextenso Paris 2012, n°1321, p.664.

Chapitre II- Le marché de la vente d'électricité EMR

Parmi les quelques approches juridiques de la notion de marché⁷³⁵ figure celle selon laquelle le marché constitue un ensemble de contrats relatifs à des biens ou à des opérations données⁷³⁶. Les spécificités juridiques du marché de l'électricité EMR s'observent également dans la nature particulière des contrats conclus pour la vente de l'électricité produite. En effet, après avoir analysé ce marché sous l'angle de l'activité économique de production d'électricité et de ses acteurs, la nature juridique du contrat d'achat d'électricité soulève elle aussi des interrogations. Contrat administratif de par la loi, contrat de prestation de service ou contrat de vente, voire groupe de contrats puisqu'étroitement imbriqué avec le contrat de raccordement, il laisse peu de place à la liberté contractuelle. **(Section I).**

Outre un cadre contractuel spécifique à son fonctionnement, la vente d'électricité EMR réclame une adaptation des infrastructures de raccordement et de transport de cette marchandise afin de gagner le marché de l'électricité. Les infrastructures maritimes sont privilégiées, aboutissant même à la création de véritables mini réseaux électriques en mer **(Section II).**

Section I- Le cadre contractuel de la vente de l'électricité EMR

Le contrat d'achat d'électricité constitue le cadre juridique de la commercialisation de l'électricité produite à partir des ressources EMR. Or ce cadre juridique est complexe. Conclu entre personnes privées, s'apparentant au contrat de vente, étroitement lié au contrat de raccordement, qui est un contrat de droit privé, le contrat d'achat est pourtant un contrat administratif selon la loi. En outre, il dégage quelques spécificités au regard du régime juridique de l'utilisation de l'espace marin. Il convient de distinguer les différentes phases de la vie du contrat (§2), après avoir analysé son contenu (§1).

§ 1- Le contenu complexe du contrat d'achat d'électricité EMR

Après quelques remarques préliminaires sur la qualification du contrat d'achat de contrat administratif (A), il convient d'en analyser le contenu. Le contenu⁷³⁷ ou objet du contrat, désigne l'objet de l'opération juridique envisagée par les parties⁷³⁸, la prestation principale.

⁷³⁵ Voir *supra* dans l'introduction.

⁷³⁶ M. TORRE.SCHAUB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, LGDJ, Paris 2002, p. 6 et s.

⁷³⁷ Le « contenu » du contrat est préféré à l'« objet » du contrat par le projet CATALA de réforme des obligations : voir P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, Lexisnexis, Paris 2014, n°245 et s. pp.191 et s.

⁷³⁸ *Ibid.* n°249 p.194.

Dénommé contrat d'achat eu égard à son objet principal que constitue l'obligation d'acheter l'électricité produite, sa qualification juridique la plus appropriée semble toutefois être davantage le contrat de vente, mettant ainsi en exergue les obligations réciproques des parties au contrat **(B)**.

A- Le contrat d'achat d'électricité est un contrat administratif

En principe, un contrat conclu entre personnes privées, quand bien même poursuivrait-il un but d'intérêt général, ou se référerait-il à des règles de droit public, est un contrat de droit privé. Un contrat ne peut être administratif que si au moins une des parties est une collectivité publique⁷³⁹. Une loi peut toutefois décider d'attribuer la qualification de contrat administratif à un contrat conclu entre personnes privées. Tel est le cas du contrat d'achat d'électricité. L'article 106 de la loi n°2015-992 du 17 août 2015⁷⁴⁰ relative à la transition énergétique pour la croissance verte crée un nouvel article L.311-13-4 dans le code de l'énergie, selon lequel les contrats d'achat, ainsi que les contrats offrant un complément de rémunération, signés à l'issue d'un appel d'offres sont des contrats administratifs⁷⁴¹. Cette clarification législative intervient après quelques atermoiements à propos de la nature juridique du contrat d'achat de l'électricité d'origine renouvelable, spécifiquement dans le cadre de la procédure d'appel d'offres. En effet, avant la création de l'article susmentionné, seul l'article L.314-7 du code de l'énergie nous fournissait des indications quant à la nature juridique du contrat. Il dispose que « les contrats conclus en application de la présente section par EDF sont des contrats administratifs ». Or les contrats conclus suite à un appel d'offres n'étaient pas traités dans la même section. L'article L.311-12 ne précisait pas leur nature juridique.

L'arrêt *Bioenerg* rendu par le Conseil d'État le 1^{er} juillet 2010⁷⁴² avait qualifié expressément le contrat d'achat d'électricité conclu dans le cadre d'un appel d'offres régi par les articles L.311-10 à L.311-13 du code de l'énergie de contrat de droit privé. Il avait statué en effet que, bien qu'EDF et les producteurs d'électricité retenus suite à un appel d'offre « contribuent au service public de l'électricité, les contrats en cause (contrats d'achat obligatoire d'électricité) ne peuvent être regardés comme conclus pour le compte d'une personne publique, alors que la production d'électricité ne relève de l'État ou d'une autre personne publique, ni par nature ni par détermination de la loi, et est au contraire une activité économique exercée par des entreprises privées ». Cet arrêt avait toutefois été rendu quelques jours avant l'entrée en vigueur

⁷³⁹ Voir les conclusions de BRAIBANT sous T. Confl. 7 janvier 1972, *SNCF C : Solon et Barrault*, RDP 1973, 473 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 8^e éd. LGDJ 2012, n°190, p125.

⁷⁴⁰ JORF n°0189 du 18 août 2015 page 14263.

⁷⁴¹ Modification en première lecture par le Sénat du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture après engagement de la procédure accélérée (session ordinaire 2014-2015, n° 67, 3 mars 2015).

⁷⁴² Req. n°333275, *AJDA* 2010 p.1341.

de la loi Grenelle 2⁷⁴³. L'admission du caractère administratif du contrat d'achat conclu à la suite d'un appel d'offres semblait plus logique si l'on suivait la tendance jurisprudentielle à étendre ce caractère administratif à des contrats de droit privé, tels les contrats de raccordement au réseau d'électricité⁷⁴⁴, bien que la jurisprudence y afférente fut fluctuante⁷⁴⁵. D'après les conclusions du rapporteur public Mathias GUYOMAR rendues dans le cadre d'un contentieux porté devant le tribunal des conflits⁷⁴⁶, par son intervention dans le cadre de la loi Grenelle 2, le législateur a voulu conserver un caractère administratif à ces contrats malgré le changement du statut d'EDF, ce qui illustre bien la réticence de l'administration et de l'État à accepter une véritable libéralisation de la production de l'électricité⁷⁴⁷. Selon L. RICHER⁷⁴⁸, si le gouvernement a fait adopter cette disposition selon laquelle ces contrats, bien que conclus entre personnes privées, ont un caractère administratif, c'est parce que « l'administration craignait que le juge judiciaire admette que des contrats d'achat avaient été conclus par échange des consentements avant leur signature formelle, ce qui aurait entraîné, pensait-on, l'application d'un tarif d'achat plus avantageux pour les producteurs ».

Ainsi, bien que conclu entre personnes privées, le contrat d'achat est un contrat administratif. Le doute sur la nature juridique du contrat d'achat ayant été levé par l'intervention du législateur, quelques remarques doivent être apportées à propos du contenu de ce contrat.

B- Les obligations réciproques des parties au contrat d'achat d'électricité EMR

L'étape de production d'électricité EMR est certes essentielle, pouvant ainsi apparenter le contrat d'achat d'électricité à un contrat de services. On retrouve cette idée dans la qualification

⁷⁴³ B. LE BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Traité de droit des énergies renouvelables*, 2^e édition, Éditions du Moniteur, Paris 2008-2012, p.622.

⁷⁴⁴ CA Pau, 16 janvier 2012, n°11/01711 : le contrat d'achat d'électricité et le contrat de raccordement « forment ensemble un tout indivisible concourant au service public de l'électricité » ; CE 5 juin 2013, req. n°366671 : « Les contrats d'achat de l'électricité photovoltaïque relèvent de la compétence du juge administratif », *AJDA* 2013, p.1778.

⁷⁴⁵ T. Confl. 8 juillet 2013, n°3906 : les contrats de raccordement n'étant pas l'accessoire du contrat d'achat d'électricité, ils relèvent de la compétence du juge judiciaire.

⁷⁴⁶ M. GUYOMAR, « Contrats d'achat d'électricité : quand le Tribunal des conflits fait du contrôle de conventionalité » *AJDA* 2011 p.439.

⁷⁴⁷ P.GONOD, F. MELLERAY, P.YOLKA, *Traité de droit administratif*, Dalloz 2011, p.224 et s : « L'histoire montre encore qu'il est arrivé au législateur de déterminer la nature juridique de certains contrats dans le seul but de faire obstacle à la compétence judiciaire(...) la loi déroge parfois au critère organique du contrat administratif-aucel le juge administratif est très attaché – en qualifiant d'administratifs des contrats qui, parce qu'ils sont conclus entre deux personnes privées, seraient nécessairement de droit privé en vertu de la jurisprudence (concessions de travaux, contrats d'occupation du DP conclus par un concessionnaire privé de SP, contrats d'achat d'électricité). » « La tendance est aujourd'hui à l'augmentation du nombre de contrats qualifiés par la loi et cette tendance est d'autant plus remarquable qu'elle est favorable à la notion de contrat administratif (...) Une telle évolution n'est pas sans conséquence quant à l'identité du contrat administratif. Elle implique, en effet, une hypertrophie de la notion de contrat administratif en incorporant dans cette catégorie toute une série de contrats dont ni l'objet, ni la nature intrinsèque ne justifient en réalité une telle solution. ».

⁷⁴⁸ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd. LGDJ 2014, n°178, pp. 98 et 99.

de « service public », qui peut s'appliquer dans certains cas à cette activité. Certains auteurs ont toutefois souligné le fait que « la production d'électricité n'a de sens, dans le cadre du rachat, que dans la perspective de la vente future de la chose ainsi produite⁷⁴⁹ ». Ainsi il s'agirait davantage d'un contrat de vente. Quel en est l'objet, ou plus précisément, quel est l'objet des obligations des parties ? Selon l'article 1101 du code civil, qui s'applique tant aux contrats de droit privé qu'administratifs⁷⁵⁰, « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Un contrat synallagmatique engendre deux obligations, ayant chacune un objet. Celui du vendeur dans le contrat de vente consiste à livrer la chose **(1)**, tandis que l'acheteur doit en payer le prix. Les conditions singulières de production d'électricité en mer conduisent à différencier le prix en fonction des zones marines de production **(2)**⁷⁵¹.

1- L'obligation de livrer l'électricité EMR produite

L'obligation de livraison de l'électricité produite par l'exploitant EMR **(a)** est étroitement liée à la conclusion du contrat de raccordement **(b)**

a) Le contenu de l'obligation

Dans le cadre d'un appel d'offres, les obligations des contractants sont déterminées à la base par le cahier des charges, conformément à l'article R 311-13 du code de l'énergie, et reprises dans les contrats d'achat d'électricité. Si les cahiers des charges des appels d'offres relatifs aux EMR, et notamment l'éolien offshore, contiennent les principales dispositions nous éclairant sur le contenu des obligations des exploitants, ainsi que de l'acheteur obligé, ils ne sont pas exhaustifs.

Selon les cahiers des charges des appels d'offres éolien offshore, le candidat sélectionné doit vendre à l'acheteur obligé sur la base de l'article L.311-12 du code de l'énergie la totalité de l'électricité produite par l'installation de production, hormis l'électricité qu'il consomme lui-même⁷⁵². Les conditions générales du modèle de contrat d'achat d'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent et bénéficiant de l'obligation d'achat de l'électricité (E08-V01)⁷⁵³ formulent cette obligation dans les mêmes termes. Toutefois, aucune

⁷⁴⁹ D. BAILLEUL (dir.), *L'Énergie solaire. Aspects juridiques*, Université de Savoie, pp. 318 et s.

⁷⁵⁰ P. DELVOLLE, « Un droit des contrats sans *summa divisio* serait-il possible ? », in *De l'intérêt de la summa divisio Droit public- droit privé ?* sous la direction de B. BONNET et P. DEUMIER, Dalloz 2010, p. 260.

⁷⁵¹ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause-Les nullités*, 4^e éd. LGDJ, Lextenso Éditions, Paris 2013, n°60, p.47.

⁷⁵² Cahier des charges de l'appel d'offres éolien en mer mars 2013 point 3.3.

⁷⁵³ Contrat conforme au modèle approuvé par le ministre chargé de l'énergie le 29 mars 2013, art. IV.

garantie de la production électrique n'est mentionnée pour l'éolien en mer contrairement au cahier des charges du dernier appel d'offre pour la production d'électricité d'origine éolienne terrestre. Ce dernier précise en effet que le candidat s'engage, après la mise en service, « sur les caractéristiques de garantie de la production électrique de son installation » et de conformité avec les prescriptions techniques relatives au raccordement au réseau. L'exploitant encourt des pénalités en cas de non-respect de cette obligation, dont le montant est plafonné à 10 % du chiffre d'affaires annuel réalisé par l'installation éolienne. Cette garantie figurera-t-elle dans les contrats d'achat d'électricité produite par les futurs parcs éoliens offshore ? Les cahiers des charges ne mentionnent que les modalités de contrôle de l'acheteur sur le suivi des paramètres d'exploitation (point 6.13 du CDC de mars 2013).

De tels engagements sont certainement plus difficilement envisageables lorsque l'électricité est produite en mer, dans la mesure où l'exploitant est nécessairement plus dépendant du caractère précaire de son titre d'occupation du milieu marin, sauf à prévoir une clause d'indemnisation plus adaptée en cas de rupture de la convention d'utilisation du DPM par l'État. Le projet de décret relatif aux ouvrages énergétiques en mer prévoyait dans son article 3 l'ajout d'un alinéa dans l'article R.2124-9 du CG3P, prévoyant une réparation du préjudice direct et certain résultant de la résiliation avant son terme de la convention d'occupation domaniale, telle la perte de bénéfices escomptés, mais le décret du 8 janvier 2016 ne l'a finalement pas adopté⁷⁵⁴. Les éventuelles pénalités encourus par l'exploitant EMR du fait de l'arrêt de sa production ne sont *a fortiori* pas couvertes non plus.

b) Le lien indissociable avec le contrat de raccordement

En principe, selon l'article 1138 alinéa 1^{er} du code civil, « l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes ». Conformément à l'article 1583 du même code, le transfert des risques et de la propriété s'opère dès que le vendeur et l'acheteur se sont entendus sur la chose et le prix. Néanmoins, les choses de genre telles que l'électricité⁷⁵⁵ nécessitent une individualisation pour pouvoir réaliser le transfert de propriété. Selon certains auteurs⁷⁵⁶, le contrat d'achat d'électricité serait qualifié de vente à la mesure, sur la base de

⁷⁵⁴ Décret n° 2016-9 du 8 janvier 2016 concernant les ouvrages de production et de transport d'énergie renouvelable en mer (JORF n°0008 du 10 janvier 2016).

⁷⁵⁵ P. SABLIERE, « La nature juridique de l'électricité et les conséquences qui en résultent quant à sa fourniture », *P.A.* 6 juin 2007, n°113, p.4.

⁷⁵⁶ D. BAILLEUL (dir.), *L'énergie solaire. Aspects juridiques*. Université de Savoie, 2011, p.319 et s ; P. SABLIERE *op.cit.* : selon lui, le fait que l'électricité soit qualifiée de marchandise en droit de l'UE (arrêt de la CJUE *Commune d'Almelo* 27 avril 1994) influence la qualification du contrat d'achat d'électricité en contrat de vente. Selon lui toutefois il serait plus judicieux de le qualifier de contrat de service.

l'article 1585 du code civil⁷⁵⁷. Le transfert de propriété ne s'opèrerait donc qu'au moment de l'individualisation, quand « techniquement l'électricité produite peut être quantifiée et livrée », l'acheteur devenant propriétaire de façon progressive⁷⁵⁸. Cette individualisation est effectuée dans le cadre du contrat de raccordement par le gestionnaire de réseau public, grâce à des instruments de mesure de l'électricité produite et injectée dans le réseau. La question du transfert de propriété a son importance notamment quant à la détermination du moment où l'acheteur obligé se voit subrogé dans les droits du producteur à obtenir la délivrance des garanties d'origine correspondantes⁷⁵⁹.

Peut-on néanmoins évoquer ici la notion de transfert de propriété, dans la mesure où, comme nous l'analyserons lors de l'étude de la nature juridique de la ressource EMR⁷⁶⁰, l'électricité produite par les exploitants EMR ne devient un bien, une chose appropriable, qu'à partir du moment où elle devient utile, qualité indispensable pour sa cessibilité. Or elle ne devient réellement utile qu'à partir du moment où sa tension est adaptée⁷⁶¹ afin de pouvoir être injectée sur le réseau et servir notamment à l'alimentation des appareils électriques. Jusqu'à cette transformation, elle n'est donc pas encore un bien mais constitue en quelque sorte une « chose appropriée⁷⁶² », susceptible de provoquer des dommages selon l'article 1384 alinéa 1er du code civil, faisant ainsi peser les risques sur le producteur. Or, pour qu'il y ait transfert de propriété, il faut que le producteur soit à la base lui-même propriétaire de l'électricité produite par les engins EMR.

Il y aurait donc davantage acquisition de la propriété de l'électricité par l'acheteur obligé que transfert de propriété. La conclusion d'un contrat d'achat d'électricité n'a ainsi réellement de sens que si un contrat de raccordement est également conclu, soumettant potentiellement le régime juridique de l'achat d'électricité aux règles des groupes de contrat⁷⁶³ ou des ensembles

⁷⁵⁷ Art. 1585 du code civil : « Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées ; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement. » ; voir D. GARREAU, *Jcl, Code civil art.1585 à 1588*, fasc. unique : Vente. Vente en bloc. Vente au poids, au compte ou à la mesure. Vente à la dégustation. Vente sur échantillon. Vente à l'essai. 15 déc. 2006.

⁷⁵⁸ *Ibid* pp.319 et s.

⁷⁵⁹ Le système des garanties d'origine, issu de la directive 2001/77/CE du 27 septembre 2001, art. 5, et introduit en droit français par l'art.33 de la loi POPE du 13 juillet 2005 (n°2005-781), a pour but de permettre aux producteurs d'électricité utilisant des sources d'énergie renouvelable d'établir que l'électricité qu'ils vendent est produite à partir des sources renouvelables. L'art. L.314-14 al 3 du code de l'énergie dispose que les producteurs d'énergie renouvelables bénéficiant de l'obligation d'achat ne peuvent utiliser ce mécanisme et que celui-ci profite alors à l'acheteur obligé.

⁷⁶⁰ Voir Partie II Titre I.

⁷⁶¹ La tension de l'électricité issue des installations de production EMR doit être modifiée pour pouvoir être injectée sur le réseau, elle passe de 33 kV à 132 kV.

⁷⁶² D. BAILLEUL (dir.), *L'énergie solaire Aspects juridiques*, Université de Savoie, Lextenso éditions, 2010 p.138.

⁷⁶³ *Ibid*. p.320.

contractuels. Ces derniers constituent des contrats distincts tendant à la réalisation d'une opération unique⁷⁶⁴. La Cour de cassation a cependant jugé le 18 novembre 2014 que le contrat de raccordement n'était pas l'accessoire du contrat d'achat d'électricité, écartant ainsi la compétence du juge administratif⁷⁶⁵. Cette décision s'inscrit dans la droite ligne de celle du Tribunal des conflits du 8 juillet 2013, qui a jugé que le contrat de raccordement au réseau électrique est un contrat de droit privé relevant du juge judiciaire, n'étant pas l'accessoire du contrat d'achat⁷⁶⁶.

2- L'obligation d'acheter l'électricité EMR à un prix déterminé

Quelques remarques concernant la nature juridique de cette obligation méritent d'être livrées
(a). L'acheteur a l'obligation d'acheter l'électricité au prix déterminé par le producteur dans le cadre d'un appel d'offres **(b)**.

a) La nature juridique singulière de l'obligation d'achat de l'électricité

Selon l'article L.311-12 du code de l'énergie, l'entreprise retenue dans le cadre d'un appel d'offres bénéficie d'une garantie d'achat de l'électricité produite par un certain nombre de fournisseurs d'électricité obligés par la loi. Si l'entreprise retenue est aussi fournisseur d'électricité, un contrat EDF (ou d'un distributeur non nationalisé) « avec lui-même » est alors conclu. Pour bénéficier de cette obligation d'achat, le lauréat doit demander la conclusion d'un contrat d'achat auprès du fournisseur d'électricité, mais aucun certificat ouvrant droit à l'obligation d'achat (CODOA). Cette formalité est exigée lors du bénéfice de l'obligation d'achat avec tarif d'achat garanti, et non dans le cadre d'un prix proposé par le candidat⁷⁶⁷.

La loi du 17 août 2015⁷⁶⁸ relative à la transition énergétique pour la croissance verte a modifié l'article L.311-12 en ajoutant la possibilité pour le lauréat d'un appel d'offres de bénéficier, outre du contrat d'achat assorti de l'obligation d'achat de son électricité, d'un contrat lui offrant un complément de rémunération à la vente de son électricité directement sur le marché. Cette

⁷⁶⁴ L. BOYER, « Contrats et conventions », *Répertoire de droit civil*, Août 1993, MAJ Mars 2014, n°107.

⁷⁶⁵ Cass. 1^{er} civ. 18 novembre 2014, *Sté Alsace Montage Structure c/ ERDF* ; même date, *Sté Fonroche Investissements c/ERDF*.

⁷⁶⁶ T. Confl. 8 juillet 2013 n°C3906

⁷⁶⁷ Voir la réponse de la CRE du 18 décembre 2009 à la question n°1 point.3 du 20/04/2009 dans le cadre des Réponses aux questions des candidats relatives à l'appel d'offres portant sur des installations au sol de production d'électricité à partir de l'énergie solaire : A la question « Faut-il demander un CODOA à la DRIRE ? », la CRE répond : « Non. Il n'y a pas lieu de demander un CODOA. L'autorisation d'exploiter prévue par l'article L 311-1 du code de l'énergie ouvre droit à un contrat d'achat dans les conditions de l'appel d'offres avec EDF ou une entreprise locale de distribution ».

⁷⁶⁸ n°2015-992. Cette modification a été opérée par l'article 11 de l'ordonnance n°2016-1059 du 3 août 2016.

disposition s'inscrit dans le cadre des lignes directrices de la Commission européenne concernant les aides d'État à l'énergie⁷⁶⁹, à savoir l'obligation de la vente directe sur le marché de l'électricité d'origine renouvelable, assortie d'une prime, à compter du 1^{er} janvier 2016. Le Syndicat des énergies renouvelables (SER) recommandait, dans le cadre de sa contribution⁷⁷⁰ à l'architecture du complément de rémunération proposée par la DGEC⁷⁷¹ le 25 février 2015, d'« exclure les filières émergentes que sont (...) les énergies marines renouvelables ». Le complément de rémunération est en revanche appliqué dans le cadre du dialogue concurrentiel pour l'attribution du site au large de Dunkerque.

C'est ainsi que l'article L 311-13 du code de l'énergie impose à EDF, lorsqu'elle n'est pas lauréate de la mise en concurrence, de conclure un contrat d'achat de l'électricité que produira l'exploitant EMR retenu et l'article L 311-13-2 quant à lui oblige EDF à offrir à ce dernier un complément de rémunération à l'électricité issu de sa production.

B. LE BAUT-FERRARESE⁷⁷² a souligné l'« entorse flagrante à la liberté contractuelle » que représente le mécanisme de l'obligation d'achat. Selon la théorie de l'autonomie de la volonté, les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter⁷⁷³. L'existence d'une telle obligation dans un contrat peut constituer selon elle un « indice dirimant en faveur de l'applicabilité audit contrat du droit public ».

P. DELVOLVE⁷⁷⁴ a toutefois souligné dans une étude relative à la *summa divisio* droit public-droit privé que la liberté contractuelle n'est pas propre aux contractants de droit privé, elle « est admise (aussi) pour les personnes publiques ». En outre, elle n'est pas absolue⁷⁷⁵. Il existe selon lui des entorses au principe de l'autonomie des volontés tant en droit public qu'en droit privé. Si la liberté contractuelle « est limitée compte tenu des intérêts à défendre, ces intérêts ne sont pas propres à certains types de contrats. La possibilité d'encadrer le contenu des contrats traverse toutes les catégories, quelles qu'elles soient : si les prescriptions imposées peuvent varier d'un type de contrat à l'autre, ce n'est pas parce que les uns relèveraient du droit public,

⁷⁶⁹ Communication de la Commission, Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 (2014/C 200/01).

⁷⁷⁰ Syndicat des énergies renouvelables, Contribution à l'architecture du complément de rémunération, mars 2015, proposition n°11.

⁷⁷¹ Direction générale de l'énergie et du Climat.

⁷⁷² B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, 2^e éd. Le moniteur 2012, p.599.

⁷⁷³ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*. 10^e éd. Précis Dalloz 2009, n°23 et 24 p.31.

⁷⁷⁴ P. DELVOLVE, « Un droit des contrats sans *summa divisio* serait-il possible ? », in *De l'intérêt de la summa divisio Droit public- droit privé ?* sous la direction de B. BONNET et P. DEUMIER, Dalloz 2010, p. 264 et s.

⁷⁷⁵ Cons. Const., 3 août 1994 n°94-348 DC et 20 mars 1997 n°97-388 DC : pour le Conseil constitutionnel, « le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle », il n'a que valeur législative et « sa méconnaissance ne peut être invoquée que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis » ; CE 28 janvier 1998, *Sté Borg Warner, RFDA* 1998 p.455 ; P. TERNEYRE, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », *AJDA* 1998 p.667.

les autres du droit privé ; c'est leur objet qui justifie la différence, non leur qualification au regard de l'un ou l'autre droit ». En droit privé, certains particuliers sont ainsi tenus de contracter une assurance obligatoire. C'est le cas notamment des architectes, des usagers d'un véhicule automobile, des transporteurs publics⁷⁷⁶.

Dans son discours préliminaire, Portalis déclarait que « la liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique⁷⁷⁷ ». Ainsi, en matière contractuelle, comme le souligne J.L. BERGEL⁷⁷⁸, « si le principe de l'effet obligatoire du contrat est issu du droit naturel, les interventions de l'État s'inspirent de l'intérêt général et de l'utilité publique dont on peut espérer qu'ils reflètent aussi un idéal de justice ». L'obligation d'achat imposée lors de la production d'énergie renouvelable semble s'inscrire davantage dans le cadre de l'ordre public économique de direction. Celui-ci comprend « les règles au moyen desquelles l'État entend canaliser l'activité contractuelle dans le sens qui lui paraît le plus conforme à l'utilité sociale⁷⁷⁹ » ou à l'intérêt général, prégnant dans le mécanisme de l'obligation d'achat puisqu'il contribue à la « décarbonisation⁷⁸⁰ de la planète⁷⁸¹ ».

L'obligation d'achat peut aussi être analysée sous l'angle du droit du marché. Selon C. LUCAS DE LEYSSAC⁷⁸², « la liberté de confrontation de l'offre et de la demande (condition nécessaire à l'existence d'un marché) ne peut être anéantie que si deux conditions sont cumulativement réunies. Il faut d'abord qu'un opérateur, demandeur ou offreur, soit juridiquement tenu de contracter, et il faut ensuite qu'il n'existe qu'un seul contractant possible. Dans ce cas, et dans ce cas seulement, il n'y a pas le moindre espace de liberté pour la confrontation de l'offre et de la demande. Dans tous les autres cas, la liberté de confrontation sera sauvegardée, soit par l'échappatoire qui consistera à ne pas contracter, soit par la possibilité de choisir entre plusieurs contractants possibles. Mais, chaque fois qu'il n'y aura aucune liberté, il n'y aura pas de marché, et s'il n'y a pas de marché, comment appliquer le droit du marché ? ».

⁷⁷⁶ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*. 10^e éd. Précis Dalloz 2009, n°203 p.216.

⁷⁷⁷ LOCRE, *Législation civile, criminelle et commerciale de la France* (1827-32), T.IV, p.302, n°84 cité par J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans le droit des contrats », *Arch. Philo. du droit*, T.XXVI, pp.35 et s.

⁷⁷⁸ J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz 2004, n°25 pp.34 et 35.

⁷⁷⁹ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE *op.cit.* n°383, p.396 et s.

⁷⁸⁰ Ou décarbonation. Il semble que les deux termes soient employés (<http://www.academie-francaise.fr/j-eudes-m-france>).

⁷⁸¹ B. LE BAUT-FERRARESE *op.cit.* p. 588.

⁷⁸² C. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF Paris 2002, pp. 183 et s.

b) L'impossible uniformité du prix d'achat de l'électricité EMR

Il existe certes des tarifs d'achat pour les autres technologies EMR ⁷⁸³, comme l'énergie des vagues ou des marées⁷⁸⁴. La diversité des caractéristiques physiques des zones propices aux EMR ainsi que l'importance des coûts des technologies complexifient cependant l'application d'un tarif d'achat unique. Les appels d'offres de la production d'électricité éolienne offshore permettent aux opérateurs de personnaliser leur prix en fonction des différentes zones maritimes à l'origine du choix des lots objet des appels d'offres. Dans le cadre des appels d'offres lancés dans le secteur de l'éolien offshore, les candidats ne doivent toutefois pas dépasser un prix plafond fixé par le cahier des charges. Celui-ci avait fixé en 2011⁷⁸⁵ un prix plancher de 115 €/MWh et de 175 €/MWh pour les sites de Fécamp, du Tréport et de Courseulles-sur-Mer, un prix plancher de 140 €/MWh et plafond de 200 €/MWh pour les sites de Saint Briec et de Saint Nazaire. En 2013⁷⁸⁶, le prix plafond est passé à 220 €/MWh pour les parcs du Tréport (remis en concurrence) et de l'Ile d'Yeu. Selon la CRE, le prix moyen de l'électricité résultant de ces appels d'offres éolien offshore est de 226,5 euros/ MWh en 2020⁷⁸⁷.

Le prix d'achat d'électricité dans le cadre des appels d'offre éolien offshore est la somme de deux composantes : la composante « projet éolien » et la composante « raccordement au réseau de transport ». La composante « éolien » tient compte de tous les coûts relatifs à « l'étude, la réalisation, l'exploitation et au démantèlement de l'installation comprenant les unités de production et les ouvrages électriques de l'installation jusqu'au(x) poste(s) de livraison au réseau public de transport l'électricité inclus, et ne comprenant donc pas les ouvrages de raccordement entre le réseau public de transport et le point de livraison ».

⁷⁸³ Arrêté du 17 novembre 2008 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent (JORF n°0290 du 13 décembre 2008 page 19032) : 130 euros/MWh pendant 10 ans puis entre 30 et 130 euros pendant 10 ans selon les sites.

⁷⁸⁴ Arrêté du 1^{er} mars 2007 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie hydraulique des lacs, cours d'eau et mers, telle que visées au 1^o de l'article 2 du décret n°2000-1196 du 6 décembre 2000 (JORF n°95 du 22 avril 2007 page 7146) : 150 euros /MWh. Pour l'éolien offshore, l'arrêté du 17 novembre 2008 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent (JORF n°0290 du 13 décembre 2008 page 19032) prévoyait 130 euros/MWh pendant 10 ans puis entre 30 et 130 euros pendant 10 ans selon les sites. Il a été annulé par le Conseil d'Etat dans sa décision n°324852 du 28 mai 2014.

⁷⁸⁵ Cahier des charges de l'appel d'offres éolien offshore n°2011/ S 126- 208873 point 5.3.

⁷⁸⁶ Cahier des charges de l'appel d'offres éolien offshore n° 2013/S 054-088441 points 5.1 et 5.3 : en réalité le prix plafond est égal à la plus petite des deux valeurs suivantes : 220 €/MWh ou la médiane, majorée de 20%, des prix de l'offre éolienne proposés par l'ensemble des candidats pour des offres situées sur un même lot. Les éventuelles variantes portant sur les prix dans le cadre d'offres liées ne sont pas prises en compte pour l'établissement de cette médiane.

⁷⁸⁷ Voir *supra* concernant la renégociation de ces prix.

La composante « raccordement au réseau de transport » incluait jusque récemment tous les coûts liés à « l'étude et la réalisation des ouvrages de raccordement entre le réseau public de transport de l'électricité et le point de livraison à ce réseau ». Le cahier des charges précise que le calcul du prix se base sur l'estimation fournie par RTE pour le lot⁷⁸⁸, du nombre d'heures de fonctionnement en équivalent pleine puissance N°, et d'un taux de rentabilité interne (TRI) de 7.25 % maximum. Ce TRI devrait être unifié avec celui de la composante « projet éolien », le candidat considérant le projet dans son ensemble.

L'article 58 de la loi du 10 août 2018 prévoit désormais que « pour les procédures de mise en concurrence mentionnées à l'article L. 311-10 du code de l'énergie relatives à des installations de production d'énergie renouvelable en mer dont le candidat retenu a été désigné avant le 1er janvier 2015, le gestionnaire du réseau public de transport supporte le coût du raccordement correspondant aux conditions techniques prévues par le cahier des charges et la convention de raccordement, y compris les coûts échoués en cas d'abandon de la procédure de mise en concurrence ou d'abrogation de la décision désignant le candidat retenu en application du IV du présent article. Les éventuelles modifications de ces conditions à l'initiative du candidat retenu sont à la charge de ce dernier. Le gestionnaire du réseau public de transport rembourse au candidat retenu, dans un délai de trois mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, l'intégralité des sommes perçues au titre du raccordement. En cas de défaillance du candidat retenu, ce dernier assume les coûts échoués correspondant au coût du capital immobilisé par le gestionnaire du réseau public de transport au titre du raccordement ».

Ainsi, « la composante du prix de l'électricité correspondant au coût du raccordement au réseau public de transport est supprimée de l'offre du candidat retenu et du tarif d'achat de l'électricité produite versé au producteur dans le cadre du contrat conclu en application de l'article L. 311-12 du code de l'énergie »⁷⁸⁹.

⁷⁸⁸ Point 3.3.3 du cahier des charges de l'appel d'offres éolien en mer de mars 2013 indique que l'estimation du coût du raccordement mentionné par RTE en annexe 3 et permettant au candidat d'établir son offre est ensuite actualisée par RTE dans sa PTF, puis, après réalisation des études de détail et obtention des autorisations administratives, dans la convention de raccordement.

⁷⁸⁹ Voir la Délibération n°2018-227 de la Commission de régulation de l'énergie du 8 novembre 2018 portant approbation du modèle de conditions particulières relatives à la « Réalisation et financement des ouvrages de raccordement » de la convention de raccordement au réseau public de transport d'électricité des installations de production issues de sources d'énergie renouvelable en mer ayant fait l'objet d'une procédure de mise en concurrence mentionnée à l'article L. 311-10 du code de l'énergie dont les candidats retenus ont été désignés avant le 1^{er} janvier 2015.

Les cahiers des charges précisent que le prix peut être établi en tenant compte d'une période d'exploitation plus longue que celle de la durée du contrat d'achat, qui est de 20 ans. Il peut être tenu compte de la durée de la concession d'utilisation du DPM qui est d'au maximum quarante ans⁷⁹⁰.

§ 2- La vie du contrat d'achat d'électricité EMR

Après avoir mis en évidence les spécificités de la prise d'effet du contrat d'achat (A), quelques remarques doivent être ajoutées quant à la modification et la fin du contrat (B).

A- Une prise d'effet du contrat d'achat d'électricité EMR subordonnée à la mise en service des installations

La prise d'effet du contrat d'achat d'électricité est subordonnée à la mise en service des installations de production d'électricité. Celle-ci s'inscrit dans une procédure spécifique dans le cadre des appels d'offres (1), conditionnée par la réalisation au préalable d'une phase non moins spécifique de raccordement au réseau électrique (2).

1- La mise en service des installations dans le cadre des appels d'offres

Bien que le lauréat d'un appel d'offres n'ait pas à demander un certificat ouvrant droit à l'obligation d'achat (CODOA), il doit entreprendre une démarche de demande de contrat d'achat auprès du fournisseur, à partir de laquelle un délai de six mois s'écoule pour signer le contrat. Le contrat d'achat d'électricité prend effet à compter de la date de mise en service du parc EMR et prend fin au terme fixé par le cahier des charges de l'appel d'offres.

La mise en service de l'installation correspond à la date de son raccordement au réseau public d'électricité. Le candidat s'engage à mettre en service son installation suivant un rythme imposé par le cahier des charges des appels d'offres. Cette mise en service s'effectue par tranches successives, conduisant à la conclusion d'autant de contrats d'achat d'électricité qu'il y a de tranches. Ces contrats d'achat successifs prennent effet à la date de mise en service de chaque tranche. Dans le cahier des charges de l'appel d'offres éolien offshore de mars 2013, la mise en service s'effectue en trois tranches successives. Le candidat s'engage dans le cadre de la première à mettre en service au moins 40% de sa capacité de production dans un délai de 7 ans et trois mois à compter de la notification de la décision de la ministre, 90 % un an plus tard et 100% un an plus tard, soit dans un délai de 9 ans et trois mois. Il existe donc dans ce cas trois

⁷⁹⁰ Point 4.3 du cahier des charges de l'appel d'offres éolien offshore- mars 2013.

contrats d'achat d'électricité. Leur durée ne peut être supérieure à 20 ans. Si le parc est notamment mis en service en au moins trois tranches espacées dans le temps, que se passe-t-il quand le contrat de la première tranche parvient à son terme ? Peut-il être prolongé de la durée des autres tranches ? Dans le cas contraire, cela signifie qu'une partie du parc ne produirait plus d'électricité pendant que les autres tranches continuent de fonctionner. Il semble que le cahier des charges ne prévoit une possibilité de prolongation du contrat d'achat qu'en cas d'indisponibilité des ouvrages du réseau d'évacuation.

Il est intéressant de souligner que les cahiers des charges des appels d'offres éolien offshore imposent aux candidats la constitution de garanties d'exécution au titre des obligations découlant des engagements de leurs offres sur la base desquelles ils ont été retenus. Ces garanties sont notamment constituées afin d'assurer la bonne mise en service des installations. Le cahier des charges de l'appel d'offres éolien offshore de mars 2013 précise notamment dans son point 6.8.2 qu'« au plus tard à la date du plus tardif des récépissés de dépôt des demandes d'autorisations requises pour la construction et l'exploitation de l'installation, le candidat retenu constitue une garantie bancaire à première demande pour un montant égal à 50 000 euros par MW de puissance de l'installation objet de l'offre ». Cette garantie se termine lors de la mise en service complète de l'installation, après les mainlevées partielles et successives dont elle a fait l'objet au fur et à mesure de la réalisation des différentes obligations aboutissant à la mise en service. 72% de ces mainlevées s'effectue après la signature des différents contrats avec les fournisseurs des turbines, des fondations, des câbles et des postes électriques, ainsi qu'avec les gestionnaires des ports retenus et des prestataires des travaux maritimes nécessaires pour l'installation, 4% après la remise des études portant sur l'état initial de la ressource halieutique, 12% après la mise en service de 20% de la puissance de l'installation, et les 12% restant après la mise en service complète.

De telles garanties d'exécution ne figurent pas dans tous les cahiers des charges des appels d'offres de production d'énergie renouvelable. A titre comparatif, le cahier des charges de l'appel d'offre éolien terrestre de novembre 2010 ne prévoit pas de telles garanties en amont de la mise en service, mais impose plutôt des pénalités à l'exploitant en cas de non-respect des objectifs de production, après la mise en service de l'installation⁷⁹¹. Le cahier des charges de l'appel d'offres de production d'électricité photovoltaïque de novembre 2014 impose a contrario une telle garantie d'exécution, dont la mainlevée ne s'exerce toutefois qu'en deux

⁷⁹¹ Cahier des charges de l'appel d'offres n°332689-2010-FR portant sur des installations éoliennes terrestres de production d'électricité en Corse, Guadeloupe, Martinique, Guyane, La Réunion, Saint Barthélemy et Saint Martin, 9 novembre 2010, point 6.2 pages 15.

étapes, et non en neuf étapes pour l'éolien en mer, les conditions d'implantation étant moins aléatoires et complexes⁷⁹².

En cas d'implantation en ZEE, l'article 11 du décret du 10 juillet 2013⁷⁹³ précise que les conditions de mise en service industrielle et de démarrage de l'activité sont précisées dans l'autorisation préfectorale autorisant l'implantation en ZEE. Un tel lien entre les conditions de mise en œuvre du contrat d'achat d'électricité et le titre d'occupation du milieu marin n'apparaît pas dans les concessions d'occupation du DPM délivrées dans le cadre des EMR.

2- L'exigence préalable du raccordement au réseau d'électricité

Si les candidats aux appels d'offres doivent globalement suivre la même procédure que les demandeurs spontanés soumis au mécanisme de l'obligation d'achat, certaines particularités propres à la procédure d'appel d'offres ont été aménagées, notamment dans la documentation technique de référence émise par RTE⁷⁹⁴. Ces aménagements concernent l'entrée en file d'attente. Ce dispositif, géré conjointement par RTE, ERDF et certaines entreprises locales de distribution ou distributeurs non nationalisés, est justifié par la supériorité du volume des demandes de raccordement par rapport à la capacité d'accueil de la production par le réseau public de transport. Cette capacité d'accueil est en principe réservée par RTE dans le cadre des Schémas régionaux de raccordement au réseau des énergies renouvelables⁷⁹⁵ (S3REnR), en tenant compte des objectifs quantitatifs et qualitatifs de production d'électricité définis par les Schémas Régionaux du Climat de l'Air et de l'Énergie (SRCAE)⁷⁹⁶. Or dans le cadre des appels d'offres européens pour la production d'électricité en mer, c'est l'État, et non les régions, qui détermine la puissance et la localisation de cette production dans les zones propices définies au préalable par les préfets.

Ainsi, dès que l'État rend publique cette localisation, et au plus tard lors de la publication d'un avis au Journal officiel de l'Union européenne, RTE procède à la réservation de cette capacité

⁷⁹² Cahier des charges de l'appel d'offre portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'énergie solaire d'une puissance supérieure à 250 kWc, 27 novembre 2014, point 7.1, pp.35 et s.

⁷⁹³ n°2013-611 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 ainsi qu'au tracé des câbles et pipelines sous-marins.

⁷⁹⁴ RTE, Documentation technique de référence, Chapitre 1 : « Instruction des demandes de raccordement », Version 4 applicable à compter du 1^{er} mars 2013, approuvée par la Commission de régulation de l'énergie le 31 janvier 2013, et notamment le point 5.1 : File d'attente. Dispositions particulières aux appels d'offre.

⁷⁹⁵ Définis par l'article L.321-7 du code de l'énergie et le décret n°2012-533 du 20 avril 2012 relatif aux schémas régionaux de raccordement au réseau des énergies renouvelables, prévus par l'article L.321-7 du code de l'énergie (JORF n°0095 du 21 avril 2012 page 7178) modifié par le décret 2014-760 du 2 juillet 2014 (JORF n°0153 du 4 juillet 2014 page 11052). Il a principalement pour but de prévoir les travaux de création et de renforcement du réseau nécessaires pour permettre d'atteindre les objectifs fixés par les SRCAE en matière de production d'énergie renouvelable.

⁷⁹⁶ En application de l'article L.222-1 I 3° du code de l'environnement.

et communique la liste des postes sur lesquels cette réservation est opérée, ainsi que le volume réservé par poste. Le document permettant l'entrée en file d'attente du lauréat de l'appel d'offres est celui qui formalise la décision d'attribution du lot. Les cahiers des charges des appels d'offres éolien en mer précisent toutefois que cette entrée en file d'attente et l'attribution de la capacité réservée n'est effective qu'à compter de l'acceptation par le candidat de la proposition technique et financière (PTF) dans les conditions de la procédure de raccordement⁷⁹⁷. RTE ajoute dans sa documentation technique que « le différentiel de capacité, entre la capacité réservée par RTE lors du lancement de l'appel d'offres par l'État et la capacité effectivement utilisée par le lauréat, est remise à disposition ».

Postérieurement à l'acceptation de la PTF, le lauréat conclut une convention de raccordement avec RTE ainsi qu'une convention d'exploitation et s'engage à financer les études et travaux nécessaires à la réalisation des ouvrages d'extension du réseau⁷⁹⁸. Le cahier des charges impose au candidat d'équiper ses ouvrages de production d'électricité de dispositifs de transmission sécurisée des données fournies par les instruments de mesure de la vitesse et de la direction du vent, des caractéristiques de la production électrique. Le candidat s'engage à fournir ces données au gestionnaire du réseau public de transport d'électricité dans le cadre des conventions de raccordement et à leur demande aux services de l'État compétents en matière d'énergie⁷⁹⁹.

B- Les modifications et la résiliation du contrat d'achat d'électricité EMR

Les conditions dans lesquelles le contrat d'achat d'électricité EMR peut subir des modifications **(1)** ou être résilié **(2)** ne sont pas toujours clairement définies, que ce soit dans les cahiers des charges des appels d'offres ou dans les modèles types de contrat d'achat.

1- Les modifications du contrat d'achat

Ces modifications peuvent porter sur le prix d'achat **(a)**, sur la durée **(b)**, ou sur les titulaires en cas de cession de l'installation **(c)**.

⁷⁹⁷ Cahier des charges de l'appel d'offre éolien en mer de mars 2013, point 3.1 ; la demande de PTF est formalisée par le candidat dans le mois suivant la notification de la décision du ministre suivant la procédure en vigueur auprès de RTE (cf documentation technique de référence précitée).

⁷⁹⁸ Décret n°2007-1280 du 28 août 2007 relatif à la consistance des ouvrages de branchement et d'extension des raccordements au réseau public d'électricité (JORF n°200 du 30 août 2007 page 14313).

⁷⁹⁹ Point 3.1.2 du cahier des charges-appel d'offres éolien en mer mars 2013.

a) Indexation du prix

Dans la mesure où le contrat d'achat a une certaine durée, le prix d'achat de l'électricité produite à partir des installations EMR est indexé à chaque date anniversaire de la prise d'effet du contrat d'achat. Les règles d'ordre public énoncées par les ordonnances du 30 décembre 1958 et du 4 février 1959 (art. L.112-2 du code monétaire et financier) relatives aux indexations s'appliquent à tout contrat, qu'il soit de droit public ou privé⁸⁰⁰. Dans le cadre d'un appel d'offres, le cahier des charges précise les modalités d'indexation. En l'occurrence, la clause 3.3.4 indique que le prix de l'électricité produite à partir des installations éoliennes offshore est indexé en fonction de l'indice du coût horaire du travail révisé dans les industries mécaniques et électriques, et suivant l'indice des prix à la production de l'industrie française pour le marché français-ensemble de l'industrie-A10 BE- prix départ usine.

b) Modification de la durée du contrat d'achat

Les cahiers des charges des appels d'offres EMR ne prévoient pas de disposition permettant une éventuelle prolongation du contrat d'achat d'électricité, pour coïncider avec la durée du titre d'occupation du domaine public maritime, dont le maximum a été porté par l'article 2 du décret n°2016-9 du 8 janvier 2016⁸⁰¹ à quarante ans, au lieu de trente actuellement.

Cela pourrait sembler logique dans la mesure où le candidat peut tenir compte d'une durée plus longue que la durée initiale de 20 ans dans le cadre d'un appel d'offres pour calculer son prix d'achat. Les mesures de soutien aux EMR sont toutefois temporaires, et l'on peut supposer que l'exploitant sera en mesure au terme du contrat de vendre directement son électricité sur le marché. Il pourrait peut-être continuer à bénéficier d'une prime partielle s'ajoutant à sa vente sur le marché, à défaut de pouvoir continuer à bénéficier de l'obligation d'achat. En effet, l'article L.314-2 du code de l'énergie n'accorde qu'une seule et unique fois le bénéfice de l'obligation d'achat aux producteurs. Il précise toutefois que cette interdiction de renouvellement du bénéfice de l'obligation d'achat concerne les installations relevant des articles L.314-1 et L.121-27. Il ne vise pas le cas d'une obligation d'achat mise en place dans le cadre d'un appel d'offres suivant l'article L.311-12 du code de l'énergie.

En revanche, une diminution de la durée du contrat d'achat est prévue en cas de mise en service d'une tranche de l'installation au-delà de la date imposée initialement. Toutefois, les dates de mise en service imposées et le terme des contrats d'achat peuvent être reportés, avant la mise en service de la première tranche, dans certains cas, notamment en cas de recours contre une

⁸⁰⁰ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs* 9^e éd. LGDJ. Paris 2014, n°1056 et s. pp. 450 et s.

⁸⁰¹ concernant les ouvrages de production et de transport de l'énergie renouvelable en mer.

des autorisations nécessaires à la construction ou à la mise en service de l'installation. Dans ce cas, la date de mise en service et le terme du contrat d'achat de chaque tranche peuvent être reportés de l'écart entre la date de la décision de la dernière juridiction administrative saisie augmentée de 24 mois et la date correspondant à 7 ans et 3 mois après la notification de la décision par les ministres compétents. Ils peuvent aussi être reportés en cas de retard dans la délivrance des autorisations d'occupation du DPM ou relatives à la loi sur l'eau, ainsi qu'en cas d'indisponibilité des ouvrages du réseau d'évacuation.

Il ne peut y avoir de cumul des reports. C'est le report maximal qui est appliqué en cas de survenance de plusieurs situations. Le cahier des charges précise que dans tous les cas la durée du contrat d'achat ne peut excéder 20 ans.

c) Cession du contrat

Les cahiers des charges des appels d'offres éolien offshore⁸⁰² précisent que le candidat s'engage à être l'exploitant du parc mais qu'il pourra par la suite transférer son autorisation d'exploiter, suivant les dispositions de l'article L.311-5 du code de l'énergie. Il s'agit de l'autorisation ministérielle d'exploiter une installation de production d'électricité délivrée par le ministre de l'énergie accordée automatiquement à une entreprise retenue dans le cadre d'un appel d'offres. On suppose que dans ce cas le bénéficiaire de ce transfert se voit aussi transférer le contrat d'achat de l'électricité. Que le contrat soit de nature administrative ou civile, la cession de contrat est une opération par laquelle un tiers, nommé le cessionnaire, succède à un contractant nommé le cédant, dans un contrat ayant été conclu avec un autre contractant nommé le cédé⁸⁰³. Le contractant reprend dans ce cas les droits et obligations d'un autre, sans que soit établi un nouveau lien contractuel⁸⁰⁴. Il faut préciser toutefois que dans le cas où la production d'électricité EMR est qualifiée de service public, et s'exerce dans le cadre d'une délégation de service public, l'autorisation de la personne publique est requise. Quoi qu'il en soit, la cession du contrat d'achat seule n'a pas de sens. Il est nécessaire que le cessionnaire se voie aussi attribuer tous les droits afférents à l'installation EMR. Qu'en est-il par conséquent du titre d'occupation du DPM ? Le principe, comme le rappelle R. HOSTIOU, est que ces titres, en raison de leur caractère personnel⁸⁰⁵, ne peuvent être cédés⁸⁰⁶ ou transmis⁸⁰⁷, à titre gratuit ou onéreux, même avec l'accord de l'administration. Celle-ci n'a pas le pouvoir de donner à leurs

⁸⁰² Cahier des charges de l'appel d'offres éolien offshore Mars 2013 Point 2.2.

⁸⁰³ E. JEULAND, « Cession de contrat », *Répertoire de droit civil*, Juin 2010.

⁸⁰⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ 9^e éd. 2014, n°442, p.216.

⁸⁰⁵ CE 21 novembre 1969, *Sieurs André et Manuel Koeberlin*, AJDA 1970, p. 160, note P. Godfrin

⁸⁰⁶ CE 20 mars 1996, *M. Veber*, req. n° 121601.

⁸⁰⁷ CE 5 juillet 1933, *Burgess Moore*, Lebon p. 742 ; voir toutefois, CE 4 juin 1958, *Tossounian*, AJDA 1958, p. 364 et 365, obs. J. G.

titulaires le droit de les transférer à d'autres⁸⁰⁸. Le transfert justifie le retrait pour faute de l'autorisation cédée, sous réserve que son titulaire ait été invité à présenter ses moyens de défense⁸⁰⁹.

La cession du titre d'occupation du domaine public est soit admise, notamment dans le cadre de la loi du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, soit tolérée, par exemple dans le domaine des concessions de cultures marines⁸¹⁰. En effet, le décret du 14 septembre 1987 admet l'existence d'un « droit de présentation » au profit du titulaire d'une concession de cultures marines. Celui-ci peut demander que lui soit « substitué dans ses droits » un tiers personne physique ou morale, l'Administration ne pouvant lui refuser d'agréeer le repreneur que s'il ne remplit pas les critères professionnels requis, la cession étant assortie de dispositions financières⁸¹¹. Cette cession peut donner lieu à indemnisation versée par le cessionnaire au cédant relative à la valeur des locaux, ainsi que des aménagements fonciers et hydrauliques réalisés par l'ancien exploitant sur le domaine public. Le préfet peut faire appel à la concurrence via un appel d'offres en cas d'écart injustifié par rapport à la valeur moyenne de référence fixée par la commission technique d'évaluation chargée d'assister la Commission des cultures marines qui a rendu un avis sur le montant de cette indemnisation⁸¹². A titre comparatif, la Belgique autorise la cession des concessions domaniales accordées aux exploitants de parcs EMR. L'article 20 de l'arrêté royal du 28 septembre 2008⁸¹³ prévoit en effet la vente, la cession totale ou partielle, le partage et la location de la concession domaniale.

La Cour administrative d'appel de Nantes a jugé que lorsque l'autorisation d'occuper le domaine public a été accordée à une société et non à ses associés, le changement d'associé n'entraîne aucune cession de l'autorisation d'occupation et le nouvel associé ne peut être regardé comme occupant sans titre du domaine public⁸¹⁴.

Quant au titre d'occupation de la ZEE, il peut être transféré partiellement ou totalement, pour la durée de l'autorisation restant à courir, après demande préalable. Lorsque le titulaire est une personne morale de droit privé, il informe l'autorité compétente préalablement à toute

⁸⁰⁸ CE 10 mai 1989, *Munoz*, RDP. 1989, p. 1805.

⁸⁰⁹ M. MOLINER-DUBOST, « Requiem pour le principe d'incessibilité des autorisations administratives », *AJDA* 2004 p. 2141 : voir CE 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, RD publ. 1944, concl. Chenot, note Jèze.

⁸¹⁰ R. HOSTIOU, « La patrimonialité des actes administratifs et la Convention européenne des droits de l'homme » *RFDA* 2009, 17.

⁸¹¹ S. FOURMOND, *Occupations privatives du domaine public et droit des patrimoines. Le droit des biens à l'aune de l'obligation réelle*. Thèse Nantes 2000, p.71 et s.

⁸¹² J.P. BEURIER, *Droits maritimes* Dalloz 2009, n°742.31 et s. pp. 1066 et s.

⁸¹³ Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 20 décembre 2000 relatif aux conditions et à la procédure d'octroi des concessions domaniales pour la construction et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'eau, des courants ou des vents, dans les espaces marins sur lesquels la Belgique peut exercer sa juridiction conformément au droit international de la mer. (Publication 30 octobre 2008, n°2008011454, page 57503, dossier n°2008-09-28/42, entrée en vigueur 9 novembre 2008).

⁸¹⁴ CAA Nantes 23 décembre 2008, n°08NT00619 ; *AJDA* 2009 p.1043.

modification de son actionnariat ayant pour effet une modification du contrôle au sens de l'article L233-3 du code de commerce. L'absence de réponse dans un délai de deux mois vaut accord⁸¹⁵.

2- Extinction du contrat d'achat d'électricité EMR

Le contrat peut prendre fin suite à une inexécution des parties au contrat **(b)** ou à une suspension ou résiliation **(b)**.

a) Inexécution du contrat

Les conditions générales du modèle type de contrat d'achat d'électricité éolienne, terrestre ou offshore, stipulent qu'« en dehors des périodes de manque de vent, la livraison ne peut être interrompue ou réduite que pour des raisons d'ordre technique ou de maintenance, relevant de la force majeure, par suite d'une décision de l'autorité administrative ou en cas d'indisponibilité du réseau ». Les cahiers des charges des appels d'offres ne comportent pas de disposition relative à l'inexécution du contrat d'achat d'électricité. Si celle-ci résulte de l'interruption de l'exécution du contrat de raccordement, que la faute soit imputable au producteur ou au gestionnaire du réseau, la responsabilité contractuelle des parties pourra être mise en jeu⁸¹⁶.

A titre comparatif, en Allemagne, si l'injection d'électricité produite par un parc de production d'énergie en mer n'est pas possible pendant sept jours consécutifs en raison d'un raccordement qui n'aurait pas été achevé à temps ou qui serait défaillant et que le gestionnaire de réseau n'en est pas responsable, la durée de rémunération pour l'exploitant est prolongée à compter du huitième jour de la perturbation et pour la durée de la perturbation⁸¹⁷.

b) Suspension et résiliation du contrat

Le contrat peut être suspendu ou résilié par l'autorité administrative dans les conditions fixées par l'article L.311-14 du code de l'énergie, notamment en cas de non-respect par l'exploitant des prescriptions techniques fixées dans l'arrêté préfectoral délivrant l'autorisation au titre de la loi sur l'eau.

L'article 6 du décret du 10 mai 2001⁸¹⁸ accorde aux parties au contrat d'achat d'électricité la possibilité de prévoir les modalités relatives aux indemnités dues en cas de résiliation du contrat

⁸¹⁵ Décret n°2013-611 du 10 juillet 2013 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 ainsi qu'au tracé des câbles et pipelines sous-marins.

⁸¹⁶ D. BAILLEUL (dir.) *Énergie solaire. Aspects juridiques*, Université de Savoie. 2010. pp. 337 et s.

⁸¹⁷ Bureau de coordination énergies renouvelables, note de synthèse : *Les retombées économiques actuelles et futures de l'éolien offshore en Allemagne*. Septembre 2012.

⁸¹⁸ Décret n°2001-410 du 10 mai 2001 relatif aux conditions d'achat de l'électricité produite par les producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat.

par le producteur avant le terme prévu. Ces dispositions sont-elles applicables dans le cadre d'un contrat d'achat conclu suite à un appel d'offres ? Inversement, l'acheteur obligé doit en principe poursuivre l'exécution du contrat jusqu'à son terme, sauf à vider de son sens le mécanisme de l'obligation d'achat, à moins d'appliquer le principe de résiliation du contrat pour motif d'intérêt général⁸¹⁹. EDF pourrait ainsi vouloir résilier le contrat avant son terme si l'intérêt du service public dont il a la charge le justifierait, moyennant l'indemnisation du producteur⁸²⁰. Dans le cadre d'un contrat d'achat d'électricité conclu en dehors du cadre de l'appel d'offres, et s'agissant d'un contrat à durée déterminée, sa nature potentiellement privée interdit en principe toute résiliation unilatérale par les parties, en raison de la force obligatoire du contrat. La jurisprudence admet toutefois la possibilité de résolution unilatérale en cas de manquement grave de l'autre partie⁸²¹. Le retrait du titre d'occupation du DPM ou de la ZEE serait probablement de nature aussi à justifier la résiliation du contrat d'achat d'électricité.

Si le cadre contractuel de la vente d'électricité EMR présente des spécificités juridiques, le cadre structurel de la vente réclame quant à lui une adaptation des ouvrages de connexions et d'interconnexions marines afin de faciliter la circulation de la marchandise électricité.

Section II- Le cadre structurel de la vente de l'électricité EMR

Dans la mesure où l'électricité ne se stocke pas, la connexion des installations de production d'électricité EMR aux réseaux est indispensable pour écouler la production sur le marché, mais elle réclame un renforcement des structures terrestres de transport existantes et la création de connexions marines (§1).

Outre la nécessité de développer les connexions marines, l'interconnexion entre États au sein de l'Union européenne constitue une étape essentielle pour intégrer cette production sur le marché européen de l'électricité. La Commission européenne dans sa communication de 2008⁸²² énumérait parmi les obstacles au développement de l'énergie éolienne en mer l'absence de réseaux de transmission électriques en mer. Les États membres multiplient ainsi les projets

⁸¹⁹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^eéd. LGDJ 2014, n°457 et s. pp. 221 et s.

⁸²⁰ *Énergie solaire. Aspects juridiques op.cit.* p.339.

⁸²¹ Cass. 1^{ère} civ. 5 nov. 2008 *RTD civ.* 2009, 119 ; Cass. 1^{ère} civ. 24 sept. 2009, *RDC* 2010, p.690- P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations, Lexisnexis*, 2014, n°453, p.346.

⁸²² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 13 novembre 2008 intitulée « Énergie éolienne en mer : réaliser les objectifs de politique énergétique à l'horizon 2020 et au-delà » (COM (2008) Final 768).

de structures d'interconnexion électriques marines afin de faciliter la circulation de l'électricité provenant des sources EMR (§2).

§1- Les structures de connexions électriques

En dépit du principe d'accès prioritaire au réseau des énergies renouvelables, l'insertion de la production d'électricité EMR dans le réseau électrique ne s'opère pas aisément. D'une part, les zones propices à l'accueil de la production électrique EMR sont rares, en raison du régime juridique protecteur du littoral. Viennent s'ajouter d'autre part des contraintes techniques engendrées par une arrivée relativement massive de la production d'électricité EMR, dont le traitement par les outils de planification existants ne semble pas toujours adapté (A).

L'arrivée de cette production massive d'électricité EMR nécessite en outre de délocaliser davantage l'implantation des ouvrages de raccordement en mer. Cette « délocalisation maritime » des structures du réseau appelle une planification adaptée pour éviter une implantation anarchique et une clarification des questions de propriété des ouvrages (B).

A- Les limites des structures terrestres de raccordement au réseau des EMR

Bien que le producteur d'électricité EMR ait un droit d'accès non discriminatoire et prioritaire au réseau (1), l'application pratique de ce droit se heurte à quelques obstacles (2)

1- Le principe d'accès non discriminatoire et prioritaire au réseau

L'article L.121-4 du code de l'énergie confie aux gestionnaires du réseau de transport et de distribution d'électricité la mission d'assurer un raccordement et un accès non discriminatoires à ce réseau. L'article L.111-91 du code de l'énergie garantit un droit d'accès au réseau public de transport d'électricité afin notamment d'assurer l'exécution des contrats d'achat d'électricité. Ce droit est garanti par les gestionnaires de réseau qui concluent alors un contrat avec l'utilisateur (Art. L.111-92). Ce droit ne peut être refusé que si le gestionnaire de réseau estime qu'il peut y avoir atteinte au bon fonctionnement du réseau, à sa sécurité, ou pour des motifs liés à l'exécution de sa mission de service public, outre bien évidemment le défaut d'autorisation de produire de l'électricité (art. L.111-93). P. SABLIERE⁸²³ a mis en évidence l'absence dans le code de l'énergie de deux hypothèses où le gestionnaire du réseau de transport

⁸²³ P. SABLIERE, *Droit de l'énergie*, Dalloz 2013, n°833.42, p.2337.

ne peut refuser l'accès au réseau et prévues par l'article 23 de la directive du 13 juillet 2009⁸²⁴. Il ne peut d'une part refuser le raccordement d'une nouvelle centrale électrique en invoquant d'éventuelles futures limitations dans les capacités disponibles du réseau, ni refuser un nouveau point de raccordement au motif que celui-ci entraînerait des coûts supplémentaires résultant de l'obligation d'accroître la capacité des éléments du réseau dans la zone située à proximité du point de raccordement. La directive contient cependant un article 32 qui semble en contradiction avec l'article 23 puisqu'il autorise le gestionnaire du réseau à refuser l'accès en cas d'insuffisance de capacité.

Outre l'accès non discriminatoire, un accès prioritaire peut être accordé pour les producteurs d'énergies renouvelables, selon l'article 7 de la directive énergies renouvelables de 2009⁸²⁵, mais sans préjudice du maintien de la fiabilité de la sécurité du réseau de transport. L'article 16.2 b) de cette directive invite les États membres à prévoir soit un accès prioritaire, soit un accès garanti au réseau pour l'électricité produite à partir des sources d'électricité renouvelable. Quoiqu'il en soit, bien que le lauréat à un appel d'offres EMR ait un droit quasiment garanti de raccordement au réseau, l'application de ce droit en pratique se heurte à quelques obstacles.

2- Les limites de l'application du principe d'accès prioritaire des producteurs d'électricité EMR au réseau.

Le droit *au* raccordement des producteurs EMR se voit limité par le droit *du* raccordement spécifique sur le littoral (a) et par la rapide saturation de la capacité d'accueil du réseau de la production EMR projetée (b).

a) La rareté des zones propices au raccordement en raison des règles protectrices du littoral

La loi Littoral⁸²⁶ a certes été aménagée pour permettre la construction des ouvrages de raccordement. En effet, l'article L.121-17 du code de l'urbanisme déroge à l'interdiction de toute construction ou installation, en dehors des espaces urbanisés, sur une bande littorale de 100 mètres à compter de la limite haute du rivage. Il autorise la construction des ouvrages de raccordement aux réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité des installations

⁸²⁴ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE.

⁸²⁵ Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité.

⁸²⁶ Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral,

marines utilisant les énergies renouvelables. Il ajoute que les techniques utilisées pour la réalisation de ces raccordements sont souterraines et toujours celles de moindre impact environnemental. ». Une dérogation similaire existe dans les espaces remarquables (article L 121-25 du code de l'urbanisme). L'article précise que l'approbation des projets de construction de lignes de transport de l'électricité, faisant notamment l'objet de déclarations d'utilité publique (DUP) selon l'article L.323-11 du code de l'énergie, peut être refusée si les canalisations sont de nature à porter atteinte à l'environnement ou aux sites et paysages remarquables.

Ces dérogations appellent deux remarques. Premièrement, les techniques souterraines imposées permettent certes d'installer les câbles de raccordement mais pas les postes électriques. Deuxièmement, comme l'ont souligné deux sénateurs dans un rapport sur la loi littoral, ces dérogations accordées pour les EMR⁸²⁷ ne doivent pas aboutir à une « multiplication anarchique en bord de mer » de ces ouvrages de raccordement. Ils proposent de mettre en place des « provisions financières (...) pour anticiper le démantèlement de ces ouvrages et de ces câbles, et permettre un retour du littoral à l'état naturel (...) afin d'éviter que le financement de ces opérations coûteuses soit reporté sur la collectivité en cas de disparition de l'exploitant ». Une initiative intéressante a été lancée dans le cadre du programme EMACOP⁸²⁸ (Énergies MARines, COtières et Portuaires). Il s'agit d'un programme national de recherche et développement réunissant plus d'une dizaine de partenaires publics et privés et visant à associer des projets EMR avec des ouvrages côtiers et portuaires, soit en construisant des ouvrages neufs soit en rénovant des ouvrages vieillissants. Cette synergie permet de faciliter le raccordement et la maintenance, de partager les coûts et de réduire les impacts environnementaux.

Concernant l'utilisation du rivage de la mer en tant que partie intégrante du domaine public maritime, les ouvrages de raccordement semblent entrer dans le champ d'application de l'exception prévue par l'article L.2124-2 du CG3P. Cet article dispose en effet qu'« il ne peut être porté atteinte à l'état naturel du rivage de la mer (...) sauf pour des ouvrages ou installations liés à l'exercice d'un 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 ». Or comme le précise P. SABLIERE, « le raccordement faisant partie de la mission de service public du gestionnaire de réseau, il y a

⁸²⁷ Rapport d'information n°297 du 21 janvier 2014 fait au nom de la commission du développement durable, des infrastructures, de l'équipement et de l'aménagement du territoire sur la loi littoral, p.39.

⁸²⁸<http://www.enea-consulting.com/wp-content/uploads/ENEA-Consulting-Les-Énergies-Marines-Renouvelables.pdf> : « Énergies marines renouvelables. Enjeux et solutions techniques », Enea Consulting. Mai 2012, p.12.

distribution publique dès le premier raccordement, chaque raccordement étant le moyen par lequel cette distribution peut effectivement être réalisée ». Les ouvrages de raccordement et de branchement font ainsi partie intégrante des concessions de transport ou de distribution et sont donc qualifiés, comme les réseaux, d'ouvrages publics. Ils peuvent donc faire l'objet de déclarations d'utilité publique⁸²⁹ en vue de leur implantation, par le biais de servitudes légales, sur les propriétés privées autres que celles du producteur d'électricité⁸³⁰. Cet article L.2124-2 n'impose toutefois pas, contrairement à l'article L.146 du code de l'urbanisme, l'enfouissement des constructions sous terre.

b) La capacité limitée du réseau et la nécessité de renforcer les ouvrages de raccordement

La file d'attente de raccordement des installations de production d'électricité d'origine renouvelable en France continentale était de 13 026 MW⁸³¹ au 31 décembre 2014, dont 3123 MW de puissance éolienne offshore en attente de raccordement au 30 juin 2014⁸³².

Les quatre parcs éoliens offshore retenus par le gouvernement en 2012 seront reliés au réseau terrestre d'électricité par des câbles longs de 45 à 60 km, de 225 kV en courant alternatif, jusqu'à deux postes d'atterrage souterrains sur le rivage, puis une partie sous terre jusqu'au réseau électrique existant⁸³³. La capacité des postes électriques existants ne suffira cependant pas pour accueillir la production électrique des parcs éoliens offshore. Dans le cadre du parc de Saint Nazaire notamment, la création d'un nouveau poste électrique, d'une superficie de quatre à cinq hectares, s'est imposée rapidement, accompagnée d'un projet architectural en concertation avec la commune afin de faciliter son insertion paysagère⁸³⁴. Quant à l'accueil de la production hydrolienne, la capacité d'accueil du réseau est d'ores et déjà saturée notamment

⁸²⁹ Obligation pour les PLU de se mettre en conformité avec les DUP accordées par le préfet pour les travaux de construction par RTE de lignes électriques entre les parcs EMR et les postes de raccordement de RTE : cf notamment la DUP accordée à RTE le 29 oct.2008 par le préfet de Seine maritime pour la construction d'une liaison électrique souterraine de 90 000 volts en vue du raccordement du parc éolien offshore de Veulettes sur mer au poste RTE de Fécamp.

⁸³⁰ P. SABLIERE, *Droit de l'Énergie*, Dalloz 2014, n°834.16 p.2342.

⁸³¹ dont 6 748 MW d'installations d'éoliennes terrestres et 2 107 MW d'installations photovoltaïques (http://www.rte-france.com/sites/default/files/panorama_des_Énergies_renovelables_2014.pdf), Panorama de l'électricité renouvelable 2014, RTE France.)

⁸³² http://www.erdf.fr/medias/Institutionnel/ERDF_Panorama_ENR_S12014.pdf, Panorama des énergies renouvelables au 1^{er} semestre 2014, p.11.

⁸³³ http://www.rte-france.com/sites/default/files/panorama_des_Énergies_renovelables_2014.pdf, Panorama de l'électricité renouvelable 2014, RTE France.

⁸³⁴ http://www.rte-france.com/uploads/media/pdf_zip/presse/cp-2013/2013_12_17_CP_RTE_Ouest_Raccordement_eolien_offshore_st-Nazaire.pdf

sur le site du Raz Blanchard et impliquera le renforcement du réseau terrestre, notamment à partir de 2.5 GW⁸³⁵.

Indépendamment des obstacles liés aux structures terrestres des connexions électriques, il est indispensable de renforcer et créer les structures de connexions marines.

B- La nécessité de « maritimer » les procédures de raccordement électrique des parcs EMR

Afin de prendre en compte la spécificité du raccordement des EMR, l'adaptation, voire la création d'outils de planification des ouvrages à créer ou à renforcer s'impose (1), ainsi que la clarification du rôle du gestionnaire de réseau en mer et de la question de propriété des ouvrages de raccordement (2).

1- La nécessité d'une planification spécifique pour le raccordement des unités de production EMR

L'article 16.1 de la directive Énergies renouvelables⁸³⁶ invite les États membres à prendre les mesures appropriées pour développer l'infrastructure du réseau de transport et de distribution pour l'accueil des énergies renouvelables. Ces mesures appropriées peuvent s'inscrire dans le cadre d'une planification adaptée des travaux de création et de renforcement du réseau, notamment en mer. Les outils existants de planification des réseaux électriques s'appliquent-ils au milieu marin ? Prennent-ils réellement en compte les travaux de création et de renforcement du réseau en mer ?

Selon l'article L.321-7 du code de l'énergie, c'est le Schéma régional de raccordement au réseau des énergies renouvelables (S3REnR), élaboré par le gestionnaire de réseau, qui définit les ouvrages de raccordement à renforcer ou à créer pour atteindre les objectifs fixés par les SRCAE. Ce schéma définit également « un périmètre de mutualisation des postes du réseau public de transport, des postes de transformation entre les réseaux publics de distribution et le réseau public de transport et des liaisons de raccordement de ces postes au réseau public de

⁸³⁵ RTE « Accueil de la production hydrolienne. Étude prospective ». Janvier 2013 : « En deçà de 1.5 GW, l'accueil de la production hydrolienne ne nécessite que des adaptations légères du réseau du Cotentin, grâce à la capacité d'évacuation apportée par la liaison Cotentin-Maine. A partir de 1.5 GW, des mesures d'exploitation telles que la limitation préventive de la production pourraient être nécessaires, de manière exceptionnelle, afin de garantir la sûreté du système électrique. En tout état de cause, au-delà de 2.5 GW, (...) la création d'une nouvelle liaison aérienne 400 kV entre la Basse Normandie et l'ouest de la Couronne parisienne permettrait d'absorber la quasi-totalité du gisement exploitable entre Aurigny et le Cotentin, sans risque pour la stabilité des groupes nucléaires de Flamanville, ni contraintes de transit ».

⁸³⁶ Directive 2009/28/CE *op.cit.*

transport ». Le S3REnR indique pour chacun de ces postes les capacités d'accueil de production permettant de réaliser les objectifs fixés par le SRCAE, et -s'il existe- par le document stratégique de façade prévu par l'article L.219-3 du code de l'environnement.

RTE pourra à l'avenir s'appuyer davantage sur les documents stratégiques de façade pour planifier les travaux du réseau pour les EMR. L'article 4 du décret du 20 avril 2012⁸³⁷ précise que le S3REnR peut comporter un volet spécifique pour les installations de production d'électricité en mer. Selon l'article 9, lorsqu'un ouvrage électrique situé en mer a vocation à intégrer le schéma régional de raccordement, il est rattaché au schéma régional de raccordement de la région administrative sur le territoire de laquelle est envisagé l'atterrage de l'ouvrage maritime. L'article 10 quant à lui soumet le schéma à l'approbation du préfet maritime, conjointement à celui du préfet de région, quand il comprend un ou des ouvrages situés en mer. Le S3REnR de la Basse Normandie⁸³⁸ notamment tient compte des objectifs en matière de production hydrolienne de 100 MW et prévoit un montant pour la création d'ouvrages accueillant cette production représentant 5% du montant total des investissements. En revanche, le S3REnR Bretagne ne traite pas du raccordement des EMR, qui est examiné dans le cadre des travaux de la conférence régionale de la mer et du littoral⁸³⁹. Les discussions au cours de cette conférence⁸⁴⁰ ont notamment porté d'une part sur l'accueil de la production hydrolienne du Fromveur. Certains câbles existants pourraient être utilisés pour le raccordement. Pour le tracé de celui-ci, le port du Stiff, en raison de la loi Littoral, est le seul point d'entrée sur Ouessant.

2- L'extension des compétences des gestionnaires de réseau et la question de la propriété des ouvrages de raccordement en mer

Afin de faciliter leur mission, les compétences des gestionnaires de réseau ont été étendues au milieu marin **(a)**. Demeurent toutefois des questionnements quant à la propriété des ouvrages de raccordement en mer **(b)**.

a) Compétence étendue au milieu marin

Selon l'article L.121-4-II al.2 du code de l'énergie, les compétences des gestionnaires de RTE ont été étendues à la mer territoriale, au plateau continental et à la zone économique exclusive

⁸³⁷ Décret n°2012-533 du 20 avril 2012 relatif aux schémas régionaux de raccordement au réseau des énergies renouvelables, prévu par l'article L.321-7 du code de l'énergie. JORF n°0095 du 21 avril 2012 page 7178.

⁸³⁸ Version au 25 août 2014, p. 12.

⁸³⁹ Page 18 du rapport de présentation du S3REnR Bretagne.

⁸⁴⁰ Compte rendu de la Conférence régionale de la mer et du littoral de Bretagne du 21 octobre 2013 p. 4.

lorsque les ouvrages électriques sont raccordés aux réseaux publics terrestres exploités par ces gestionnaires. L'article ajoute que ces missions sont exercées conformément à la loi du 30 décembre 1968 relative au plateau continental⁸⁴¹ ainsi qu'à la loi du 16 juillet 1976⁸⁴². En revanche, aucune référence n'est faite au décret du 10 juillet 2013⁸⁴³ relatif aux ouvrages et installations situés en ZEE et sur le plateau continental.

Selon les cahiers des charges des appels d'offres éolien en mer⁸⁴⁴, RTE assure la maîtrise d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre des ouvrages de raccordement à partir du poste électrique de livraison jusqu'au réseau public de transport. Les études et travaux nécessaires à la réalisation des ouvrages, ainsi que l'obtention de l'ensemble des autorisations administratives sont de sa responsabilité.

RTE doit notamment solliciter une demande d'autorisation d'occupation du DPM pour la construction des lignes électriques sous-marines. Le gestionnaire de transport multiplie les collaborations étroites avec les comités des pêches afin de mieux prendre en compte l'activité des pêcheurs lors de l'élaboration des études d'impact des projets de création de lignes électriques sous-marines⁸⁴⁵.

b) La clarification nécessaire au sujet de la propriété des ouvrages en mer

L'article 1^{er} du décret du 20 avril 2012⁸⁴⁶, modifié par le décret du 2 juillet 2014⁸⁴⁷, précise que les raccordements d'installations dont les conditions sont fixées dans le cadre d'un appel d'offres ne s'inscrivent pas dans le S3REnR pour l'application de l'article L342-1 du code de l'énergie. Cet article indique que le raccordement comprend, outre les ouvrages créés pour l'extension, le branchement en basse tension et le renforcement du réseau existant, les ouvrages propres à l'installation ainsi qu'une quote-part créée en application de ce schéma. Les ouvrages de raccordement font partie du réseau public de transport, y compris en mer⁸⁴⁸, et sont des ouvrages publics propriété de RTE, bien que ce soit le producteur qui finance le coût des travaux

⁸⁴¹ Loi n°68-1181 du 30 décembre 1968 relative à l'exploration du plateau continental et à l'exploitation de ses ressources naturelles.

⁸⁴² Loi n°76-655 du 16 juillet 1976 relative à la zone économique et à la zone de protection écologique au large des côtes du territoire de la République.

⁸⁴³ Décret n°2013-611 du 10 juillet 2013 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 ainsi qu'au tracé des câbles et pipelines sous-marins. JORF n°0160 du 12 juillet 2013 page 11622.

⁸⁴⁴ Mars 2013, point 3.1.4.

⁸⁴⁵ <http://www.audeladeslignes.com/parteneriat-comite-national-peches-23389> : « Un partenariat pour raccorder les énergies marines au réseau de transport », Au-delà des lignes, 7 février 2014.

⁸⁴⁶ Décret n°2012-533 *op.cit.*

⁸⁴⁷ Décret n°2014-760 du 2 juillet 2014.

⁸⁴⁸ Décret n°2012-533 *op.cit.* art.9.

de ces ouvrages de raccordement au réseau⁸⁴⁹. Dans le cas du recours à la procédure d'appel d'offres, c'est donc le cahier des charges qui détermine les ouvrages faisant partie du raccordement.

L'annexe 3 des cahiers des charges des appels d'offres éolien offshore précise que la limite de propriété des ouvrages de raccordement se situe au niveau de la borne aval du disjoncteur du poste de livraison du producteur. Qu'est-ce que cela signifie exactement ? Il semble d'après le schéma qu'il s'agisse de la plateforme offshore qui mutualise les câbles connectés aux éoliennes. Or cet ouvrage est propre à l'installation du producteur. Celui-ci serait propriétaire de la plateforme et non des câbles ?

Ces questions de répartition des droits de propriété entre l'exploitant et le gestionnaire ne sont pas claires, et nécessitent une réponse précise. En effet, au-delà d'un certain volume de production, et compte tenu de la rareté des zones propices d'atterrage, il sera indispensable de prévoir davantage d'ouvrages électriques en mer. Ces ouvrages permettront d'une part de regrouper en mer les câbles reliés individuellement à chaque engin EMR et éviter ainsi une multiplication de l'atterrage de ceux-ci sur le rivage. D'autre part certains ouvrages serviront à convertir le courant continu en courant alternatif. En effet, bien que le courant alternatif soit la technologie la plus utilisée aujourd'hui pour transporter de l'électricité en haute tension, dans le cas de transport par câbles sous-marins sur de longues distances, c'est le système du courant continu HVDC⁸⁵⁰ qui est le mieux adapté⁸⁵¹.

Dans la mesure où l'électricité sortant directement des engins EMR est en courant alternatif, il est nécessaire de construire des plateformes en mer auxquelles ces engins sont connectés, afin de convertir le courant alternatif en courant continu à haute tension (+/- 320 000 volts). La plateforme de conversion transmet ensuite le courant continu via des câbles sous-marins à un autre poste convertisseur HVDC sur terre afin de transformer à nouveau l'électricité en courant alternatif. La liaison HVDC permet au réseau offshore de résoudre les défauts du réseau terrestre. Elle permet également d'éviter que les défauts du parc éolien offshore n'affectent le réseau à terre⁸⁵².

Les coûts des équipements et les pertes d'électricité se trouvent réduits par rapport à l'usage du courant alternatif, surtout à compter d'une distance supérieure à 50 Km. Dans la mesure où cette plateforme de conversion serait située en aval du disjoncteur du poste collecteur de

⁸⁴⁹ Les S3REnR prévoient en général que les coûts liés à la création des ouvrages de raccordement spécifiquement pour l'accueil des EnR sont à la charge des producteurs, tandis que les coûts de renforcement des réseaux sont à la charge du gestionnaire et donc du tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité (TURPE).

⁸⁵⁰ *High Voltage Direct Current* ou Courant Continu Haute Tension (CCHT)

⁸⁵¹ Interview d'Olivier Grabette, responsable R&D et Innovation chez RTE le 26 mai 2011 sur le site www.audeladeslignes.com

⁸⁵² <http://www.alstom.com/fr/grid/produits-et-services/Solution-d-ingenierie-electrique/systemes-de-transport-HVDC/HVDC-parcs-eoliens-offshore/>

l'exploitant, elle appartiendrait à RTE. A l'heure actuelle, seuls les parcs éoliens offshore situés en Allemagne, Norvège et au Royaume Uni sont connectés en courant continu, en raison de leur localisation éloignée des côtes. On peut supposer que cette technique serait privilégiée pour le raccordement des futurs parcs EMR situés en ZEE française.

La circulation de la marchandise électricité provenant des parcs EMR requiert en outre le développement de structures d'interconnexions marines dans le cadre du marché intérieur de l'électricité.

§2- Les structures d'interconnexions électriques en mer

Dans le cadre du marché intérieur de l'électricité, la marchandise électricité provenant des unités de production EMR doit pouvoir circuler librement au sein des différents réseaux d'électricité des États membres de l'Union européenne. L'interconnexion entre les marchés nationaux d'électricité permet à ceux-ci d'être en concurrence les uns avec les autres, puisque l'électricité produite à l'intérieur de chacun d'eux peut circuler de l'un vers l'autre. Le principe de la liberté de circulation des marchandises dans l'Union européenne se heurte toutefois aux dispositifs de soutien mis en place pour promouvoir les EMR, reflétant ainsi le conflit pouvant surgir entre les mêmes objectifs contenus dans l'article 194 TFUE. Afin d'apaiser quelque peu ce conflit d'intérêts, et permettre la réalisation des objectifs nationaux de production en matière d'énergies renouvelables, l'Union européenne tolère les atteintes portées par les États membres à la liberté de circulation de la marchandise électricité **(A)**. Des initiatives sont toutefois créées en parallèle afin de favoriser les échanges transfrontaliers d'électricité, en dépit de l'existence de systèmes de soutien nationaux divergents, grâce au développement des réseaux d'interconnexion électriques et de plateformes d'échanges commerciaux d'électricité en mer **(B)**.

A- Les entraves à la libre circulation de l'électricité constituées par l'existence de régimes de soutien nationaux aux énergies renouvelables

L'électricité est une marchandise **(1)** dont la libre circulation au sein du marché intérieur de l'UE est entravée par l'existence de systèmes de soutien à la production d'énergie renouvelable. Ceux-ci sont toutefois admis par le droit européen au nom de la protection de l'environnement **(2)**.

1- La qualification de marchandise de l'électricité

L'électricité est-elle une marchandise ou un service ? Les propriétés physiques de l'électricité, et notamment le fait qu'elle ne peut être stockée, auraient pu conduire à considérer qu'il ne s'agissait pas d'une marchandise mais d'un service. Telle fut la position défendue par la France à l'occasion du recours en manquement introduit par la Commission contre le monopole d'importation et d'exportation d'électricité qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour du 23 octobre 1997⁸⁵³. La France assimilait l'électricité à un service en raison du fait que ce produit est indissociable de la prestation offerte par le transporteur et le distributeur. L'article 57 TFUE dispose cependant que : « sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ». Il n'y a donc existence d'un service que si l'on n'est ni en présence d'une marchandise, ni de capitaux. L'électricité est considérée comme une marchandise par la nomenclature tarifaire de la Communauté (Code NC 27.16). Selon C. ISIDORO, « les autres sources d'énergie, telles que le charbon, le gaz naturel et le pétrole, étant considérées comme des marchandises, il serait singulier que l'électricité soit traitée différemment⁸⁵⁴».

La CJUE a qualifié dans son arrêt *Costa c/ENEL* du 15 juillet 1964⁸⁵⁵, confirmé par son arrêt *Commune d'Almelo* du 27 avril 1994⁸⁵⁶, que l'électricité est une marchandise soumise au régime de libre circulation posé par les articles 34 TFUE et suivants. Quant aux garanties d'origine et certificats verts, ils devraient être également qualifiés de marchandises puisque ce sont des produits susceptibles de faire l'objet d'une évaluation pécuniaire et, partant, d'une transaction commerciale⁸⁵⁷.

2- Les entraves justifiées à sa libre circulation

La libre circulation de l'électricité est toutefois limitée actuellement par l'existence de dispositifs incitatifs à l'achat de l'électricité issue des EMR disparates selon les États et applicables uniquement à l'énergie renouvelable produite sur leur territoire **(a)**. Cette entrave est toutefois tolérée par la CJUE **(b)**.

⁸⁵³ CJCE 23 octobre 1997 *Commission c/ France* Aff. C-159/94.

⁸⁵⁴ C.ISIDORO, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume Uni)*, L.G.D.J. Paris 2006 pp.141 et s.

⁸⁵⁵ CJCE, *Flaminio Costa c/Enel*, 15 juillet 1964, Aff. 6/64, Rec.1964, p.1141.

⁸⁵⁶ CJCE Aff. C-393/92, *Rec. I-1477*.

⁸⁵⁷R. VAN DER ELST, « Les défis de la nouvelle directive sur les énergies renouvelables et son impact sur le commerce intra- et extracommunautaire », in D. BUSCHLE, S. HIRSBRUNNER, C. KADDOUS, *European Energy Law. Droit européen de l'énergie*. Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011, p. 196 : Selon la définition de la CJUE dans l'arrêt *Commission c/Italie* du 10 décembre 1968, Aff. 7/68, rec. 1968, p.618.

a) L'existence de dispositifs nationaux de soutien disparates

L'article 16.2 de la Directive 2009/72/CE⁸⁵⁸ assure un accès prioritaire ou garanti aux énergies renouvelables mais n'oblige pas les États membres à soutenir ou rendre obligatoire l'achat de cette électricité. En France, l'article L.314-1 du code de l'énergie réserve le bénéfice de l'obligation d'achat et des tarifs d'achat garantis à l'électricité « produite sur le territoire national ».

Quels sont les différents dispositifs de soutien aux EMR, et notamment à l'éolien offshore, en vigueur au sein de l'UE ? On peut distinguer les certificats verts, les tarifs d'achat garantis (*Feed-in Tariff (FiT)*), les contrats avec prime ou complément de rémunération (*Feed-in-Premium (FiP)*), les *Contract-for-Difference (CFD)*, ainsi que les prix garantis définis contractuellement par les producteurs dans le cadre d'appels d'offres.

Les certificats verts⁸⁵⁹ sont des quotas individuels de production ou de fourniture d'électricité verte imposés par la puissance publique aux producteurs et/ou aux fournisseurs d'électricité, qui ont trois façons de les respecter : soit en produisant de l'électricité verte, soit en achetant cette électricité à un autre producteur ou en acquérant sur le marché les « certificats verts » correspondant à de l'électricité verte produite par des opérateurs qui ne sont pas soumis à de telles obligations ou qui produisent cette électricité au-delà de leur quota. Les producteurs d'électricité verte reçoivent alors pour chaque MW vert produit un certificat et vendent ainsi deux biens distincts sur deux marchés. D'une part, l'électricité verte « physique » est vendue sur le marché de gros de l'électricité, au prix de l'électricité conventionnelle, d'autre part, le certificat vert, qui représente la valeur ajoutée de cette électricité, est négocié sur le marché des certificats. Le système des certificats verts a été adopté par l'Italie, la Belgique, le Royaume Uni, le Danemark, la Suède et la Norvège⁸⁶⁰. Le revenu des producteurs d'électricité dans ces pays est déterminé par le marché. En Belgique, les certificats verts sont vendus à Elia, le gestionnaire du réseau de transport d'électricité, à un prix minimum garanti pendant 20 ans, tempérant ainsi quelque peu l'aléa du marché. La Norvège utilise le réel système des certificats

⁸⁵⁸ Directive précitée.

⁸⁵⁹ Ce système a été reconnu par la Commission européenne comme l'un des 4 principaux systèmes d'incitation à la production d'énergies renouvelables (Directive 2001/77/CE du 27 septembre 2001 du parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité JOCE 27 octobre 2001 n° L 283). Voir A. SANDRIN, « Les certificats verts : une méthode d'incitation à la production d'énergie renouvelable, *BDEI*, n°6 novembre 2006.

⁸⁶⁰ La Norvège n'est pas membre de l'UE, mais fait partie de l'espace économique européen. Elle collabore avec l'UE dans le cadre du *North Sea Offshore Grid* analysé *infra*.

verts, mais celui-ci n'a pas été suffisamment incitatif pour les développeurs de parcs éoliens offshore.

Les autres pays de l'UE comme l'Allemagne, l'Espagne ou la France, ont choisi de mettre ces énergies renouvelables sur le marché sans attendre qu'elles soient compétitives et de les soutenir par des prix garantis avec obligation d'achat, à l'instar des prix garantis dans le cadre de la Politique agricole commune (PAC)⁸⁶¹. On a d'ailleurs pu observer dans ces pays, grâce à ces prix garantis, un essor des énergies renouvelables, notamment l'éolien terrestre, plus rapide que dans les autres pays de l'Union européenne.

La Commission européenne dans ses dernières lignes directrices pour les aides aux énergies renouvelables⁸⁶² privilégie désormais le recours à des modes de soutien plus proches du marché, tels les *Feed in Premium (FiP)* plutôt qu'aux tarifs garantis pour les technologies matures. L'Allemagne⁸⁶³, le Danemark⁸⁶⁴, les Pays Bas⁸⁶⁵, le Royaume Uni⁸⁶⁶ ont tous adapté leurs systèmes de soutien dans le cadre d'une vente de l'électricité directement sur le marché.

Ainsi, dans le cadre des nouveaux contrats avec complément de rémunération (*Feed in Premium*), le producteur vend directement son électricité sur le marché, contrairement au système des tarifs garantis, mais reçoit une prime. Celle-ci peut être fixe ou variable, elle peut être déterminée *ex-ante* ou *ex-post*, et elle peut être versée au MW (en fonction de la capacité installée) ou au MWh (en fonction de la quantité injectée)⁸⁶⁷.

Selon J. PERCEBOIS, « l'intérêt de ce système réside dans le fait que le producteur est totalement intégré au marché spot de l'électricité et obtient un complément de revenus destiné

⁸⁶¹ J. PERCEBOIS, « Les mécanismes de soutien aux énergies renouvelables, leurs forces et leurs faiblesses respectives », CREDEN, Cahiers de recherche n°14.03.107, 5 mars 2014 : IL souligne dans son étude relative aux différents systèmes de soutien aux énergies renouvelables en Europe la similitude avec la PAC (Politique Agricole Commune). Il compare le système des prix d'achat garantis aux prélèvements-restitutions de la PAC, et le système des *Contract for Difference* au système des aides directes accordées aux agriculteurs, associées à divers mécanismes secondaires (quotas de production, primes à l'arrachage, aides à la reconversion...).

⁸⁶² Communication de la Commission, Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 (2014/C 200/01).

⁸⁶³ En Allemagne, selon l'article 50 de la loi EEG de 2014, les parcs éolien offshore bénéficient d'un tarif de base de 3,90 ct/kWh. Pendant les 12 premières années, un tarif de 15,40 ct/kWh est appliqué. La période est prolongée de 0,5 mois par mile nautique au-delà des 12 miles et de 1,7 mois par mètre de profondeur au-delà de 20 m. L'exploitant peut opter pour un tarif majoré de 19,4ct/kWh sur une période plus courte de 8 ans, à condition de mettre en service son parc avant le 1^{er} janvier 2020. La loi EEG a toutefois introduit un *FiP* pour tous les producteurs d'énergie renouvelable, le *FiT* devenant l'exception.

⁸⁶⁴ Au Danemark, les candidats sont sélectionnés par appel d'offres. Le lauréat est celui qui propose l'offre la plus basse pour les 1^{er} 50000 heures de pleine charge /MW de capacité installée. Selon l'article 37 de la *Danish Promotion of Renewable Energy Act* (27 décembre 2008), le montant approché pour le parc Horn Revs 2 (prix de marché + prime) est de 7ct/kWh tandis qu'il est de 14ct/kWh pour Anholt.

⁸⁶⁵ Le mécanisme de soutien par le biais d'un *FiP* aux Pays Bas est appelé SDE + (*Art. 9, Art. 13 Regelingaanwijzing van categorieën DuurzameÉnergieproductie 2014* ; voir aussi *Art. 24a Besluit SDE*.)

⁸⁶⁶ Selon l'*Energy Bill* de 2013 modifiée, d'ici 2017 les *Contract for Difference* auront remplacé les *Renewable Obligation Certificate (ROC)*. En attendant les producteurs ont le choix entre les deux systèmes.

⁸⁶⁷ Direction générale de l'énergie et du climat (DGEC), *Evolution des mécanismes de soutien aux installations sous obligation d'achat. Restitution de la consultation nationale*. Décembre 2014, p.13. (www.developpement-durable.gouv.fr)

à couvrir des surcoûts ou à rémunérer une qualité particulière de l'électricité injectée (externalité environnementale positive) ». Ainsi le *FiP* est dès lors d'autant plus efficace que la prime est fixée *ex post* et non *ex ante* et qu'elle l'est en fonction de la puissance installée⁸⁶⁸ et non de la quantité d'électricité injectée⁸⁶⁹. Le producteur d'électricité reste sensible au prix du marché, puisque son revenu, au final demeure variable, contrairement au *FIT* ou même au *Contract for Difference*⁸⁷⁰ (*CFD*).

J. PERCEBOIS rapproche ces « contrats pour différence » des anciens « *deficiency payments* » mis en place par le Royaume-Uni en 1947 principalement dans le secteur agricole et abandonné lors de son entrée dans le Marché Commun en 1973. Les *CFD* assurent un certain revenu au producteur d'électricité afin de rentabiliser son investissement. Celui-ci vend son électricité au prix du marché, mais perçoit un complément de recettes correspondant à la différence entre un prix théorique de référence garanti sur une certaine durée (15 ou 20 ans) et le prix du marché spot. Il doit reverser cette prime si le prix du marché devient supérieur à ce prix de référence. Ainsi, le producteur, bien qu'ayant une certaine garantie de revenus⁸⁷¹, est sensibilisé au marché, il n'est pas incité à surproduire. Le *CFD* est aussi plus souple que le *FiT* puisqu'il peut être révisé contractuellement.

Dans le cadre des EMR et plus spécifiquement dans le secteur de l'éolien offshore, différents systèmes de soutien ont été mis en place par les États. En effet, les différentes conditions maritimes des pays européens rendent difficile une uniformisation de ces régimes de soutien. Si l'Allemagne applique des tarifs d'achat plutôt que des certificats verts, plus proches du marché, c'est notamment en raison d'un vent marin plus faible qu'au Royaume Uni.

Les régimes d'aide à la production d'électricité EMR des différents États membres et notamment le mécanisme de l'obligation d'achat, sont-ils compatibles avec le principe de libre circulation des marchandises ? En effet, ce mécanisme, notamment en France, impose à EDF et aux distributeurs non nationalisés de se fournir en électricité exclusivement dans leur zone

⁸⁶⁸ J. PERCEBOIS, « Les mécanismes de soutien aux énergies renouvelables, leurs forces et leurs faiblesses respectives », CREDEN, Cahiers de recherche n°14.03.107, 5 mars 2014, p.11 : « Si la prime est suffisamment élevée cela permet au producteur de récupérer une partie de ses coûts fixes. (...) Le meilleur système est sans doute ici une prime variable déterminée *ex post* : le régulateur connaît le montant des recettes obtenues sur le marché spot grâce au volume des MWh injectés et il peut calculer la prime qui permet au producteur de récupérer ses coûts fixes avec un taux de rentabilité du capital investi considéré comme acceptable ».

⁸⁶⁹ *Ibid.* p.10 : « on peut penser que le producteur sera incité à produire le plus possible pour bénéficier du maximum de primes. Mais en augmentant l'offre d'électricité sur le marché, ce producteur peut aussi contribuer à faire baisser le prix du MWh et ce qu'il gagne d'un côté (la prime) il peut le perdre en partie de l'autre (baisse du prix de l'électricité) ».

⁸⁷⁰ Le Royaume Uni applique de plus en plus les « contrats pour la différence » plutôt que les certificats verts ou *Renewable obligation certificates (ROC)*, mais ce changement de mode de soutien est aujourd'hui contesté (D. BUNN, T. YUSUPOV, « *The progressive inefficiency of replacing renewable obligation certificates with contracts-for differences in the UK electricity market* », *Energy Policy*, January 2015).

⁸⁷¹ J. PERCEBOIS *op.cit.* p. 8 : le complément de revenu obtenu par le producteur dans le cadre d'un *CFD* est variable, il est en général positif mais peut aussi être négatif, ce qui n'est pas le cas des *FIT* (tarifs d'achat garantis), sauf à imaginer une *CSPÉ* négative.

d’approvisionnement. L’article 34 TFUE interdit les restrictions quantitatives à l’importation ainsi que toutes mesures d’effet équivalent entre États membres. L’arrêt rendu par la CJUE dans l’affaire *Dassonville*⁸⁷² a défini la mesure d’effet équivalent à une restriction quantitative (MEERQ) comme « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d’entraver directement ou indirectement, effectivement ou potentiellement, le commerce intra-communautaire ». Les arrêts *Cassis de Dijon*⁸⁷³ et *Van Tiggele*⁸⁷⁴ ont confirmé cette décision, précisant que la MEERQ s’appliquait tant aux produits locaux qu’aux produits importés.

b) Les atteintes tolérées à la libre circulation de la marchandise électricité

Deux types de justifications ressortent de la jurisprudence de la Cour. D’une part, les justifications expresses du Traité et d’autre part, les justifications tirées d’exigences impératives ou raisons impérieuses d’intérêt général⁸⁷⁵. Les justifications prévues par l’article 36 TFUE sont d’interprétation stricte. Depuis l’introduction des garanties d’origine et l’entrée en vigueur de la directive 2003/54⁸⁷⁶, les deux premières justifications de l’arrêt *Preussen Elektra*⁸⁷⁷ ne sont plus nécessaires, seule demeure la question de savoir si ces régimes d’aide peuvent être légitimés au nom de la protection de l’environnement⁸⁷⁸. Le principe de sécurité de l’approvisionnement énergétique pourrait justifier pareille entrave⁸⁷⁹. L’arrêt du Conseil d’État *Uniden*⁸⁸⁰ du 21 mai 2003 a jugé que le système français de l’obligation d’achat n’était pas contraire à la liberté de circulation des marchandises⁸⁸¹.

Dans un arrêt du 1^{er} juillet 2014⁸⁸², la CJUE estime que la restriction à la libre circulation des marchandises causée par le régime suédois des certificats verts « est justifiée par l’objectif

⁸⁷² CJCE 11 Juillet 1974 *Dassonville* Aff. 8/74, Rec.837, point 5.

⁸⁷³ CJCE 20 février 1979 *Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (dit « *Cassis de Dijon* ») Aff. 120/78, Rec. 1979, p.649

⁸⁷⁴ CJCE 24 janvier 1978 *Van Tiggele* Aff. 82/77, Rec., 1978, p. 25, pt. 13. CJCE 24 janvier 1978 *Van Tiggele* Aff. 82/77, Rec., 1978

⁸⁷⁵ A.L. SIBONY, « Marché intérieur. Marchandises, capitaux, établissement, service » *RTD Eur.* 2010, p.129.

⁸⁷⁶ Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l’électricité et abrogeant la directive 96/92/CE. JO n° L 176 du 15 juillet 2003 p.0037-0056.

⁸⁷⁷ CJCE 13 mars 2001 *Preussen Elektra* Aff. C-379/98.

⁸⁷⁸ Tout d’abord, il n’existait pas au moment des faits de mécanisme par lequel l’origine de l’énergie renouvelable pouvait être garantie. Ensuite, il existait encore à l’époque des obstacles pratiques et juridiques au commerce intracommunautaire de l’électricité verte.

⁸⁷⁹ R. VAN DER ELST, « Les défis de la nouvelle directive sur les énergies renouvelables et son impact sur le commerce intra- et extracommunautaire », in D. BUSCHLE, S. HIRSBRUNNER, C. KADDOUS, *European Energy Law. Droit européen de l’énergie*. Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011, p.197 : La Cour a déjà admis dans ses arrêts *Campus Oil Limited* du 10 juillet 1984 (Aff. 72/83) et *Monopoles grecs de pétrole* du 13 décembre 1990 (Aff. C-347/88) que la sélectivité des régimes d’aide pouvait être justifiée dans des circonstances exceptionnelles par le principe de sécurité de l’approvisionnement, mais tout en respectant strictement le principe de proportionnalité.

⁸⁸⁰ CE 21 mai 2003 *Union des industries utilisatrices d’énergie (Uniden)* req. 237466.

⁸⁸¹ B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, Le Moniteur Paris 2012, p.594.

⁸⁸² CJUE 1^{er} juillet 2014 *Alands Vindkraft* Aff. C-573/12.

d'intérêt général qui consiste à promouvoir l'utilisation de sources d'énergie renouvelable en vue de protéger l'environnement et de combattre les changements climatiques ». En l'espèce les autorités suédoises avaient refusé au requérant l'attribution d'un agrément lui permettant d'obtenir la délivrance de certificats verts en vertu de la réglementation suédoise au motif que l'électricité produite par celui-ci provient d'un parc éolien situé en Finlande et non en Suède. Selon l'avocat général, l'intervention de la directive 2009/28, qui autorise les États membres à réserver l'octroi des aides, dont les certificats verts suédois, aux producteurs nationaux, ne dispense pas d'un examen au regard de l'article 34 TFUE.

Il contestait cependant l'argument de l'État suédois fondé sur une justification de la restriction en raison des effets sur la protection de l'environnement, car, selon lui, l'électricité d'origine renouvelable produite dans un autre pays peut avoir les mêmes effets⁸⁸³. Au-delà de la réalisation des objectifs nationaux de production d'énergie renouvelable, cette jurisprudence renvoie à l'idée d'une nécessaire action collective entre États dans la lutte contre les effets néfastes du changement climatique, la question du climat étant transfrontière⁸⁸⁴.

La réalisation de projets communs entre États membres, et notamment les parcs éoliens offshore peut permettre de contourner ce dilemme. En effet, afin de diminuer les coûts liés à la réalisation de ces objectifs et de faciliter le soutien transfrontalier à l'énergie renouvelable sans affecter les régimes d'aides nationaux, la directive de 2009⁸⁸⁵ introduit des mécanismes de coopération facultatifs entre États membres, dont les projets communs⁸⁸⁶. L'article 7 dispose en effet que deux États membres ou plus peuvent convenir de la mesure dans laquelle un État membre (ou plusieurs) soutien(nen)t une production énergétique dans un autre État membre. La période durant laquelle les États membres peuvent toutefois comptabiliser dans la réalisation de leurs objectifs nationaux globaux la production énergétique provenant de projets communs ne peut s'étendre au-delà de 2020. Les États membres doivent notifier à la Commission les détails de cette coopération, notamment ceux qui permettent de départager la quantité d'électricité produite durant l'année par le projet commun qui revient respectivement aux États impliqués

⁸⁸³ E. VERTE, « Proposition par l'Avocat général de faire évoluer le régime d'aide à la production d'énergie renouvelable dans l'Union européenne », Centre d'études juridiques européennes, Université de Genève, 12 février 2014.

⁸⁸⁴ Y. PETIT, « Le droit international de l'environnement à la croisée des chemins : globalisation *versus* souveraineté nationale », *RJE* Janvier 2011, p. 31 et s, spécialement p. 38 : « selon le consensus actuel, il en existe (des biens publics mondiaux « purs ») deux : la qualité du climat et la biodiversité ». Sur la qualité du climat en tant que bien public mondial, voir R. GUESNERIE, « Les enjeux économiques de l'effet de serre », Conseil d'analyse économique, Rapport n°39, Kyoto et l'économie de l'effet de serre, 2003, La Documentation française, p.21.

⁸⁸⁵ Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE.

⁸⁸⁶ R. VAN DER ELST, « Les défis de la nouvelle directive sur les énergies renouvelables et son impact sur le commerce intra- et extracommunautaire », in D. BUSCHLE, S. HIRSBRUNNER, C. KADDOUS, *European Energy Law. Droit européen de l'énergie*. Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011, p.185 et s.

dans la coopération (art.8). Les parcs éoliens offshore peuvent constituer de bons exemples de projets communs entre États membres pour réaliser les objectifs en matière d'énergie renouvelable, dans la mesure où par définition ils sont situés en mer, soit entre les États membres⁸⁸⁷, spécifiquement dans les pays nordiques, où la production éolienne offshore dépasse bien souvent les objectifs nationaux de production d'énergie renouvelable⁸⁸⁸.

En dépit des dérogations accordées par l'UE, on ne peut qu'approuver les propos de J.C. BONICHOT⁸⁸⁹ : « Il va de soi que toute législation ayant pour objet l'aménagement du territoire ou sa planification est constitutive d'une (...) restriction (aux libertés de circulation garanties par le Traité) : le fait de prévoir des zones d'implantation d'activités économiques, d'y favoriser cette implantation au détriment d'autres zones, de respecter une cartographie de ces activités, ou encore d'interdire aux opérateurs de s'établir à tel ou tel endroit, tout cela est évidemment de nature, au sens de la jurisprudence de la Cour, à dissuader un entrepreneur ou un particulier d'un autre État membre à faire usage de la liberté de s'établir, d'offrir ses services ou d'investir ».

C'est la raison pour laquelle l'existence de ces régimes de soutien, certes nécessaires au développement des EMR, n'empêche pas l'émergence d'initiatives, soutenues elles aussi par l'UE, pour favoriser la libre circulation de l'électricité en son sein, ainsi qu'avec les pays limitrophes, grâce aux possibilités offertes par le milieu marin.

B- Les projets visant à faciliter la libre circulation de l'électricité EMR nonobstant les régimes nationaux de soutien aux EMR

Les projets d'interconnexions marines visant à faciliter la circulation de l'électricité produite en mer se multiplient (1) malgré les obstacles liés à la disparité des régimes nationaux (2).

1- La multiplication des projets d'interconnexions marines

Selon l'article 194 TFUE, la politique de l'Union européenne en matière d'énergie vise notamment à assurer le fonctionnement du marché de l'énergie, la sécurité de l'approvisionnement énergétique dans l'Union, la promotion des énergies renouvelables et l'interconnexion des réseaux énergétiques, à travers le programme relatif au réseau

⁸⁸⁷ H.S. NAESS-SCHMIDT, H. HEDLUND, « *Promoting co-operation mechanisms to reach RES targets* », Copenhagen Economics, RECS 1139:03 RECS International, 31 Mars 2011.

⁸⁸⁸ « *Offshore wind farms as joint projects* », par le Nordic Working Group for Renewable Energy under Nordic Council of Ministers, Juin 2013.

⁸⁸⁹ J.C. BONICHOT, « Droit de l'Union européenne et planification : une idée qui fait son chemin ? » in *Biens publics, biens communs, Mélanges en l'honneur d'Etienne FATOME*, Dalloz 2011, p.37 et s.

transeuropéen d'énergie RTE-E⁸⁹⁰. La directive du 23 avril 2009⁸⁹¹ favorise l'augmentation de la capacité de transport et de distribution du réseau européen, l'intelligence des réseaux et la capacité de stockage non seulement pour favoriser la concurrence et la sécurité énergétique, mais aussi pour assurer la diffusion des énergies renouvelables. En effet, les ressources énergétiques renouvelables de l'Union européenne, que ce soit l'éolien offshore en Mer du Nord, l'énergie hydraulique en Norvège ou l'énergie solaire dans les pays du sud, ne sont pas uniformément réparties sur le continent entre les États membres, et les sites de production sont généralement situés loin des centres de consommation.

Selon les articles 170 à 172 TFUE, l'UE contribue au développement des réseaux trans-européens, notamment dans le domaine énergétique, et favorise l'essor de projets d'intérêt commun entre les États membres. Le règlement du 17 avril 2013⁸⁹² a identifié parmi les priorités dans le développement des infrastructures énergétiques européennes la création du réseau offshore de la Mer du Nord (*North Sea Offshore Grid*), initiant le super réseau électrique européen. Ce réseau fait partie des 12 corridors énergétiques » prioritaires identifiés par la Commission. Celle-ci a d'ailleurs lancé plusieurs études⁸⁹³ basées sur différents scénarios prospectifs réalisés par les principaux acteurs du secteur, comprenant le plan de développement du réseau dans l'UE élaboré par le Réseau Européen des Gestionnaires de Réseaux de Transport (REGRT) (*ENTSO-E's TenYear Network Development Plan 2014, TYNDP 2012*), lui-même conçu à partir du *Scenario Outlook & Adequacy Forecast*⁸⁹⁴ 2013-2030, le scénario élaboré par le *North Seas Countries' Offshore Grid Initiative*⁸⁹⁵ (NSCOGI), l'*European Wind Integration Study (EWIS)*, l'*Offshore Wind Project*, et le *Think Topic 5*.

⁸⁹⁰ Pour une étude détaillée, voir N. BOILLET, « Le rôle de la planification dans le développement des infrastructures », in *Énergies renouvelables et marché intérieur*, sous la dir. de C. BOITEAU, Bruylant 2014, pp. 291 et s.

⁸⁹¹ 2009/28/CE *op.cit.* art. 16.1 et 16.9

⁸⁹² Règlement (UE) n°347/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2013 concernant des orientations pour les infrastructures énergétiques transeuropéennes, et abrogeant la décision n°1364/2006/CE et modifiant les règlements (CE) n°713/2009, (CE) n°714/2009 et (CE) n°715/2009 (JOUE n° L 115/39 du 25 avril 2013)

⁸⁹³ Dont celle-ci: S. COLE, P. MARTINOT, S. RAPOPORT (Tractebel Engineering), G. PAPAETHYMIU (ECOFIS), V. GORI (PwC), *Study on the benefits of a meshed offshore grid in Northern Seas region*, Rapport remis à la Commission européenne, Juillet 2014.

⁸⁹⁴ N. BOILLET *op.cit.* p.302 : Ce document est préparé à partir de différentes anticipations de l'évolution de l'offre et de la demande et présente des perspectives tenant compte des objectifs de l'UE pour 2020 et des objectifs à horizon de 2050.

⁸⁹⁵ S. MICHALAK, *Énergies marines. Un droit en construction*, Mémoire de Master II, Droit de la protection de l'environnement, Faculté de droit d'Aix en Provence, 2009-2010 : « L'Alliance offshore de la mer du Nord (NSCOGI), a fait l'objet d'une déclaration politique le 7 décembre 2009 et constitue un plan de développement des réseaux de transport d'énergie pour les parcs éoliens offshore de la mer du Nord. Cette déclaration a été signée par l'Allemagne, le Danemark, la France, la Belgique, l'Irlande, le Luxembourg, les Pays Bas, la Suisse et le Royaume Uni. Ce programme se concentre sur des questions relatives au raccordement et à l'intégration au réseau, en restructurant et en modernisant les réseaux électriques et les systèmes énergétiques. Cette initiative s'inscrit dans le cadre du règlement 663/2009 (PEER) prévoyant le financement d'un réseau offshore en Mer du Nord pour 165 millions d'euros. ».

La commission du projet *Trade Wind* a recommandé quant à elle d'investir vingt milliards d'euros dans la modernisation de 42 interconnexions pour permettre à l'électricité verte produite par les parcs éoliens de la Mer du Nord et de la Baltique de circuler à travers l'Union⁸⁹⁶. La Commission européenne a aussi mis l'accent sur les retombées positives du marché de l'éolien offshore sur celui des câbles à courant continu et haute tension (HVDC). Cette technologie, pour laquelle l'Union européenne présente un potentiel unique⁸⁹⁷, est stratégique pour le développement des *supergrids* en mer. En outre, le nouveau couplage des marchés de l'électricité de la région Nord-ouest de l'Europe, comprenant aussi une extension entre la France et le Royaume-Uni, a été lancé le 4 février 2014. Selon la CRE⁸⁹⁸, ce dispositif permet aux quinze pays de la Région d'être couplés, représentant 75 % de la consommation d'électricité en Europe. Le couplage permet d'attribuer automatiquement la capacité d'interconnexion entre les réseaux d'électricité aux transactions transfrontalières les plus efficaces économiquement. Il pallie les problèmes d'intermittence des énergies renouvelables dont les EMR, souvent associés à l'apparition de prix négatifs⁸⁹⁹, puisqu'il permet d'écouler l'excédent de production dans un pays voisin⁹⁰⁰.

Ainsi, comme le souligne A. DEL VECCHIO⁹⁰¹, « de nombreuses interconnexions (électriques) sont marines et elles sont destinées à se multiplier dans le futur. Ce choix est inévitable, dans certains cas, étant donné que les mers entourent l'Europe et représentent la voie la meilleure, la plus rapide et parfois la plus économique pour le transport de l'énergie ». Si la mer constitue un vecteur pour le transport d'électricité et la connexion des différentes unités de production aux réseaux électriques terrestres, on peut aussi commencer à y voir naître de véritables mini-réseaux électriques. Se développe en effet l'idée d'interconnexion des parcs

⁸⁹⁶ F. VAN HULLE, *Integrating Wind : Developing Europe's power market for the large-scale integration of wind power*, EWEA, February 2009, p.53; voir aussi le Règlement n°680/2007 qui détermine les règles générales pour l'octroi d'un concours financier communautaire dans ce domaine et vise à renforcer et à adapter les connexions électriques comme celle de l'énergie éolienne offshore au continent. L'Union européenne apporte aussi son soutien financier par le biais des fonds structurels et du Fonds de cohésion, les prêts de la Banque européenne d'investissement et le Fonds européen d'investissement. Voir aussi la décision de la Commission concernant l'octroi d'un concours financier de l'Union en faveur de projets d'intérêt commun «Étude pour la création de plateformes offshore dans la partie belge de la mer du Nord permettant de connecter les parcs éoliens offshore et de relier les différentes composantes du futur réseau offshore de la mer du Nord» «2012-E340/12-ENER/12/TEN-E - SI2.661348» dans le domaine des réseaux transeuropéens d'énergie (RTE-E).

⁸⁹⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Énergie éolienne en mer : réaliser les objectifs de politique énergétique à l'horizon 2020 et au-delà, COM/2008/768 final.

⁸⁹⁸ CRE, Lettre d'information de février 2014.

⁸⁹⁹ E. GRAND, T. VEYRENC, *L'Europe de l'électricité et du gaz. Acteurs, marchés, régulations*. Economica. Paris 2011, p.531.

⁹⁰⁰ ; http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/07_-_Les_marchés_européens_de_l'électricité.pdf: « Les marchés européens de l'électricité », Panorama Énergie climat Éditions2013.

⁹⁰¹ A. DEL VECCHIO, « La politique maritime de l'Union européenne, point d'arrivée et point de départ », in *L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer, Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, sous la dir. de R. CASADO RAIGON et G. CATALDI, Bruylant 2009 p.262.

éoliens offshore, éloignés de la côte et d'une certaine puissance, non plus directement aux réseaux terrestres, mais à une plateforme offshore ou *hub*, encore appelé *supernode*, qui elle est reliée à différents réseaux terrestres (réseau maillé ou *meshedgrid*)⁹⁰². L'étude précitée de la Commission européenne⁹⁰³ présente à ce propos les avantages du réseau maillé par rapport aux interconnexions classiques dans chacun des scénari prospectifs étudiés⁹⁰⁴.

Le projet de parc éolien offshore *Kriegers Flak*⁹⁰⁵ situé dans la ZEE danoise, d'une capacité de 600 MW, constituera le premier super réseau électrique maillé offshore, et pourra alimenter directement, outre le réseau électrique danois, les réseaux allemand et suédois. D'autres scénarios de réseaux maillés sont également étudiés, notamment celui reliant les parcs éoliens offshore du Royaume-Uni, de la France, de la Belgique et des Pays Bas.

Les projets d'interconnexion des parcs éoliens en Mer du Nord peuvent servir de tremplin, de pilotes, pour développer un *supergrid* européen. L'étude diligentée par la Commission européenne démontre les avantages économiques du réseau maillé pour les producteurs d'électricité d'origine éolienne offshore, puisqu'il multiplie le nombre d'acheteurs potentiels de l'électricité et les expose directement à différents marchés, favorisant ainsi la concurrence.

2- Les tentatives de levée des obstacles à la réalisation des projets d'interconnexions

Des obstacles et des incertitudes, à la fois économiques et juridiques, demeurent quant à la réalisation de ces réseaux maillés. F. GENOESE, du Centre d'études des politiques européennes⁹⁰⁶, a mis en évidence les incompatibilités des différents systèmes de soutien à l'éolien offshore, mis en place d'un point de vue national, avec la mise en place d'un réseau

⁹⁰² <http://www.usinenouvelle.com/article/rte-demontre-avec-twenties-la-faisabilite-d-un-reseau-offshore-en-courant-continu>: « RTE démontre avec Twenties la faisabilité d'un réseau offshore en courant continu », 20 janvier 2014.

⁹⁰³ S. COLE, P. MARTINOT, S. RAPOPORT (Tractebel Engineering), G. PAPAETHYMIU (ECOFIS), V. GORI (PwC), *Study on the benefits of a meshed offshore grid in Northern Seas region*, Rapport remis à la Commission européenne, Juillet 2014.

⁹⁰⁴ La mise en place de ces clusters électriques en mer a mis en évidence une possibilité d'économiser jusqu'à 5,1 milliards d'euros sur les pertes potentielles de production d'électricité et en émissions de CO² d'ici 2030. Un réseau maillé (*meshedgrid*) est certes plus coûteux en interconnexions marines mais diminue les coûts spécifiques à chaque parc de création de connexions marines et de renforcement des réseaux terrestres. En outre, il impacte moins l'environnement marin, réduit le temps de construction et accroît la fiabilité du raccordement des parcs éoliens offshore. La connexion à un *hub* en mer présente un intérêt économique pour les parcs éloignés d'au moins 50 km de la côte. Le *hub* est ensuite raccordé via un câble à courant continu à la côte.

⁹⁰⁵ <http://www.mer-veille.com/alertes/1er-super-grid-nexans-choisi-par-energinet-dk-pour-les-cables-de-400-kv-11025411> : « Allemands (*Vattenfall Europe Transmission*), Suédois (*Svenska Kraftnät*) et Danois (*Energinet.dk*) sont impliqués dans ce projet novateur, car jamais encore un tel site n'a été construit. *Kriegers Flak* devrait être opérationnel entre 2018 et 2020 et contribuer au minimum à doubler la capacité en énergie éolienne du Danemark (42%), tout en assurant l'alimentation électrique de plus de cinq cent mille foyers dans les trois pays. », France (U.E) – Mercredi 11/02/2015 – Énergies de la mer - Nexans choisi par Energinet.DK pour les câbles de 400 kV.

⁹⁰⁶ CEPS: Center for European Policy Studies.

maillé en Mer du Nord⁹⁰⁷. Son étude s'inscrit dans le cadre du programme de recherche *North Sea Grid*, qui lui-même fait partie du programme *Intelligent Energy for Europe*. L'objet de ce programme de recherche consiste à analyser les raisons pour lesquelles les réseaux d'interconnexions entre parcs éoliens offshore ne sont toujours pas mis en place. Trois cas concrets sélectionnés dans le cadre du *North Sea Countries' Offshore Grid Initiative* (NSCOGI) ont été analysés⁹⁰⁸.

Il faut bien mettre en évidence le fait que dans le cas de réseaux maillés (*meshed connection*), l'électricité produite par les parcs éoliens offshore situés dans les ZEE de différents États est injectée directement dans les réseaux électriques de ces États, et donc directement dans les différents marchés nationaux, via une plateforme commune, tandis que dans les schémas d'interconnexion classiques (*radial connection*), elle est d'abord injectée dans le réseau électrique terrestre de l'État concerné⁹⁰⁹, qui est lui-même connecté aux réseaux électriques d'autres États. Soit cette plateforme commune a elle-même accès directement aux différents marchés et au prix maximum soutenu par l'État, soit un prix nodal commun est défini (*separate nodal pricing*). Dans le premier cas, cela peut augmenter le taux de rentabilité interne (TRI) des parcs de 33%. Dans le deuxième cas, il est diminué de 15%. Ces résultats dépendent de la manière dont ce « mini-marché » en mer est conçu. Un réseau maillé permet aussi de diminuer le risque pour les exploitants de défaillance dans la connexion électrique⁹¹⁰.

F. GENOESE a ainsi relevé dans son étude sur les réseaux maillés en Mer du Nord six critères de différenciation des programmes de soutien à l'éolien offshore dans les pays concernés par ce *supergrid*, constituant autant d'obstacles à sa mise en place. Ces critères sont d'abord le mode de soutien en vigueur dans les différents pays concernés (certificats verts, tarifs d'achat (*feed-*

⁹⁰⁷ F. GENOESE, *The role of support schemes for renewable in creating a meshed offshore grid*, North Sea Grid, 4 April 2014.

⁹⁰⁸ Cas n°1 (*German Bight*) : une interconnexion entre les Pays Bas, l'Allemagne et le Danemark intégrant deux parcs éoliens offshore allemands. Cas n°2 (*Benelux-UK*) : il combine les connexions des parcs éoliens offshore hollandais et belges avec une interconnexion entre le Bénélux et le Royaume Uni. Cas n°3 (*UK-NO*) : une interconnexion entre le Royaume Uni et la Norvège, drainant l'électricité produite par un parc éolien offshore britannique.

⁹⁰⁹ Cet État peut ne pas être l'État côtier. En effet, certains chercheurs ont émis l'hypothèse d'une connexion d'un parc éolien offshore situé dans la ZEE d'un État A directement au réseau électrique terrestre d'un État voisin B, qui lui-même est connecté au réseau terrestre de l'État A. Dans ce cas, la partie du câble traversant la ZEE de l'État B n'étant relié à aucune installation dans la ZEE de cet État B, et n'étant donc pas soumis à la juridiction de cet État, est considéré comme un *transit cable*, relevant du régime de la Haute mer, soit de la liberté de pose des câbles. Ainsi le pays B ne peut s'opposer à la pose de ce câble, mais peut appliquer sa législation protégeant l'environnement et la sécurité de la navigation. La partie du câble située en mer territoriale de l'État B est soumise à sa législation sur l'électricité, qui peut dans certains cas avoir un impact sur la pose du câble en ZEE de cet État. (M.M. ROGGINKAMP, R.L. HENDRIKS, B.C. UMMELS, W.L. KLING, "Market and regulatory aspects of trans-national offshore electricity networks for wind power interconnection", *Wind Energy* 2010; 13: 483-491, spécialement p.488.)

⁹¹⁰ S.T. SCHRODER, L. KITZING, "The effects of meshed offshore grids on offshore wind investments-a real option analysis", EWEA 2012, Copenhague.

in-tariff (FiT)), ou contrats avec primes (*feed-in-premium* (FiP))⁹¹¹ ; le mode d’attribution des revenus au producteur (résultant d’un appel d’offres, fixés par l’administration, ou basé en partie sur le marché de l’électricité) ; l’existence ou non d’une obligation d’achat ; l’existence d’une éventuelle responsabilité du producteur quant aux anticipations d’équilibrage du réseau ; la détermination de la personne responsable du raccordement des parcs au réseau ; le niveau du soutien en €/MWh.

Parmi les facteurs contrariant la mise en place d’un réseau maillé en Mer du Nord figure donc l’existence de mécanismes de soutien divergents. La directive 2009/28/CE a introduit dans son article 11 la possibilité pour deux États membres ou plus d’unir ou de coordonner partiellement leurs régimes d’aides nationaux. A ce titre une étude⁹¹² a démontré la pertinence de l’élaboration d’un système commun de soutien entre pays de la Mer du Nord basé sur un *FiP* pour faciliter la création d’un réseau offshore. Un autre facteur de divergence consiste dans le mode de détermination du prix. Un projet d’interconnexion sera plus aisé entre les Pays Bas et le Danemark qu’entre l’Allemagne et le Danemark puisque les systèmes de soutien danois et hollandais⁹¹³ s’inscrivent dans des procédures d’appels d’offres, contrairement au système allemand, où les tarifs sont fixés par l’administration⁹¹⁴.

Il est nécessaire aussi que ces différents pays s’entendent sur une approche commune en termes de responsabilité des producteurs quant à l’équilibrage du réseau, d’accès à celui-ci, et d’harmonisation des codes réseaux⁹¹⁵, y compris dans les ZEE. Concevoir actuellement un projet d’interconnexion entre parcs éoliens offshore danois et allemands présente certaines complications dans la mesure où les règles danoises et allemandes d’accès au réseau et d’équilibrage ne sont pas compatibles. En Allemagne, si un producteur choisit le système du tarif d’achat garanti et bénéficie ainsi de l’obligation d’achat, c’est le gestionnaire de réseau qui est en charge de son intégration au réseau, et non le producteur. Il serait ainsi difficile de savoir qui est en charge de cette intégration dans le cas d’un projet d’interconnexion entre des parcs

⁹¹¹ Peu de systèmes de soutien communs ont été mis en place jusqu’à présent : on peut citer le système de certificat commun à la Suède et la Norvège (*Lopez EC. Common Swedish Norwegian certificate market for renewable electricity. Workshop on review environmental state aid guidelines; 2012*)

⁹¹² S. TORBAGHAN, H. K. MULLER, M. GIBESCU, M. VAN DER MEIJDEN, M. ROGGKAMP, “*The legal and economic impacts of implementing a joint feed-in premium support scheme on the development of an offshore grid*”, *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 45(2015)263–277.

⁹¹³ Les lauréats à un appel d’offre éolien offshore aux Pays Bas sont rémunérés pendant 15 ans sur la base du prix proposé pour une production annuelle limitée à 4 000 heures de plein charge, tandis qu’au Danemark la durée est de 12 ans pour un volume annuel similaire.

⁹¹⁴ La loi EEG de 2014 laisse le choix aux exploitants de parcs éoliens offshore entrant en service d’ici 2020 entre un tarif fixe de 15,4 ct/KWh pendant 12 ans ou un tarif de 19, 4 ct/KWh pendant 8 ans, réduit ensuite à une rémunération de base de 3,9 ct/KWh, modulée en fonction de la distance par rapport à la côte et de la profondeur de l’eau.

⁹¹⁵ Les codes réseaux européens sont des règles communes relatives à différentes questions transfrontalières énumérées dans les règlements communautaires. L’ACER (Agence de Coopération des Régulateurs de l’Énergie) peut les rendre contraignants par le biais de recommandations faites à la Commission (<http://www.cre.fr/glossaire/codes-de-reseau-europeens>)

hollandais et allemands. Les États doivent également prévoir une extension de leur législation relative à la compétence des gestionnaires de réseau et aux règles de raccordement dans leurs ZEE respectives.

Des chercheurs hollandais et allemands, juristes et ingénieurs⁹¹⁶, invitent les gestionnaires de réseau à s'inspirer du secteur pétrolier et gazier. En effet, tous les pipelines transfrontaliers offshore sont implantés et exploités sur la base d'accords bilatéraux entre les États côtiers concernés, qui choisissent de recourir ou non à un opérateur commun pour la mise en place des câbles.

L'article 194 TFUE ne transfère pas une compétence exclusive à l'UE pour la création et la gestion de ces réseaux offshore. Comme le souligne F. BLANC⁹¹⁷, l'association *Friends of the supergrid*⁹¹⁸ prône un transfert de la gestion des corridors électriques à une instance européenne unique, et non plus aux États membres. Ce serait ainsi l'ENTSO-E, le réseau européen des gestionnaires de réseaux de transport d'électricité, qui en assurerait la conception. Le rôle de l'UE se cantonne à la médiation entre États membres, afin de favoriser l'émergence de ces interconnexions, laissant aux États la main sur ce secteur stratégique pour la sécurité d'approvisionnement que constitue la régulation des réseaux de transport.

Le rôle de l'Union européenne doit être accru dans l'émergence d'une véritable politique énergétique européenne, y compris en matière d'infrastructures, en mer notamment, et ne pas se cantonner à une simple coordination des États membres et des gestionnaires de réseaux⁹¹⁹. Le développement des réseaux interconnectés en mer devrait faciliter l'aménagement du territoire maritime de l'UE et inversement la planification de l'espace maritime permet de réduire les coûts des investisseurs⁹²⁰, notamment grâce à la mutualisation des connexions marines dans le cadre des réseaux maillés offshore.

⁹¹⁶ M.M. ROGGENKAMP, R.L. HENDRIKS, B.C. UMMELS, W.L. KLING, "Market and regulatory aspects of trans-national offshore electricity networks for wind power interconnection", *Wind Energy* 2010; 13: 483-491, spécialement p.490.

⁹¹⁷ F. BLANC, « Énergies renouvelables, corridors et autoroutes de l'électricité », in *Énergies renouvelables et marché intérieur*, sous la dir. de C. BOITEAU, Bruylant 2014, p.282 et s.

⁹¹⁸ Voir les précisions d'Ana Aguado, PDG de *Friends of the grid*, sur le site de la CRE : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=supergrids-friends-of-supergrid>

⁹¹⁹ H. K. MULLER, "Legal bases for offshore grid development under international and UE law: Why national regimes remain the determining factor", *European Law Review* 2013, 38(5), 618-637.

⁹²⁰ COM (2010) 771 final : « La planification de l'espace maritime, dont dépendent la sécurité juridique, la prévisibilité et la transparence, réduit les coûts des investisseurs et des opérateurs, notamment ceux dont l'activité se déploie dans plusieurs États membres ».

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

La singularité du marché de l'électricité EMR tient au rôle prépondérant de l'État. Souverain sur ses ressources énergétiques et sa mer territoriale, gestionnaire de son domaine public maritime, il joue vis-à-vis du marché de l'électricité EMR tantôt le rôle de régulateur dans l'accès aux sites propices à l'implantation et à l'exploitation des installations EMR, d'offreur d'espaces publics en mer, d'opérateur indirect des acteurs majeurs du marché éolien offshore, voire de collaborateur économique dans le cadre de la commande publique.

L'État met en place des mécanismes de marché afin de servir l'intérêt général, son action s'inscrivant dans le droit néo-moderne des politiques publiques, dans le droit de l'État propulsif⁹²¹, qui met en place des programmes d'action pour atteindre les finalités d'intérêt général, associant à la politique énergétique celles de l'environnement ou de l'aménagement du territoire en mer. Cette action n'occulte cependant pas le rôle de puissance publique de l'État. La puissance publique dans le domaine des EMR s'exprime par le biais de l'action unilatérale de l'État, marquant son autorité, contrebalançant ainsi le procédé régulateur de nature plus incitative, persuasive et non contraignante. La nature du rôle de l'État sur le marché de l'électricité EMR est en effet double. Parce que ce marché complexe présente de nombreuses singularités, en raison de ses caractéristiques maritimes, l'État se voit contraint d'introduire une certaine dose de contractualisation, entamant ainsi un « dialogue concurrentiel » avec les opérateurs afin de rendre leur intervention sur ce marché suffisamment attractive et en prenant à sa charge certains coûts relatifs aux études préalables de risques. Les opérateurs EMR supportent de nombreux risques dans la construction et l'exploitation des parcs. La reconnaissance du caractère concessif de leur relation contractuelle avec l'État, dans le cadre d'une concession ou délégation de service public, ou du caractère de marché public de la procédure d'appel d'offres, leur permettrait sans doute d'être mieux indemnisés en cas de

⁹²¹ C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, « Droit et société », n°26, LGDJ 1999, p.71 et s : le rôle de l'État n'est plus seulement celui de l'État providence, dont le concept clé est le service public. L'État met en place des programmes finalisés qui sont à rapprocher du concept de régulation, qui « connote diverses particularités du paradigme du droit des politiques publiques : la recherche de l'efficacité grâce au guidage de l'action vers certaines fins ; la poursuite de l'équilibre grâce à une adaptation constante de l'action aux finalités poursuivies ». Un des outils majeurs de l'État propulsif dans la mise en place de ces programmes finalisés est le Plan, « parce qu'il s'adapte mieux que les normes juridiques traditionnelles à l'action progressive que les politiques publiques cherchent à réaliser ». La planification des programmes finalisés reflète un rapport au temps, traduisant le caractère contingent de la notion d'intérêt général. L'État propulsif a aussi recours aux principes directeurs dans le cadre de ses politiques publiques, plutôt qu'à des règles fixes, parce qu'ils présentent une souplesse nécessaire à la satisfaction d'un intérêt général composite, protéiforme, aux contours flous.

rupture du marché par l'État pour des motifs d'intérêt général⁹²². Ce marché répondant toutefois à des finalités d'intérêt général, et étant soumis au droit européen des aides d'État, l'État endosse alors aussitôt son rôle de puissance publique lorsqu'il s'agit de défendre ses finances et l'intérêt des consommateurs d'électricité, en renégociant quasi unilatéralement les tarifs d'achat pourtant octroyés aux lauréats d'appels d'offre éolien offshore.

La puissance publique s'exprime aussi par le biais de la souveraineté. Ces deux notions peuvent se confondre parfois, bien que la puissance publique ne puisse pas être automatiquement liée à la souveraineté, puisqu'il est question de puissance publique européenne. La souveraineté est systématiquement rattachée à l'État. Si O. BEAUD⁹²³ relève que la souveraineté n'est plus vraiment thématifiée, notamment en droit administratif, le marché de l'électricité EMR fait resurgir la notion de souveraineté de l'État sur sa mer territoriale, et de droits souverains en zone économique exclusive. L'Etat a démontré sa volonté de développer le marché de l'électricité EMR au-delà de sa mer territoriale, en adoptant le décret du 10 juillet 2013 relatif aux ouvrages implantés en ZEE⁹²⁴ et en prévoyant la compétence de la Cour administrative d'appel de Nantes pour connaître des litiges relatifs aux autorisations accordées dans cette zone.

Parviendra-t-il à adopter une réglementation homogène et uniforme de ce marché en mer territoriale comme en ZEE et transcender le caractère protéiforme du régime juridique gouvernant le milieu marin, que ce soit horizontalement, de la mer territoriale à la haute mer, ou verticalement, du sol de la mer à l'espace aérien ? Il est intéressant à ce propos de constater que certains traits caractéristiques du régime d'occupation du domaine public maritime apparaissent dans le décret du 10 juillet 2013 précité, comme la possibilité pour l'administration d'abroger le titre d'occupation pour un motif d'intérêt général, renvoyant au principe de précarité et de révocabilité des autorisations du domaine public. Quel motif d'intérêt général cependant l'Etat serait-il légitime d'invoquer en ZEE, les principes d'affectation ou de libre usage du public étant propres au domaine public ? L'Etat n'est pas propriétaire de sa ZEE au sens de la propriété publique, il y partage sa compétence avec celle des autres États.

⁹²² Nous avons vu en effet que l'Etat peut abroger unilatéralement des autorisations d'exploiter une installation de production d'électricité (article 58 de la loi du 10 août 2018) et des concessions d'utilisation du DPM.

⁹²³ O. BEAUD, « Compétence et souveraineté », in *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA) à la Faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy, Travaux de l'AFDA n°2, Colloques et débats, Lexisnexis Paris 2008, p.5 et s.

⁹²⁴ Décret n°2013-611 du 10 juillet 2013 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 ainsi qu'au tracé des câbles et pipelines sous-marins. (JORF n°0160 du 12 juillet 2013 page 11622).

Si la question de la pertinence de la *summa divisio* droit public- droit privé a pu être soulevée⁹²⁵, celle de la *summa divisio* droit international- droit interne se pose peut-être. Ne faudrait-il pas la transcender quelque peu, et, comme le proposait J.J. LAVENUE⁹²⁶, passer d'un statut des espaces maritimes à un régime des activités maritimes pour la production d'électricité en mer, et ainsi faciliter l'essor du marché de l'électricité EMR ?

Le marché de l'électricité EMR à son tour joue un rôle dans la valorisation économique du milieu marin, qui devrait tendre vers une valorisation plus durable compte tenu des contraintes induites tant sur l'environnement que l'espace marin.

⁹²⁵ *De l'intérêt de la summa divisio Droit public-Droit privé ?* (dir. B. BONNET et P. DEUMIER) Dalloz 2010.

⁹²⁶ J.J. LAVENUE, « Du statut des espaces au régime des activités : observations sur l'évolution du droit international », *Revue belge de droit international*, 1996, n°2, Éditions Bruylant, pp. 409-452.

Seconde partie

L'EMPREINTE DU MARCHÉ DE L'ELECTRICITE EMR SUR LE MILIEU MARIN

La dualité de l'empreinte laissée par le marché de l'électricité EMR sur le milieu marin pourrait se traduire par l'emploi du verbe « exploiter ». Ce verbe revêt en effet une double connotation. D'une part, « exploiter » signifie mettre en valeur, faire valoir, et renvoie ainsi à l'action de valorisation. La valorisation est généralement définie comme la mise en valeur d'une chose pour en tirer davantage de ressources⁹²⁷. La valorisation comporte ainsi prioritairement une dimension économique. Parmi les synonymes usuels du terme valorisation figurent les termes : augmentation, élévation, plus-value, mise en valeur⁹²⁸. En comptabilité, la valorisation correspond en effet à une évaluation d'un actif, corporel ou incorporel. G. CORNU définit la valorisation comme la mise en valeur d'une chose, l'amélioration de sa valeur intrinsèque par des travaux, l'accroissement de son rendement⁹²⁹. L'emploi du terme « valorisation » en droit est assez éparpillé. Le droit de l'environnement traite de la « valorisation des déchets ». En droit public, l'accent est mis sur la « valorisation économique des propriétés des personnes publiques⁹³⁰ », par le biais de la perception de redevances ou la conclusion de contrats assortis de droits réels. La notion de valeur économique pénètre en outre des sphères jusqu'ici préservées, telles que l'environnement et la biodiversité, à travers les marchés de la compensation notamment.

La valeur ne fait cependant pas nécessairement référence à la valeur marchande. Pour l'Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE), « valoriser, c'est d'abord reconnaître la valeur des productions publiques et des savoirs des personnes qui y concourent. Valoriser conduit à décrire l'action de la puissance publique par les productions de haute valeur qu'elle réalise et non par les dépenses qu'elle engendre⁹³¹ ». « La valorisation révèle la valeur d'une chose, la mesure, sans pour autant l'échanger moyennant finance. La valorisation se distingue de l'exploitation comme de la commercialisation. On peut valoriser une chose ou une œuvre en la commercialisant mais la commercialisation n'est pas le seul moyen de valoriser. Il en va ainsi notamment du patrimoine monumental, objet lui aussi d'une politique de valorisation. Si le

⁹²⁷ www.cntrl.fr/définition/valorisation

⁹²⁸ www.cntrl.fr/synonymie/valorisation

⁹²⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e édition, PUF, 2014, p.1062.

⁹³⁰ Colloque organisé par le CE à l'ENA le 6 juillet 2011, La Documentation française, Paris 2012, p.32.

⁹³¹ J.D. DREYFUS, « La valorisation du service public par la diffusion d'œuvres créées par les agents publics » in *Mélanges en l'honneur du professeur Alain-Serge MESCHERIAKOFF. Service public, puissance publique : permanence et variations d'un couple mythique*, ouvrage coordonné par Jean-Marie DUFFAU, Antoine LOUVARIS et Elisabeth MELLA, Bruylant Bruxelles 2013, p. 100.

patrimoine monumental peut être considéré comme un bien économique, a-t-il une valeur marchande ? » La valorisation du patrimoine « procède surtout de la valeur symbolique associée au patrimoine, celle qui en fait un condensé d'histoire, de références communes (...) On conçoit alors qu'une valeur marchande nulle puisse être associée à une valeur symbolique ou scientifique élevée⁹³² ».

La finalité du marché de l'électricité EMR a vocation à dépasser la nécessité d'atteindre les objectifs climatiques et énergétiques, pour contribuer à la valorisation du milieu marin, sur le plan économique d'une part, en respectant notamment les autres usages, marchands et récréatifs, ainsi que sur le plan environnemental. Dans une perspective de développement durable, et parce que le marché de l'électricité EMR se trouve au cœur d'enjeux sociétaux liés tant à l'énergie, à l'environnement, qu'à l'aménagement du territoire maritime, il est souhaitable qu'il participe également davantage à la valorisation éthique du milieu marin (**Titre I**).

La contribution à la valorisation du milieu marin se justifie d'autant plus au regard des contraintes que le marché de l'électricité EMR lui impose. En effet, le verbe exploiter traduit également l'idée de spolier, pressurer, presser, ce dernier verbe renvoyant aussi à l'action de contraindre. Le marché de l'électricité EMR contraint l'environnement marin, l'incertitude de la réalisation de dommages liés tant à l'implantation qu'à l'exploitation des EMR n'étant pas réellement levée. La question de l'application du principe de précaution se pose dès lors.

Il contraint également l'espace marin, en bouleversant ses usages traditionnels et en restreignant la liberté qui le caractérise, appelant à une réflexion à propos des régimes de responsabilité applicables en mer (**Titre II**).

⁹³² F. BENHAMOU et D. THESMAR, « Valoriser le patrimoine culturel de la France », Rapport remis par au ministre de la culture, Conseil d'analyse économique, La Documentation française, Paris, Juin 2011, p.34.

TITRE I- LA CONTRIBUTION DU MARCHE DE L'ELECTRICITE EMR A LA VALORISATION DU MILIEU MARIN

Le marché de l'électricité EMR s'inscrit dans la tendance générale à la valorisation économique du domaine public. Le domaine public maritime naturel n'échappe pas à la règle, bien que ce ne soit pas sa vocation initiale. Cette activité économique constitue une source de redevances pour l'État. Toutefois, le milieu marin n'est pas formé uniquement du domaine public maritime naturel, mais aussi de la colonne d'eau surjacent à celui-ci, ainsi que du plateau continental, de la zone économique exclusive (ZEE) et de la haute mer, l'occupation de ces espaces n'étant pas soumis au paiement de redevances. Comment la mise en valeur des ressources énergétiques renouvelables en mer est-elle susceptible de participer à leur valorisation économique durable? **(Chapitre I).**

Dans une perspective de développement durable, la contribution du marché de l'électricité EMR à la valorisation du milieu marin dépasse assurément la simple dimension économique. L'essor de ce marché doit être encouragé tout en protégeant les intérêts des générations futures. Tel est l'objet d'outils comme les notions de patrimoine commun ou de fiducie, dans une optique de transmission intergénérationnelle. Mais ces notions servent surtout la cause des générations présentes, et en cela la mise en valeur des EMR favorise la valorisation éthique du milieu marin, soit un mieux-vivre ensemble ici et maintenant qui servira finalement la cause des générations futures **(Chapitre II).**

Chapitre I- La valorisation économique du milieu marin

« Espace sensible et convoité » selon la circulaire du 20 janvier 2012⁹³³, dont la « protection est ancienne » et « a été confirmée à maintes reprises par la jurisprudence », la gestion du domaine public maritime naturel oscille sans cesse entre souci de protection et valorisation économique⁹³⁴. L'implantation des premiers parcs EMR sur cet espace doit permettre, via les redevances, de valoriser le potentiel économique du milieu marin tout en protégeant son caractère sensible. Néanmoins, les autres composantes du milieu marin, notamment la colonne d'eau et la ZEE, doivent également être valorisées sur le plan économique. Cette valorisation pourrait-elle se fonder, non pas seulement sur l'occupation d'un espace, mais sur la mise en valeur des ressources EMR ? Cette question invite à s'interroger sur la nature juridique de ces ressources (**Section I**).

En outre, le marché de l'électricité EMR s'inscrit parmi d'autres activités occupant le même espace commun à tous, requérant ainsi une planification des usages concurrents, mais nécessite aussi une gestion efficace de cette ressource économique, en justifiant les choix et priorités accordés à telle ou telle activité. La planification maritime joue donc un rôle essentiel, mais cette planification ne peut se calquer sur les modes de planification terrestre. Elle doit être évolutive et tenir compte de la nature juridique spécifique du milieu marin. La notion de cadastre marin développée dans les pays anglo-saxons est-elle compatible avec les régimes juridiques du milieu marin ? (**Section II**).

Section I- La nature de la valorisation économique du milieu marin

Il s'agit d'identifier ce qui, dans le cadre du marché de l'électricité EMR, peut être source de valorisation économique du milieu marin, dans le respect de son caractère sensible. La valorisation économique peut provenir de l'implantation des installations EMR (§1) ou de l'exploitation des ressources EMR (§ 2).

§ 1- La valorisation économique du milieu d'implantation des parcs EMR

La tendance actuelle est à la valorisation économique des dépendances du domaine public dans son ensemble. En témoigne l'intitulé même du nouveau Code de la propriété des personnes

⁹³³ Circulaire du 20 janvier 2012 relative à la gestion durable et intégrée du domaine public maritime naturel (NOR : DEVL1121741C), (BO min. écologie n°2012/7, 25 avril 2012).

⁹³⁴ F.F. LISSOUCK, « La rénovation du régime des concessions d'utilisation du domaine public maritime : entre assouplissement et protection de l'environnement », *AJDA* 2005, 365.

publiques, qui ne se réfère plus au domaine- c'est-à-dire à l'affectation- mais à la propriété, « inscrivant par là le droit domanial dans une nouvelle perspective, tendant davantage vers la valorisation⁹³⁵ ». L'idée d'une utilisation patrimoniale du domaine public n'est toutefois pas nouvelle. La valorisation économique est en effet le corolaire du droit de propriété désormais reconnu aux personnes publiques, « dès lors qu'on admet que cette valorisation, rendue possible par la disposition des prérogatives et attributs de la propriété, ne contredit pas l'affectation d'utilité publique dont ces biens sont l'objet et, même parfois, en est la condition et le moyen naturel⁹³⁶».

Lors du colloque organisé par le Conseil d'État abordant « La valorisation économique des propriétés des personnes publiques⁹³⁷», le premier aspect mis en avant fut la valorisation financière du domaine public, grâce à la perception des redevances d'occupation. Pour le domaine public de l'État, le montant des redevances s'élevait à 320 millions d'euros dans la loi de finances pour 2011. Le montant des redevances perçu par l'État sur le domaine public maritime (DPM) s'est élevé en 2013 à 27.3 millions d'euros⁹³⁸.

La disparité des régimes juridiques relatifs à l'utilisation du milieu marin dans le cadre de la mise en valeur des EMR reflète un paradoxe. Le régime d'utilisation du DPM naturel est davantage animé d'une logique environnementale qu'économique. Celui-ci faisant néanmoins partie intégrante du domaine public, son occupation est soumise à la perception de redevances au profit de l'État. La production d'électricité d'origine éolienne en mer constitue également une source de revenus pour les communes littorales grâce aux taxes **(A)**. A contrario, le régime juridique de la zone économique exclusive, dont la vocation économique est consacrée, ne prévoit pas la perception de revenus au profit de la personne publique **(B)**.

A- La valorisation économique du domaine public maritime naturel

Le domaine public maritime (DPM) naturel constitue lui aussi l'objet d'« enjeux économiques et financiers⁹³⁹», que ce soit la partie littorale, ou le « sol et le sous-sol de la mer », avec la multiplication des installateurs de câbles sous-marins et des activités de production et de

⁹³⁵ P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Tome 2, « Les propriétés publiques », Dalloz 2011, p. 297.

⁹³⁶ Y. GAUDEMET, « Constitution et biens publics », *Nouv. cah. Cons. const.*, 2012, n°37, p.68.

⁹³⁷ Colloque organisé par le CE à l'ENA le 6 juillet 2011, La Documentation française, Paris 2012, p.32.

⁹³⁸ Ministère de l'agriculture, de l'environnement et de la forêt : <http://agriculture.gouv.fr/Les-redevances-d-occupation-du>

⁹³⁹ F.F. LISSOUCK, « La rénovation du régime des concessions d'utilisation du domaine public maritime : entre assouplissement et protection de l'environnement », *AJDA* 2005, p.365.

transport d'énergie électrique. Le décret du 29 mars 2004⁹⁴⁰ en avait pris acte en rénovant le régime d'utilisation du DPM, intégrant ainsi la « prégnance de la logique économique⁹⁴¹ ». Il accorde toutefois la priorité à la protection de l'environnement, en consacrant les principes de remise en état et de restauration du site, renforcés par l'obligation de constitution de garanties financières, comblant ainsi les lacunes de l'ancien décret du 29 juin 1979⁹⁴². Ces principes sont fondés sur les articles L.2122-1 et L.2122-2 du CGPPP, à savoir le caractère temporaire des occupations privatives du domaine public. Le domaine public maritime naturel demeure soumis à un régime relevant davantage de la protection que de la valorisation. L'interdiction de constitution de droits réels⁹⁴³ sur les ouvrages construits le confirme. L'implantation des futurs parcs EMR sur le domaine public maritime naturel engendrera certes un montant de redevances conséquent au profit de l'État, allant ainsi dans le sens de la recommandation du COMOP n°5⁹⁴⁴ « Droits d'usage des mers, financement, fiscalité » du Grenelle de l'environnement. Il recommandait en effet de réévaluer le montant des redevances du DPM mais d'affecter celles-ci à la protection et la restauration du milieu marin.

« Dynamiser la propriété publique sans dynamiter les exigences d'intérêt général qui l'irriguent, tel est le défi des temps qui viennent⁹⁴⁵ ». Cette constante recherche d'un équilibre entre valorisation économique du domaine public et protection de celui-ci, exprimée ici par P. YOLKA, se reflète dans les modes de calcul des revenus issus de l'implantation d'installations de production d'énergie en mer, que ce soit les redevances d'occupation du DPM (1) ou les taxes fiscales sur les éoliennes en mer (2).

1- La valorisation économique du DPM naturel grâce aux redevances d'utilisation

La redevance d'occupation du domaine public, qu'il soit maritime ou non, est perçue pour toute activité économique qui y est implantée. L'article L.2125-1 du CGPPP a consacré le principe de non-gratuité des occupations privatives du domaine public en disposant que « toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique donne lieu au paiement

⁹⁴⁰ Décret n°2004-308 du 29 mars 2004 relatif aux concessions d'utilisation du domaine public maritime en dehors des ports, abrogé par le décret n°2011-1612 du 22 novembre 2011 et désormais codifié au code général de la propriété des personnes publiques (CG3P).

⁹⁴¹ F.F. LISSOUCK *op.cit.*

⁹⁴² Décret n°79-518 du 29 juin 1979 relative aux concessions d'endiguage et d'utilisation des dépendances du domaine public maritime maintenue dans ce domaine, en dehors des ports. Ce décret fut abrogé par le décret du 29 mars 2004 précité.

⁹⁴³ Voir *supra* Première partie Titre I Chapitre II

⁹⁴⁴ Grenelle de la mer, Comité opérationnel n°5 « Droits d'usage des mers, financement, fiscalité », Rapport final.

⁹⁴⁵ P. YOLKA, « Requiem pour la gratuité », *JCP A* 2007, 170, p.3 : « Il faut gagner des sous : sus donc à la gratuité ».

d'une redevance ». Cet article corrobore la « théorie de la valorisation » du domaine et fait « de la perception d'une redevance pour occupation du domaine public une obligation juridique pour les collectivités publiques propriétaires⁹⁴⁶ ». La redevance représente la contrepartie financière de l'occupation privative par l'exploitant du parc EMR d'un bien collectif affecté à l'usage de tous.

Hervé MOYSAN⁹⁴⁷ analyse dans sa thèse les fondements juridiques de la redevance pour occupation privative. Après avoir écarté l'idée d'une qualification en taxe fiscale ou redevance pour service rendu, il en déduit une qualification de redevance *sui generis*. En effet, « le caractère unilatéral de l'autorisation souligne la place qu'occupe la puissance publique dans son régime, distinction étant faite entre autorisation et location d'une part, ainsi qu'entre redevance et loyer d'autre part ». En outre, l'assiette de la redevance repose sur la valeur des « avantages de toute nature » procurés à l'occupant et non pas uniquement sur la valeur locative de l'emplacement comme en matière de propriété. En effet, la qualification donnée par le Conseil d'État à la redevance pour occupation privative s'accorde mal avec l'idée de propriété. Dans l'affaire *Chambre de commerce et d'industrie du Var*⁹⁴⁸, le juge administratif s'est prononcé à son sujet par référence à la notion d'« acte et opération de puissance publique ». Pour en fixer le montant, l'administration prend en compte, outre la valeur locative de l'emplacement, des éléments d'ordre administratif, notamment le principe selon lequel « un particulier ne doit pas retirer « d'une chose publique constituée et entretenue avec l'argent des contribuables un avantage gratuit⁹⁴⁹ ». D'autre part, « il n'y a aucune raison pour qu'une seule personne profite sans contrepartie d'un bien collectif affecté à l'usage de tous⁹⁵⁰ ».

Cette conception s'inscrit dans l'objectif d'exploitation et de valorisation du domaine public. Ainsi, la redevance est non seulement calculée en fonction de l'emplacement occupé, la valeur d'usage de l'emprise, constituant la partie fixe de son montant, mais contient aussi une partie variable, prenant en compte les avantages retirés par l'exploitant. Elle est dite « variable » car les avantages retirés par l'occupant dépendent du degré d'utilisation de la parcelle occupée. Ainsi, l'élément variable du montant de la redevance d'occupation du domaine public maritime fixée pour la société ENERTRAG⁹⁵¹, lauréate du premier appel d'offres éolien offshore en

⁹⁴⁶ S. TRAORE, *Droit des propriétés publiques* », Vuibert 2008, pp.275 et s.

⁹⁴⁷ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, LGDJ Paris 2001, p 149.

⁹⁴⁸ CE 22 décembre 1989, *Chambre de commerce et d'industrie du Var*, Req. n°46052.

⁹⁴⁹ J.-J. ISRAEL, « L'activité commerciale sur le domaine public », *Petites affiches*, 5 mai 1993, p.7

⁹⁵⁰ C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica 1981, pp. 477-478.

⁹⁵¹ Article 4.7 de la convention de concession d'utilisation du domaine public maritime délivrée le 16 Juillet 2008 :

« 4 000 euros / MW installé pour chaque unité de production », l'unité de production étant ici l'aérogénérateur.

2004, consistait dans le nombre de mégawatts installés, à savoir 4 000 euros le MW, montant actualisé à 4 579 euros en 2017, ce qui amène à un montant de redevance total (part fixe et variable) pour le parc éolien offshore de Fécamp notamment de 2 442 456 euros par an⁹⁵², ce qui potentiellement rapporte à l'Etat, considérant la durée maximale des titres d'occupation de 40 ans, et sans tenir compte de l'indexation annuelle, un montant total de 97 698 240 euros pour un seul parc éolien offshore.

Dans un rapport intitulé « Les redevances d'occupation du domaine public maritime naturel » rendu en mai 2014 à la demande notamment du ministère de l'économie et des finances⁹⁵³, il était relevé que « la détermination de la bonne tarification par la collectivité publique suppose de pouvoir déterminer les flux nets de revenus futurs générés par l'usage privatif du domaine public concédé ou une estimation de la valeur de l'usage privatif. En pratique, ces informations sont souvent d'un accès difficile pour la collectivité publique. Elles sont en tout cas moins bien connues par elle que par les agents privés concernés : ceux-ci sont mieux à même d'évaluer les revenus qu'ils peuvent espérer obtenir et les coûts d'exploitation qu'ils auront à supporter » ;

Le calcul de la redevance d'occupation du domaine public est davantage lié à la gestion économique du domaine public que la simple perception d'un loyer⁹⁵⁴. Toutefois, la gestion du domaine public tient compte du caractère naturel du domaine public maritime. Dans le cadre de l'implantation des parcs EMR, la rentabilisation du domaine prend en compte les considérations environnementales. Les cahiers des charges des appels d'offre successifs relatifs à la production d'électricité issue de l'éolien offshore privilégient les candidatures dans lesquelles l'emprise sur le domaine public maritime est la plus restreinte possible, réduisant ainsi l'assiette de calcul de la redevance. Afin de compenser cette réduction d'assiette, les candidats aux appels d'offre sont invités parallèlement à contribuer à la recherche technologique afin d'accroître la performance des éoliennes en mer⁹⁵⁵. L'Etat n'est pas perdant pour autant, puisque la partie variable de la redevance tient compte du nombre de mégawatts

⁹⁵² Le calcul est établi selon l'arrêté du 2 avril 2008 fixant le tarif des redevances dues pour occupation du domaine public de l'Etat par des installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent et par leurs équipements accessoires (JORF n°0096 du 23 avril 2008 page 6721). Il est détaillé comme suit en annexe de la convention de concession d'utilisation du DPM de Fécamp: au tarif 2017 : part fixe : pour les câbles 0,57 euros par mètre linéaire (117 000 m) soit 66 690 euros, pour les aérogénérateurs: 1 114, 95 euros pour 83 éoliennes soit 95 030,85 euros, et la part variable : 498 MW installés * 4579,79 euros/MW à savoir 2 280 735, 42 euros.

⁹⁵³ Rapport remis en mai 2014 suite à une lettre de mission ministérielle adressée le 13 février 2013 au Conseil général de l'environnement et du développement durable, à l'Inspection générale des finances et au Conseil général de l'agriculture, de l'alimentation et des espaces ruraux.

⁹⁵⁴ Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 14^e édition, LGDJ Paris 2011, n°477 et s.

⁹⁵⁵ Cahier des charges de l'appel d'offres éolien en mer n° 2011/ S 126-208873 portant sur des installations éoliennes de production d'électricité en mer en France métropolitaine, point 5.3 : « Recherche et Développement », et notamment points D.5.2.2 et D.5.2.3. p.13

installés, associant ainsi la protection du domaine à la bonne gestion de celui-ci. La cour des comptes veille en effet à ce que le montant des redevances soit suffisant⁹⁵⁶.

L'élément variable de la redevance d'occupation du domaine public ne constitue toutefois pas en un pourcentage direct des revenus tirés de l'activité. En effet, il tient compte dans l'exemple cité du nombre de mégawatts (MW) installés et non produits, exprimés en mégawattheures (MWh). On constate ainsi que ces revenus tirés du marché de l'électricité EMR sont indirects, contrairement aux revenus qu'un État peut percevoir de l'exploitation de l'énergie hydraulique. Celle-ci est en effet soumise à quatre redevances au profit de l'État : une redevance pour l'utilisation des cours d'eau, une autre pour l'occupation du domaine public fluvial⁹⁵⁷, la troisième est proportionnelle au nombre de kilowattheures produits ou aux dividendes ou bénéfices répartis⁹⁵⁸, et enfin la quatrième est proportionnelle aux recettes issues des ventes d'électricité⁹⁵⁹. Seules les deux premières correspondent en réalité à des redevances, prévues par des dispositions réglementaires et non législatives. Les deux dernières ne sont en réalité pas des redevances mais des taxes, des impositions de toute nature devant faire l'objet de dispositions législatives en application de l'article 34 de la Constitution. Ce sont paradoxalement celles-ci que l'ensemble des acteurs du secteur appellent « redevance hydroélectrique⁹⁶⁰ ». Le marché de l'électricité EMR bénéficie néanmoins de moins de maturité que le marché hydroélectrique, justifiant probablement d'éviter de le ponctionner sur les revenus d'activités.

Le paiement des redevances participe à la valorisation du domaine public maritime de la France, et partant de son domaine public. Elles sont justifiées par la restriction, occasionnée par la

⁹⁵⁶ E. UNTERMAIER-KERLEO, « Redevances pour service rendu et redevances d'occupation du domaine public: les dernières évolutions », *La Semaine juridique Administrations et collectivités territoriales*, n°7, 11 février 2013, 2039 ; Y. GAUDEMET *op.cit.* n°455, p.285.

⁹⁵⁷ B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, 2^e édition, Le Moniteur, 2012, p.186 et s : l'art. L.2125-7 du CGPPP. Cette redevance domaniale n'est pas propre à l'hydroélectricité, mais appartient à un régime juridique spécifique, celui des prises d'eau en domaine public fluvial. Elle ne s'applique pas aux ouvrages hydroélectriques concédés mais seulement aux chutes d'eau autorisées (art. L.531-4 du code de l'énergie). Le montant comprend 2 éléments : une partie fixe superficielle et une partie variable relative à la force hydraulique captée. Cette redevance est indépendante de celle qui est éventuellement due au titre de l'occupation temporaire du domaine public.

⁹⁵⁸ *Ibid.* p.176 et s ; selon l'article L.521-22 du code de l'énergie, cette redevance est proportionnelle soit au nombre de kW/h produits, soit aux dividendes ou aux bénéfices répartis, les deux options étant cumulables. L'article L.521-23 impose en outre une redevance sur les bénéfices de la concession hydroélectrique.

⁹⁵⁹ COUR DES COMPTES, Référé n°67194, « Renouvellement des concessions hydroélectriques », 21 juin 2013, pp.3 et 4 : « L'article 33 de la loi du 30 décembre 2006 (LFR) a prévu l'institution lors du « renouvellement des concessions d'hydroélectricité » d'une redevance proportionnelle aux recettes résultant des ventes d'électricité. L'objectif de cette disposition est de récupérer la rente des concessions amorties ». Le taux de la redevance est fixé à 25 % du chiffre d'affaires total des concessions hydroélectriques. La cour des comptes interpelle le gouvernement sur le manque à gagner que représente pour l'État le retard dans la procédure de renouvellement des concessions hydroélectriques, à savoir 600 millions d'euros d'ici 2020.

⁹⁶⁰ ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information sur l'hydroélectricité*, Octobre 2013, p.41.

présence des parcs EMR, de l'usage commun à tous les usagers, qu'ils soient ou non riverains. Or l'article 58 de la nouvelle loi du 10 août 2018 offre la possibilité à l'autorité gestionnaire de prévoir une utilisation gratuite du DPM par les exploitants EMR pendant la durée de validité du contrat d'achat d'électricité à savoir vingt ans, la durée maximale de la concession DPM étant quarante ans. Quel peut être le fondement juridique d'une telle disposition ? Celle-ci peut difficilement être justifiée par l'existence, comme nous le voyons par la suite, d'une taxe spécifique dans la mesure où, d'une part, cette dernière ne concerne que la ressource éolienne offshore, et non les autres ressources EMR, telles la ressource cinétique exploitée par les hydroliennes, et d'autre part cette taxe bénéficie principalement aux communes dont les littoraux seront impactés visuellement par la présence des parcs, et non à l'ensemble des usagers du domaine public.

Le rapport précité de 2014 relatif aux redevances d'occupation du domaine public maritime naturel soulignait que « comme l'avait clairement affirmé le rapport de 2002 du Conseil d'État⁹⁶¹, la légitimité du caractère onéreux de l'occupation privative du domaine public ne procède pas seulement d'un souci de bonne gestion patrimoniale, elle vient aussi de ce que cette occupation porte atteinte au droit d'accès des autres usagers, effectifs ou potentiels, du domaine. Est alors justifié le versement à la collectivité d'une redevance constituant la contrepartie des avantages individuels conférés au bénéficiaire de l'autorisation d'occupation au détriment de la jouissance commune »⁹⁶². Outre le fait que le paiement d'une redevance protège les finances publiques, il garantit le respect du principe d'égalité, et son montant doit être suffisant. La gratuité est donc très strictement encadrée par l'article L.2125-1 du CG3P. Elle n'est envisageable que lorsque l'occupation ou l'utilisation est la condition naturelle et forcée de travaux ou de la présence d'un ouvrage intéressant un service public bénéficiant gratuitement à tous ou lorsque l'occupation contribue à assurer la conservation du domaine public lui-même⁹⁶³. Dans l'éventualité même où la production d'électricité EMR était qualifiée de service public⁹⁶⁴, celui-ci pourrait difficilement être qualifié de service public bénéficiant gratuitement à tous. Si l'autorité gestionnaire décidait d'autoriser un exploitant EMR à occuper gratuitement le DPM, ce serait en raison de contraintes particulières pesant sur ce dernier. Une occupation

⁹⁶¹ P.-A. JEANNENEY, J. ARRIGHI de CASANOVA, L. OLLEON, *Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public*, Conseil d'État, section du rapport et des études, La Documentation française, 2002.

⁹⁶² Rapport précité p. 24.

⁹⁶³ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens* 4^e éd. LexisNexis 2018 n°957 et s pp. 369 et s.

⁹⁶⁴ Cette question a été traitée dans la Première partie Titre II.

gratuite pourrait sinon, comme les occupations moyennant des redevances très basses, se voir qualifiée d'aide d'Etat⁹⁶⁵ ou comme mesure faussant la concurrence⁹⁶⁶.

Ce rapport recommandait ainsi de généraliser, s'éloignant ainsi de l'hypothèse d'une suppression, la redevance du DPM à l'ensemble des EMR. En effet l'arrêté du 24 avril 2008 précité ne concerne que les éoliennes offshore, bien que la concession accordée le 9 mai 2011 à EDF pour l'implantation de son parc démonstrateur d'hydroliennes au large de Paimpol ait prévu également le paiement d'une redevance fixe et variable annuelle.

Quoi qu'il en soit, la redevance d'utilisation du DPM naturel ne prend pas suffisamment en compte les impacts négatifs du marché de l'électricité EMR sur le milieu marin. Une taxe environnementale a donc été instituée, mais uniquement pour le marché de l'éolien offshore.

2- La taxe fiscale sur les éoliennes en mer pour compenser les externalités négatives

L'article 1519 B du Code général des impôts (CGI) soumet les installations de production d'électricité issue de l'énergie mécanique du vent en mer territoriale à la perception d'une taxe fiscale fixée, au 20 juin 2018, à 16 301 euros par MW installé dans chaque unité de production d'électricité. L'article 1519 C précise que le produit de la taxe est affecté à un fonds spécial- le « Fonds national de compensation de l'énergie éolienne en mer »- qui doit couvrir les préjudices d'ordre esthétique et économique éventuellement subis par le département dans lequel est installé le point de raccordement au réseau public de distribution ou de transport d'électricité des installations.

La répartition du montant de cette taxe permet de contribuer au développement durable dans l'utilisation du milieu marin. 50 % des ressources de ce fonds sont attribués aux communes littorales d'où les éoliennes sont visibles⁹⁶⁷. C'est ainsi que les communes littorales proches du futur parc éolien de Courseulles-sur-Mer devraient percevoir un peu plus de 6 millions d'euros par an. L'autre moitié est répartie entre, d'une part, à hauteur de 35%, le Comité national des pêches maritimes et des élevages marins pour le financement de projets concourant à l'exploitation durable des ressources halieutiques. Parmi les 15% restant, 5% sont affectés au financement de projets concourant au développement durable des autres activités maritimes,

⁹⁶⁵ TA Paris 28 février 2013 *Association du quartier du Parc des Princes*

⁹⁶⁶ Voir la décision n°1999/676/CE de la Commission européenne du 20 juillet 1999 (*Affaire Securipost*).

⁹⁶⁷ L'article 2 du décret n°2012-103 du 27 janvier 2012 relatif à l'utilisation des ressources issues de la taxe instituée par l'article 1519 B du CGI précise qu'il doit s'agir de communes littorales au sens de l'article L 321-2 du code de l'environnement. Il ajoute aussi qu'une unité de production d'électricité doit être visible d'au moins un des points de leur territoire, ce point devant être situé dans un rayon de 12 milles marins autour de l'unité de production.

telles que la plaisance, les sports nautiques, l'aquaculture...ou contribuant à la réalisation ou au maintien du bon état écologique du milieu marin, sur la base de l'article L.219-9 du code de l'environnement⁹⁶⁸. 5% sont versés au profit de l'Agence française pour la biodiversité à l'échelle de la façade maritime et les 5% finals au profit des activités de secours et de sauvagerie en mer.

S'il demande à être parachevé, le régime juridique de la valorisation économique du DPM a au moins le mérite d'être un peu plus abouti que celui de la zone économique exclusive.

B- La valorisation économique de la ZEE

L'article 60 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM)⁹⁶⁹ dispose que l'État côtier a dans sa zone économique exclusive (ZEE)⁹⁷⁰ le droit exclusif de procéder à la construction et d'autoriser et réglementer la construction, l'exploitation et l'utilisation des installations affectées à l'activité économique de production d'énergie. La ZEE est une zone fonctionnelle dans laquelle l'État exerce des compétences de nature économique. L'exercice de l'activité économique de production d'énergie en ZEE est quant à lui autorisé par l'article 56 de la CNUDM. En France, le décret du 10 juillet 2013⁹⁷¹, qui constitue le principal texte précisant le cadre dans lequel cette activité économique peut être autorisée en ZEE française, ne prévoit pas la fixation de redevance d'utilisation de la ZEE dans le cadre des EMR. A titre comparatif, le *Crown Estate*⁹⁷² au Royaume Uni, propriétaire du sol de la mer territoriale⁹⁷³, dispose de droits pour louer les sites propices de la *Renewable Energy Zone (REZ)* aux producteurs d'énergie en mer⁹⁷⁴. A ce titre il leur accorde des baux moyennant le paiement d'un loyer⁹⁷⁵.

⁹⁶⁸ Article 5 du décret n°2012-103 *op.cit.*

⁹⁶⁹ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer signée à Montego-Bay (Jamaïque) le 10 décembre 1982.

⁹⁷⁰ Art 55 et 57 de la CNUDM : la ZEE est la zone située au-delà de la mer territoriale. Elle ne peut s'étendre au-delà de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale.

⁹⁷¹ Décret n°2013-611 du 10 juillet 2013 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 ainsi qu'au tracé des câbles et pipelines sous-marins (JORF n°0160 du 12 juillet 2013 p.11622).

⁹⁷² Le *Crown Estate* gère le portefeuille des actifs associés à La Cour. C'est l'un des plus importants propriétaires terriens du Royaume Uni. Il est aussi propriétaire des fonds marins du Royaume Uni dans la limite de 12 milles nautiques dans les eaux territoriales et propriétaire de 55% de l'estran.

⁹⁷³ *Officers of State vs Smith* (1846) 8D 711,723.

⁹⁷⁴ *Renewable Energy Zone. Energy Act 2004*, ch.2, art.84. Selon le *Renewable Energy Zone (Designation of area) Order 2004*, les limites de la REZ sont adjacentes aux limites à l'intérieur desquelles le Royaume Uni exerce ses compétences en matière de protection de l'environnement selon la partie XII de la CNUDM. Ces limites s'étendent jusqu'à 200 milles marins calculés en partant de l'Ouest de l'Ecosse (Saint Kilda); K. N. SCOTT, "Tilting at offshore windmills: Regulating wind farm development within the renewable energy zone", *Journal of Environmental Law* (2006) Vol. 18 No 1, 89-118.

⁹⁷⁵ Selon les termes du modèle de contrat de bail du *Crown Estate* du 4 février 2010 (Norton Rose, MPEE/LN18593 PPE-#4383218-v1).

Sur quel fondement l'État français pourrait-il percevoir des revenus provenant de l'implantation des installations de production d'électricité EMR ? Le plateau continental et la ZEE ne sont pas des biens publics affectés à l'usage de tous. Seules les libertés des autres États, dont la liberté de navigation, prévues par le droit international dans le cadre de la CNUDM prévalent⁹⁷⁶. La ZEE et le plateau continental ne constituent pas des propriétés publiques. L'article L.2111-4 du CG3P⁹⁷⁷ n'a intégré dans le domaine public maritime que le sol et le sous-sol de la mer territoriale, mais pas le plateau continental, ni les eaux surjacentes à celui-ci. Les droits de l'État sur son plateau continental ne semblent pas pouvoir être allégués pour la reconnaissance d'un quelconque droit de propriété sur le sol puisqu'ils ne concernent que l'exploitation des ressources du plateau⁹⁷⁸. Nous avons souligné toutefois le fait que la redevance due pour l'occupation du domaine public maritime relevait davantage de la notion d'acte de puissance publique que de celle de propriété. Or la puissance publique de l'État peut s'exercer dans des zones non soumises à sa souveraineté, telle la ZEE⁹⁷⁹. Finalement, selon V. LABROT⁹⁸⁰, seul le « territoire » serait une ressource, et non l'espace naturel, qui n'est pas « territoire ». Ce sont les richesses contenues dans le plateau continental et la ZEE, qualifiées de « ressources », qui sont susceptibles de générer des revenus.

L'inapplication du principe d'usage libre et gratuit du public en ZEE peut expliquer l'absence de redevances. D'autre part, la taxe sur les éoliennes offshore est interdite en ZEE (Art. 1635 quinquies du code général des impôts). L'instauration de cette taxe est certes moins légitime en ZEE qu'en mer territoriale, dans la mesure où les conflits d'usage et les atteintes au paysage y sont beaucoup moins prégnants, voire inexistantes. La ZEE comporte néanmoins des aires marines protégées, au sein desquelles les parcs EMR sont susceptibles d'être implantés ou pouvant être affectées par la présence proche de ceux-ci. Le COMOP n°5 « Droits d'usage des mers, financement, fiscalité » précité avait relevé lors du Grenelle de la mer un besoin annuel de plus de 100 millions d'euros pour le financement de la gestion des aires marines protégées.

⁹⁷⁶ Article 58 de la CNUDM.

⁹⁷⁷ Code général de la propriété des personnes publiques

⁹⁷⁸ L'existence d'une ZEE proclamée ne modifie pas les droits de l'État sur le plateau puisque selon l'article 56.3 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM), « les droits relatifs aux fonds marins et à leur sous-sol énoncés dans le présent article s'exercent conformément à la partie VI (relative au plateau continental) ».

⁹⁷⁹ CE 4 décembre 1970, *Min. de la défense nationale c/Starr*, D.1971, p.253, note Tedeschi : « la responsabilité de la puissance publique pour dommages consécutifs au mauvais entretien d'un ouvrage public peut être engagée en tous lieux : sur le territoire terrestre ou maritime de l'État, dans la mer territoriale, sur le plateau continental, tout comme en haute mer ou à l'étranger ».

⁹⁸⁰ V. LABROT, *Réflexions sur une « incarnation progressive » du droit, l'environnement marin, patrimoine naturel de l'humanité*, thèse soutenue à Brest en 1994, p.486.

Le rapport du Sénat sur l'Agence des aires marines protégées⁹⁸¹ signale l'absence de compensations financières exigées des activités utilisant le milieu marin. Or « de nombreux usages commerciaux trouvent leur support dans l'existence d'un milieu naturel de qualité ».

L'Agence des Aires marines protégées⁹⁸² suggère, afin de pallier ses lacunes en ressources financières, d'étendre à l'ensemble de la ZEE les principes régissant actuellement les régimes de redevances sur le DPM, estimant ainsi le montant de l'accroissement de ses ressources à 150 millions d'euros par an d'ici 2020⁹⁸³. L'agence confond cependant taxe fiscale et redevance. Elle a néanmoins réussi à faire insérer un article 27 dans l'ordonnance n° 2016-1687 du 8 décembre 2016 relative aux espaces maritimes relevant de la souveraineté ou de la juridiction de la République française⁹⁸⁴ qui dispose que « les activités soumises à autorisation en application du présent chapitre exercées sur le plateau continental ou dans la zone économique exclusive sont assujetties au paiement d'une redevance annuelle au profit de l'Agence française pour la biodiversité mentionnée à l'article L. 131-8 du Code de l'environnement ». Cet article poursuit toutefois que par dérogation au premier alinéa de l'article, l'autorisation peut être délivrée gratuitement dans plusieurs situations, à savoir lorsque l'activité se rattache à un service public gratuit, lorsque l'activité autorisée contribue directement à assurer la conservation de la zone marine ou lorsque l'autorisation est délivrée pour une activité exercée sans but lucratif et concourant à la satisfaction d'un intérêt général, reprenant ainsi les dispositions de l'article L 2125-1 du CGPPP, mais sans les spécifier pour l'application à des espaces dont les fondements du régime juridique sont différents de celui du domaine public, affecté à l'usage libre du public.

Il est intéressant de noter que l'article précise que les dispositions du CGPPP relatives la constatation, à la prescription, au paiement et au recouvrement des redevances du domaine s'appliquent à cette redevance⁹⁸⁵, et que son calcul tient compte des avantages de toute nature tirés de l'exploitation des ressources, de l'impact environnemental des activités concernées ainsi que du risque pour l'environnement, avec une majoration dans le cas où les activités concernées s'exercent dans le périmètre d'une aire marine protégée au sens de l'article L. 334-1 du code de l'environnement.

⁹⁸¹ SENAT, Rapport sur l'Agence des aires marines protégées (AAMP) et la politique de protection du milieu marin, 25 juin 2014, p.42.

⁹⁸² Devenue Agence française pour la biodiversité (AFB) (article L 131-8 du code de l'environnement).

⁹⁸³ *Ibid.* p.44.

⁹⁸⁴ JORF n°0286 du 9 décembre 2016.

⁹⁸⁵ Les articles L. 2321-1, L. 2321-4, L. 2321-5, L. 2322-1, L. 2322-4, L. 2323-1, L. 2323-2, L. 2323-4, L. 2323-4-1, L. 2323-6, L. 2323-8 et L. 2323-11 à L. 2323-13 du code général de la propriété des personnes publiques s'appliquent donc désormais à ces espaces.

Comment le calcul de cette redevance sera-t-elle applicable aux projets EMR ? Y aura-t-il, comme sur le DPM, une partie fixe et une partie variable ? Cette question sera probablement réglée dans le cadre d'un prochain décret.

Une autre piste visant à accroître la contribution du marché de l'électricité EMR à la valorisation économique durable du milieu marin consisterait peut-être à permettre la perception de revenus provenant de la mise en valeur de la ressource EMR elle-même. Dans le cas des ressources minérales, il est intéressant de rappeler que l'article 4 de la loi du 11 mai 1977⁹⁸⁶, abrogeant certains articles de la loi du 30 décembre 1968 relative à l'exploitation des ressources du plateau continental avait autorisé la perception d'une redevance sur la substance extraite du plateau continental⁹⁸⁷. Celle-ci avait été supprimée par l'article 27 de la loi de finances de 1994⁹⁸⁸ pour les hydrocarbures extraits de gisements situés au-delà d'un mille marin⁹⁸⁹. En définitive, l'article L.132-16-1 du code minier prévoit qu'à compter du 1^{er} janvier 2014, pour les gisements en mer situés dans les limites du plateau continental, les titulaires de concessions de mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux sont tenus de payer annuellement une redevance calculée sur la production. Cette redevance est due au jour de la première vente des hydrocarbures extraits à l'intérieur du périmètre qui délimite la concession. Elle est reversée pour 50% à l'État et pour 50% à la région dont la partie du territoire est le plus proche du gisement.

Ces interrogations invitent à se pencher sur la nature juridique de la ressource EMR.

§ 2- La valorisation économique de la ressource EMR

La nature juridique de la ressource EMR n'est pas définie (A) En outre, quelle que soit sa nature, il est intéressant de déterminer le processus juridique permettant de produire un bien tel que l'électricité à partir de l'exploitation de la chose commune qu'est la mer, réservoir des ressources EMR. (B).

A- L'analyse de la nature juridique de la ressource EMR

Si la nature juridique de l'eau de mer et de l'air en tant que choses communes est établie, il n'en va pas de même des ressources EMR telles que les courants, les vagues, ou le vent, qui sont des

⁹⁸⁶ n°77-485, notamment les articles 21, 23 et 23 bis.

⁹⁸⁷ Redevance calculée sur le tonnage extrait et égale à la somme des redevances communale et départementale des mines.

⁹⁸⁸ Loi n°93-1352 du 30 décembre 1993.

⁹⁸⁹ *Jcl. fiscal* Impôts directs Traité Fasc.1340 « Redevances communale et départementale des mines », Juillet 2005 n°29.

caractéristiques de la mer et de l'air. Leur éventuelle qualification de ressources naturelles (1), ne facilite pas leur classification juridique (2).

1- La ressource naturelle : une notion économique appréhendée par le droit

La ressource naturelle est une notion économique (a) à laquelle le droit fait référence, dans les textes et parfois la jurisprudence (b).

a) Une notion économique

La notion de ressource naturelle appartient davantage au monde économique que juridique. L'économiste HOWE (1979) a classé parmi les ressources naturelles « les sources d'énergie solaire, éolienne et géothermique, les ressources de l'eau⁹⁹⁰». D'après le professeur ROTILLON, « une « ressource naturelle » n'est pas si naturelle que cela. Elle n'a d'existence que par rapport à une technologie d'utilisation donnée (...) Mais la technologie ne suffit pas, il y faut aussi des conditions économiques favorables (...). En résumé, on parlera donc de ressource naturelle au sens économique quand la ressource sera utilisable avec la technologie existante et exploitable avec les prix actuels⁹⁹¹». L'article 56, § 1^{er}, a) de la CNUDM vise, à côté des ressources biologiques existant à l'état de nature, d'autres ressources, acquises par l'utilisation de techniques ou par transformation de certains éléments du milieu naturel, dont la production d'énergie, le dessalement de l'eau de mer⁹⁹².

L'intérêt d'opérer un détour par le monde économique réside dans la notion de valeur économique attribuée aux ressources naturelles. Or la notion de valeur économique figure parmi les critères de classification en droit des biens, à travers les éléments comme l'utilité et la rareté. Les ressources naturelles prélevées, renouvelables ou non, ont toujours été considérées comme plus ou moins rares et donc appartenant au champ de l'analyse économique⁹⁹³. Selon A. VALLEE, « la rareté exprime la tension entre les moyens limités et les besoins illimités. Ceux-ci sont satisfaits par des biens et services mais un besoin ou un bien ne sont économiques que si la rareté les contraint. Le besoin de respirer est physiologique mais il n'est pas économique. Il le devient en revanche si l'air respirable devient rare. L'air devient ainsi un bien économique répondant aux deux critères de rareté et d'utilité ». Le droit requiert en outre le critère de cessibilité pour le classer parmi les biens.

⁹⁹⁰ S. FAUCHEUX, J.-F. NOEL, *Économie des ressources naturelles et de l'environnement*, Ed. Armand Colin, Paris 1995, p. 87.

⁹⁹¹ G. ROTILLON, *Économie des ressources naturelles*, nouvelle édition, Éditions La Découverte Paris 2010, p.7 et s.

⁹⁹² L. LUCCHINI, « Zone économique exclusive », *Rép.de droit intern.* déc.1998, n°35

⁹⁹³ A. VALLEE, *Économie de l'environnement*, Éditions du Seuil, 2002 et 2011 pour la nouvelle édition, p. 37.

b) Une notion économique appréhendée par le droit

Les ressources EMR sont des ressources énergétiques directement issues de flux naturels, que B. LE BAUT-FERRARESE qualifie de ressources elles-mêmes naturelles, telles que la force de l'eau ou l'énergie mécanique du vent⁹⁹⁴. En droit interne, les articles L.333-1-VI et L.331-3 III du code de l'environnement évoquent la gestion des ressources naturelles relatives à l'énergie mécanique du vent.

Quant à la jurisprudence, le tribunal administratif de Rennes a eu l'occasion de qualifier le vent de « ressource naturelle susceptible d'exploitation⁹⁹⁵ » à l'occasion d'un litige portant sur l'application d'un Plan Local d'Urbanisme. Ce PLU autorisait les constructions ayant pour objet l'exploitation de ressources naturelles. Le Préfet du Finistère avait refusé le permis d'édifier une éolienne au motif que le vent ne pouvait être regardé comme une ressource naturelle dont l'exploitation est permise par les dispositions du PLU en question. Dans un arrêt du 9 décembre 2011 le Conseil d'État⁹⁹⁶ a pour la première fois considéré le vent comme « une richesse naturelle » pouvant être prise en compte par les documents d'urbanisme pour la détermination des zones non constructibles. Cette décision est de portée limitée puisqu'elle ne s'applique pour le moment qu'aux communes régies par les anciens POS et non aux nouveaux PLU. Elle présente cependant un intérêt pour notre analyse puisqu'elle montre que le droit commence à appréhender le vent comme une ressource, une « richesse naturelle ».

La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que l'énergie éolienne contribue « au développement durable des ressources naturelles suédoises⁹⁹⁷ ».

La force cinétique du vent peut certes être transformée en énergie mécanique par des pales et un rotor, puis en énergie électrique par un alternateur, mais elle a de tous temps été utilisée pour propulser des bateaux à voile ou actionner les moulins. Elle n'a cependant pas été appréhendée jusqu'à présent comme une ressource naturelle par le droit. Le développement de l'exploitation de l'énergie éolienne change la donne. En mer, les coûts d'installation d'un parc éolien sont de l'ordre du milliard d'euros. La nécessité de rentabilité économique de l'activité de production d'électricité à partir du vent amène à détecter le meilleur gisement éolien, par le biais d'études de vent⁹⁹⁸ souvent très coûteuses. Le vent souffle certes partout, mais pas avec la même intensité, celle-ci étant beaucoup plus élevée en mer. La ressource vent semble a priori

⁹⁹⁴ B. LE BAUT-FERRARESE *op.cit.* p. 86.

⁹⁹⁵ TA Rennes, 17 juin 2002, A. c/ Préfet du Finistère, req. n°021473.

⁹⁹⁶ CE 9 décembre 2011 req. 341274, *AJDA* 2011 p.2447. note Jegouzo et Vincent.

⁹⁹⁷ CEDH, 26 févr. 2008, *Fägerskiöld c/ Suède*, n° 37664/04 : JCP A 2008, 2289.

⁹⁹⁸ Voir notamment l'étude réalisée dans le cadre de projet de parc éolien offshore de Courseulles-sur-Mer : « Éoliennes offshore du Calvados-synthèse de l'étude de la ressource en vent-2011 », http://cpdp.debatpublic.fr/cdpd-courseulles/DOCS/ÉTUDES/ÉTUDE_DE_LA_RESSOURCE_EN_VENT.PDF

abondante, mais la ressource vent exploitable d'un point de vue économique et offrant les meilleurs critères de rentabilité est plus rare.

Le droit international fait référence aux ressources naturelles dans le cadre du principe de souveraineté des États⁹⁹⁹. La souveraineté sur les ressources énergétiques, en tant que forme de manifestation spécifique de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles se voit consacrée par le Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE) du 17 décembre 1994¹⁰⁰⁰. L'article 18.2 dispose que le traité ne porte en rien préjudice aux règles des États contractants régissant le régime de propriété des ressources énergétiques.

Si le droit international a consacré le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles, il ne nous renseigne pas sur le droit de propriété des États sur leurs ressources. Il leur laisse le soin de définir celui-ci. Il faut en effet distinguer les notions d'*imperium* et de *dominium*, soit entre souveraineté et propriété, distinction qui fut à la base juridique et politique de la législation et de la pratique des États relatives aux richesses naturelles, tant au plan interne qu'au plan international¹⁰⁰¹.

La nature du droit de propriété des États sur leurs ressources naturelles varie d'un pays à l'autre. L'Espagne précise dans sa Constitution que les ressources naturelles de sa ZEE font partie intégrante de son domaine public maritime¹⁰⁰², contrairement à la France.

Aux États-Unis, la doctrine américaine s'est interrogée sur la possibilité de faire payer l'utilisation de la ressource vent, ou tout au moins l'accès à l'exploitation de celle-ci, allant jusqu'à admettre l'éventualité d'une future « tragédie des communs » concernant cette ressource¹⁰⁰³. « *Who owns the wind ?* » se demande le juriste américain J.A DUFF. « *Is it a resource that ought to be managed by our sovereign for the benefit of our people? (...) Is it an attribute of private property or is it *ferae naturae*? (...) Does it become a public trust resource when it moves across public space? (...) The recent debate regarding the proposed siting of an*

⁹⁹⁹Une des composantes de la souveraineté est le droit inaliénable de chaque État et peuple d'utiliser et d'exploiter librement ses richesses et ses ressources naturelles (M. DUTU, « La dépendance énergétique, la souveraineté et le droit international général », in *Défis énergétiques et droit international*, S. DOUMBE-BILLE, Larcier 2011, p.37 et s.). La résolution 1803 du 14 décembre 1962 de l'Assemblée générale des Nations Unies a énoncé que « le droit de souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'État intéressé ».

¹⁰⁰⁰ Conclu à Lisbonne, ouvert pour la signature le 17 décembre 1994, et entré en vigueur en avril 1998, la France l'intègre dans son système juridique par la loi n°99-425 du 27 mai 1999.

¹⁰⁰¹ D. ROSENBERG, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, LGDJ, Paris 1983, p.36 : l'auteur relève notamment que la loi napoléonienne de 1810, tout en admettant le pouvoir régalien sur les gisements miniers, *res nullius*, a institué un véritable droit de propriété exclusif, perpétuel et gratuit sur ceux-ci au profit des concessionnaires, illustrant ainsi le déclin de l'*imperium*.

¹⁰⁰² Article 132-2 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978.

¹⁰⁰³ J.-A. DUFF, « *Offshore management considerations: Law and Policy questions related to fish, oil and wind* », *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol.31, Issue 2: *Coastal wind power energy generation: Capacities and Conflict*, article 8, 01-01-2004; voir aussi l'article de Y. LIFSHITZ-GOLDBERG, « *Gone with the wind. The potential tragedy of the common wind* ». *UCLA Journal of environmental law and policy* 2010, 28, 2.

offshore wind farm in Nantucket Sound highlights the need for an examination of wind as a natural resource”.

2- La classification juridique de la ressource EMR

La ressource naturelle, bien qu’appréhendée par le droit français, ne constitue pas une catégorie juridique particulière. Elle appartient soit aux choses, soit aux biens, selon son caractère renouvelable ou non. La ressource EMR est une chose et non un bien **(a)** mais elle pourrait être dotée d’une certaine valeur d’usage **(b)**.

a) La ressource EMR est une chose

Les choses peuvent être corporelles ou incorporelles. Selon G. CORNU, les choses corporelles sont des choses « tangibles, palpables » qui ont « une existence concrète », et les choses incorporelles sont « impalpables, immatérielles ». Les choses corporelles ont un « corps », une matérialité. Elles sont « tangibles et tombent en principe sous les sens »¹⁰⁰⁴, même si certaines sont à la limite du corporel, tels les fluides, les ondes hertziennes, l’électricité, les radiations. La matérialité des choses ne cesse pas aux frontières de l’invisible, de l’in audible et de l’impalpable¹⁰⁰⁵. Ainsi « est corporel tout ce qui n’est pas pur esprit, objet séréphique de la pensée¹⁰⁰⁶».

La Cour de Cassation a qualifié les vagues de chose susceptible de provoquer des dommages. En effet, dans une décision de la 2^e chambre civile du 10 juin 2004¹⁰⁰⁷, elle a confirmé un arrêt de la Cour d’appel de Bastia¹⁰⁰⁸ qui avait condamné la SNCM dans une affaire de noyade causée par des vagues déclenchées par le passage d’un de ses navires, considérant que ce navire était gardien des vagues provoquées par son sillage. La notion de chose en droit fait assurément partie des notions les plus difficiles à définir. Ainsi les ressources EMR, que ce soit la force cinétique produite par l’eau de mer (vagues, courants) ou l’air en mouvement (vent), ou l’utilisation des propriétés thermique (ETM) ou chimique de l’eau de mer (énergie osmotique), sont des choses corporelles.

¹⁰⁰⁴ G. CORNU, *Jcl. civil*, Biens, 04- 2011

¹⁰⁰⁵ P. CATALA, *La matière et l’énergie*, in *L’avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz PUF 1999, p. 557 s, n°16.

¹⁰⁰⁶ D.R. MARTIN, « Du corporel », *Rec. Dalloz* 2004, p.2285.

¹⁰⁰⁷ Cass. Civ. 2^e, 10 juin 2004 *Bull.civ.II*, n°293.

¹⁰⁰⁸ CA Bastia, ch. Civ. 14 novembre 2002.

Les choses sont ensuite classées en choses appropriables, les *res nullius* et en choses non appropriables, les *res communis* ou choses communes.

La *res nullius* est une chose qui n'est pas appropriée mais est appropriable, telles les algues microscopiques, riches en triglycérides dont l'utilisation pour la production d'énergie durable est possible¹⁰⁰⁹, notamment les biocarburants¹⁰¹⁰.

La *res communis* ou chose commune est une chose « pouvant être utilisée(s) indépendamment de toute appropriation, individuelle ou collective¹⁰¹¹ ». Son inappropriation peut tenir, *ab initio*, à sa nature. Ainsi « l'air, la lumière, l'eau courante ou encore les idées doivent profiter à tous et n'ont donc pas de maître qui puisse en disposer privativement. Il y a en ces choses un principe universel qui commande qu'elles soient laissées à l'usage commun de tout le monde¹⁰¹² ». La question de l'inappropriabilité par nature des choses communes divise depuis longtemps la doctrine. Pour certains, leur inappropriabilité tient à un état de fait, à la nature physique des choses communes¹⁰¹³. Pour d'autres, cette inappropriabilité *de facto* n'est pas évidente, toute chose pouvant finalement être appropriée. Ce n'est donc bien souvent que grâce à l'adoption d'actes de droit positif interdisant l'appropriation notamment par la protection de l'usage commun que la chose commune peut être qualifiée ainsi en droit et non en fait¹⁰¹⁴. L'eau de mer¹⁰¹⁵ et l'air, qui sont à l'origine des ressources EMR, sont des choses communes au sens de

¹⁰⁰⁹ B. LE BAUT-FERRARESE, *Traité de droit des énergies renouvelables*, 2^e édition, Le Moniteur, 2012, p.89 ; p. 33.

¹⁰¹⁰ L'étude de ces ressources énergétiques ne sera pas développée dans notre étude, celle-ci se focalisant sur la production d'électricité.

¹⁰¹¹ F. TERRE, P. SIMLER, *Droit civil, les biens* 8^e éd. Précis Dalloz 2010, n°7, p.8. Selon certains auteurs, « la chose commune a trois caractéristiques : elle n'est pas produite par l'homme et se renouvelle selon des processus naturels, elle est indispensable à la vie et peut faire l'objet d'une consommation collective » (M-L DEMEESTER et L. NEYRET, « Environnement et droit des biens », dans *Environnement Jcl.* sept.2007, mise à jour sept.2011).

¹⁰¹² G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD Civ.*2000 p 47 : Grégoire Loiseau a classé les choses communes parmi les choses hors du commerce par nature en raison de leur caractère inappropriable. Il entend ici par choses hors du commerce les choses qui sont hors du commerce juridique, c'est-à-dire l'ensemble des actes juridiques dont une chose peut être l'objet, non seulement les actes juridiques à titre onéreux et en ce sens les choses communes sont dans un premier temps hors du marché mais aussi les actes à titre gratuit.

¹⁰¹³ Le droit romain classait déjà dans la catégorie des *res communes* l'air, l'eau courante, la mer et le rivage de la mer. J. DOMAT a ajouté à cette liste la lumière (J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre I, Paris, 1777, p.23) et P. MALLAURIE et L. AYNES la chaleur solaire (*Droit civil, Les biens*, Defrénois 2007 n°164). Voir aussi C. ATIAS, *Jcl. Civil*, Art 714, 05-2011. Il est toutefois admis par la doctrine qu'une fraction de chose commune puisse être appropriée et devenir un bien (F. Terré, P. Simler, *Droit civil, les biens* 8^e éd. Précis Dalloz 2010, n°7, p.8). Un industriel par exemple peut prélever de l'eau qu'il revendra en bouteille après conditionnement. Ballons d'oxygène et bouteilles d'air liquide appartiennent à leur industriel, un établissement de thalassothérapie peut s'approprier des portions d'eau de mer à l'aide de prises de débit sur autorisation de l'Administration.

¹⁰¹⁴ M-A CHARDEAUX dans sa thèse sur *Les choses communes* (M-A CHARDEAUX, *Les choses communes*, n°108 et s p 132.) rejointe par M-A BORDONNEAU (M.A BORDONNEAU, *Regard juridique sur la double nature de l'eau*, Ed. Johannet 2009, n°143 p.73) considère que la qualification de chose commune inappropriable ne découle pas de leur nature même mais est simplement une norme édictée par le droit. « Ce n'est donc pas une loi de la nature mais bien une norme juridique qui exclut les *res communes* de la classe des biens. Comme toute norme, la norme d'inappropriabilité est créée par le législateur *lato sensu* en vue d'une finalité précise. En l'occurrence, elle a pour but de garantir l'usage commun des choses communes ». Les choses communes sont ainsi rétives à toute exclusivité, qu'elle soit publique, privée ou collective. Leur usage est commun à tous.

¹⁰¹⁵ L'usage commun de la mer sera analysé *infra* en Section II.

l'article 714 du code civil. Des lois de police protègent le caractère commun de leur usage. Dans le domaine de l'exploitation de l'énergie solaire, le rayonnement solaire est considéré comme une chose commune¹⁰¹⁶, tout au moins en fait¹⁰¹⁷.

Les ressources EMR sont-elles dotées de la même nature juridique que l'eau de mer et l'air dont elles sont issues ? L'énergie cinétique des vagues n'est pas seulement transformée en énergie mécanique aux fins de production d'électricité, mais elle est aussi exploitée par le surfeur. Au Royaume Uni, la communauté des surfeurs, notamment un collectif créé sous le nom de « *Surfers Against Sewage* » (SAS), a établi un rapport « *Waves Are Resources* » (WAR)¹⁰¹⁸ dans lequel ils soulignent la valeur économique et sociale de la vague, non seulement pour les développeurs d'énergie houlomotrice et les surfeurs mais aussi pour la communauté toute entière. Ils ont également élaboré un guide à l'attention des développeurs d'énergie marine afin que ces derniers prennent en compte les spots de surf dans le cadre de l'évaluation des impacts environnementaux des projets. Ces spots sont détectés en tant que « *Sites of Special Surfing Interest* » (SSSI). Aux États-Unis, un spot de surf est qualifié par le NEPA (*National Environmental Policy Act*) de « ressource naturelle culturelle » devant être prise en compte par tous les utilisateurs professionnels de la mer. Le Pérou a adopté en 2000 une loi destinée à protéger les spots de surf¹⁰¹⁹. Lors du débat public relatif au projet de parc éolien en mer de Saint-Brieuc, les surfeurs du Cap-Fréhel, l'un des spots les plus réputés de Bretagne, ont émis des craintes quant à « l'impact perturbateur des cent éoliennes sur les houles qui créent les vagues tant recherchées »¹⁰²⁰. Ainsi les ressources EMR, que ce soit la force cinétique du vent ou de l'eau de mer, sont à l'usage de tous.

Néanmoins, leur mise en valeur aux fins de production d'électricité requiert une certaine exclusivité d'usage. Si les ressources EMR utilisées pour produire de l'électricité sont réservées aux exploitants de parcs EMR, elles ne semblent pas pouvoir être qualifiées de choses communes, dans la mesure où leur usage n'est plus commun à tous. Quelle est donc leur nature juridique ? Peuvent-elles être des biens ? D'après F. ZENATTI et T. REVET, « les biens sont les choses dont l'utilité justifie l'appropriation¹⁰²¹ ». Selon ces auteurs, les biens sont des choses

¹⁰¹⁶ D. BAILLEUL (dir.), *L'énergie solaire Aspects juridiques*, Université de Savoie, Lextenso éditions, 2010 p.133.B. PETIT, « Le droit du solaire : petit embryon deviendra grand », *Gazette du Palais*, 19 janvier 2006 n°19, p.18.

¹⁰¹⁷ M-A CHARDEAUX *op.cit.*, n°154, p.183.

¹⁰¹⁸ Publié par *Surfers Against Sewage* » (SAS) en aout 2010 www.sas.org.uk

¹⁰¹⁹ *La Ley de Preservacion de Las Rompientes Apropiadas para la Practica Deportiva* (n°27280)

¹⁰²⁰ CNDP, Bilan du débat public. Projet de parc éolien en mer au large de la baie de Saint-Brieuc. 25 mars-24 juillet 2013, dressé par le Président de la CNDP le 19 septembre 2013, p.8.

¹⁰²¹ In *Les biens*, 3^e éd. PUF 2008, p18.

qui procurent des utilités à l'homme. Toute énergie n'est pas utile, si elle n'a pas quelques qualités : l'énergie libérée par la foudre, un séisme ou une éruption volcanique est considérable, mais elle n'est pas utile¹⁰²².

Les ressources EMR sont en théorie très abondantes. Toutefois, les ressources qui sont exploitables d'un point de vue technique et sur la base de critères de rentabilité de l'opération de production d'électricité sont infiniment moins abondantes que les ressources théoriques, potentielles. Le potentiel *théorique* de la production d'électricité à partir de l'ensemble des EMR a été évalué à 2,34 millions de TWh/an¹⁰²³. Ce potentiel est néanmoins difficilement exploitable en totalité si l'on prend en compte toutes les contraintes physiques et économiques, notamment l'éloignement de la côte, qui aggrave le coût du raccordement électrique des parcs EMR aux réseaux électriques terrestres, le coût des investissements à consentir pour ces technologies en devenir et celui des subventions nécessaires au rachat de l'énergie encore trop coûteuse qu'elles produisent. Le potentiel *techniquement* exploitable des EMR est ainsi estimé au maximum à 108 000 TWh/an¹⁰²⁴, ce qui demeure considérable. Ainsi, le potentiel théorique mondial de l'éolien en mer est évalué à 340 000 TWh par an, tandis que son potentiel techniquement exploitable est de 16 000 TWh par an¹⁰²⁵. Le potentiel théorique mondial de l'énergie des courants (courants de marées et courants marins) est estimé à 26 000 TWh par an, dont 8 800 TWh localisés dans des bassins côtiers peu profonds¹⁰²⁶. Le potentiel théorique mondial de l'énergie des vagues est estimé quant à lui à 32 000 TWh par an, tandis que son potentiel techniquement exploitable est évalué à un peu moins de 6 000 TWh par an¹⁰²⁷.

Les gisements de ressources EMR gagnent ainsi en rareté. Ces ressources présentent une certaine utilité, puisqu'elles sont nécessaires pour produire de l'électricité, mais cette utilité ne peut se concevoir comme condition suffisante pour en faire un bien. Les choses utiles ne deviennent des biens que lorsque le bienfait ne peut en être sans appropriation.

Il n'y a pas de biens sans rareté. La rareté impose l'appropriation des choses utiles et conditionne la possibilité de les échanger contre d'autres valeurs. Constitue donc un bien toute entité identifiable et isolable, pourvue d'utilités et objet d'un rapport d'exclusivité. La notion d'utilité renvoie à une appréciation quantitative de la chose par la valeur que celle-ci lui confère

¹⁰²² M. LAMOUREUX, « Le bien énergie », *RTD Com.* 2009.

¹⁰²³ y compris la biomasse marine et l'énergie osmotique (gradient salin) non couverts par la présente étude ; voir A. G. L. Borthwick, « Marine Renewable Energy Seascape », *Engineering 2* (2016) 69–78.

¹⁰²⁴ *Ibid.* y compris le potentiel technique des énergies thermiques marines (ETM).

¹⁰²⁵ A. G. L. Borthwick, « Marine Renewable Energy Seascape », *Engineering 2* (2016) 69–78

¹⁰²⁶ A. G. L. Borthwick, « Marine Renewable Energy Seascape », *Engineering 2* (2016) 69–78; Rapport du World Energy Council, *World Energy resources, Marine Energy* 2016.

¹⁰²⁷ A. G. L. Borthwick, *op. cit.*

et qui permet sa cessibilité. Une partie de la doctrine considère que c'est le caractère appropriable d'une chose qui lui confère la qualité de bien¹⁰²⁸.

b) La ressource EMR et la notion de valeur

Le Processus consultatif informel sur les océans et le droit de la mer de l'ONU lors de la tenue de sa treizième réunion en 2012 a souligné l'importance de « la *mise en valeur* des énergies marines renouvelables », grâce aux investissements dans les technologies nouvelles¹⁰²⁹. Qu'entend-on par « mise en valeur » des ressources EMR ? Il convient à ce stade de la réflexion de distinguer valeur d'usage et valeur d'échange. Seule la valeur d'échange fait l'objet d'un marché, et non la simple valeur d'usage. La valeur d'usage ne concerne que l'utilisateur, elle est synonyme de l'utilité que lui seul peut en tirer **(b2)**. En revanche la valeur d'échange traduit l'utilité pour les autres, la possibilité de satisfaire leurs besoins.¹⁰³⁰ **(b1)**

b-1) Valeur d'échange

Les ressources EMR ne constituent pas des biens cessibles pouvant être échangés sur un marché¹⁰³¹, contrairement à l'énergie secondaire qu'est l'électricité. Relativisant toutefois la conception traditionnelle selon laquelle les éléments de l'environnement tels que l'air, l'eau, par nature inappropriables, sont réfractaires à l'appel du marché, Marina TELLER constate une extension de la sphère marchande au domaine non marchand : « Le conflit entre marché et environnement a été résolu par la négative, par l'exclusion de l'un par l'autre. Mais cette exclusion de principe n'a pas résisté à l'épreuve des faits : la dénégation d'une appropriation de l'environnement n'a pas nécessairement pour corollaire son exclusion des marchés financiers¹⁰³² ». Il a déjà été démontré que marché et biens environnementaux, y compris des éléments de l'environnement inappropriables tel que l'air, pouvaient cohabiter : marché des quotas, biobanques, marchés de la compensation, bien que ce dernier ne soit pas un marché financier semblable à celui des quotas.

Ainsi, même si les éléments de l'environnement ne sont pas appropriables par les mécanismes classiques de la propriété, ils n'en sont pas moins pourvus de valeur. Quels sont les critères

¹⁰²⁸ R. LIBCHABER, *Rép. civ. Dalloz* « Biens », sept.2009, n°7.

¹⁰²⁹ Assemblée générale des Nations unies A/67/50

¹⁰³⁰ M. TORRE.SCHAUB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, LGDJ, Paris, p.23 et s.

¹⁰³¹ B. LE BAUT-FERRARESE, « Marché des énergies renouvelables et droit du libre-échange », in *Défis énergétiques et droit international*, sous la direction de S. DOUMBE-BILLE, Larcier 2011, p.179 : « La situation de ce droit (celui du libre-échange) est celle de l'absence de marché : les individus voudraient acheter ou vendre ces sources d'énergie, bref les échanger, qu'ils ne trouveraient pas de marché pour le faire ».

¹⁰³² M. TELLER, « les marchés financiers, régulateurs de la politique environnementale », *Bulletin Joly Bourse*, 01 mai 2005 n° 3, P. 211.

d'attribution d'une valeur aux éléments de l'environnement ? M. TELLER souligne que « la rareté des ressources naturelles a pour corollaire une valeur potentiellement marchande, qui sera d'autant plus grande que la ressource est rare. C'est un mécanisme bien connu, celui de l'offre et de la demande, mécanisme typique des marchés¹⁰³³». D. BRIAND va plus loin en dépassant le simple stade du constat pour souhaiter une extension du marché aux éléments de l'environnement. Selon elle, le marché doit s'adapter et davantage intégrer des dimensions environnementales. Il doit « se préoccuper de tous les supports, et si le support est l'environnement, alors celui-ci est digne de protection à ce titre et le droit du marché sera instrumentalisé à son profit¹⁰³⁴».

Elle avance l'idée que la nature puisse devenir « ressources naturelles essentielles », faisant référence à la théorie des facilités essentielles¹⁰³⁵. On peut ainsi concevoir que l'utilisateur des ressources naturelles en a un usage libre, même s'il ne peut revendiquer à proprement parler une propriété. Mais ce qui importe, davantage que la propriété, c'est l'usage qui est fait du bien ou des ressources et les utilités que l'on en ressort. En supposant que l'on puisse un jour qualifier la nature de ressource naturelle essentielle, il serait ainsi possible de se baser sur la notion d'abus de position dominante pour atteindre à l'usage de cette ressource essentielle afin d'intenter une action sur la base des articles 102 du TFUE ou L.420.2 du code de commerce. G. GUEGUEN-HALLOUET a émis l'hypothèse d'une imputation à l'État d'un éventuel abus de position dominante de la part d'un exploitant de parc éolien en mer, cette position dominante résultant du droit exclusif accordé au lauréat d'un appel d'offre d'exploiter le gisement éolien localisé dans le lot attribué¹⁰³⁶.

¹⁰³³ *Ibid.*

¹⁰³⁴ D. BRIAND, « Régulation environnementale et droit de la concurrence », in *La régulation environnementale*, Collection Droit et Économie sous la direction de M-A FRISON-ROCHE, LGDJ, 2012, p.117 et s.

¹⁰³⁵ Définition donnée par la Commission de Bruxelles et reprise par la CA de Paris dans l'arrêt du 9 septembre 1997 (affaire *Heli-Inter*) : « les ressources essentielles désignent des installations ou des équipements indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables » ; C. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF Paris 2002, p.204 : « lorsque la rareté tient à la nature du bien ou au choix politique (et non pas à des raisons circonstancielles qui peuvent être corrigées par le mécanisme du marché), le marché ne peut pas créer les ressources manquantes : fréquence de téléphones mobiles, créneaux d'atterrissage, réseaux de transport d'électricité ou réseau ferré. On devrait plutôt dire théorie des moyens essentiels ».

¹⁰³⁶ G. GUEGUEN-HALLOUET, « Appel d'offres éolien en mer et règles européennes de concurrence », in *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques*. Actes du colloque de Brest 11 et 12 octobre 2012. Éditions Pédone 2013, p. 105.

b-2) Valeur d'usage

La ressource EMR pourrait être dotée d'une valeur d'usage pour l'exploitant d'un parc, contrairement à l'électricité que ces ressources permettent de produire. L'électricité est en effet utile pour satisfaire les besoins des individus et elle peut être échangée sur un marché.

Pourrait-on à ce propos qualifier les ressources EMR de « valeur », dans une catégorie située entre la chose commune et le bien, comme cela avait été proposé pour l'eau ? En effet, bien que l'eau soit majoritairement qualifiée de chose commune¹⁰³⁷, elle fait souvent l'objet de tentatives d'appropriation. A. GAONAC'H considère qu'elle a une valeur économique, qu'elle est une « ressource économique ». Il a d'ailleurs proposé dans son ouvrage sur *La nature juridique de l'eau*¹⁰³⁸, de créer pour elle une nouvelle catégorie du droit des biens : la valeur, qui se situerait entre la chose commune et le bien. En effet, il explique que dans notre droit en principe tout ce qui a une valeur est un bien approprié. Or l'eau a sans conteste une valeur économique mais ne peut pas toujours être appropriée. L'eau aurait selon lui une valeur d'usage parce qu'elle serait utile et de plus en plus rare. Mais parce que de plus en plus rare, elle nécessite d'être protégée, elle est aussi une valeur environnementale. Il en conclut que l'eau est une valeur commune. L'article L.211-1 I 5° du c. env. traite de la « valorisation de l'eau comme ressource économique, en particulier pour le développement de la production d'électricité d'origine renouvelable. F. DUHAUTOY démontre quant à lui que l'eau constitue tantôt une *res communis*, dont l'usage est libre, tantôt un bien, immeuble notamment, lorsqu'il s'agit d'une « réserve hydrique fermée » associée à un fonds¹⁰³⁹.

On peut évoquer à ce propos le cas de l'énergie hydraulique. En effet, l'État contrôle l'usage de la ressource hydraulique et ne s'est pas approprié la ressource elle-même. Selon Jean POIRET dans son ouvrage de référence relatif au droit de l'hydroélectricité¹⁰⁴⁰, « la loi de 1919 n'a (..) nullement ni pour objet ni pour effet de s'appliquer de façon immanente à toute force cinétique présente dans tout cours d'eau, lacs et marées ; au lendemain de sa promulgation, ces cours d'eau, lacs et marées ne sont nullement passés sous l'autorité de cette loi du seul fait de sa publication. Ce que régit la loi n'est pas la force hydraulique, mais l'usage de cette force. La

¹⁰³⁷ Cette classification en chose commune n'est pas justifiée par la nature physique de l'eau, son caractère mobile, quasi impalpable, qui empêche son appropriation. Le gaz est doté lui aussi d'un caractère impalpable qui n'a pourtant pas contrarié son classement dans la catégorie des biens (M. LAMOUREUX, « Le bien énergie », *RTD Com* 2009 p.239, n°4). Ce qui justifie en réalité le classement de l'eau en chose commune c'est le fait qu'elle soit indispensable à la vie, comme l'air notamment.

¹⁰³⁸ Ed. Johanet, 1999, p.39 et s.

¹⁰³⁹ F. DUHAUTOY, *L'accès à l'eau, droit de l'Homme ou loi du marché ?* Éditions Johanet, Paris 2015, pp.52 et s ; p. 249.

¹⁰⁴⁰ J. POIRET, *Droit de l'hydroélectricité*, Économica 2004, p.56.

loi n'a aucun effet tant qu'un artifice n'est pas mis en œuvre (ou prévu pour cette mise en œuvre) pour capter cette force et la transformer en énergie mécanique ; la loi ne réglemente pas la force contenue dans l'écoulement de l'eau mais seulement l'utilisation par l'homme de cette force ; tant qu'aucun aménagement pour la capter n'est prévu (dépôt officiel du dossier de demande) ou ne fonctionne, cette loi demeure sans effet ».

La doctrine est divisée sur le traitement juridique à attribuer à cette force hydraulique. Selon B. Le BAUT-FERRARESE, cette force ne peut a priori pas faire l'objet de propriété privée par l'exploitant mais d'un simple droit d'usage « qui, s'il est proche d'un droit réel immobilier, ne doit cependant pas être confondu avec le droit de propriété¹⁰⁴¹ ». L'objet de la loi de 1919 est de restreindre l'accès et l'usage de la ressource hydraulique et non d'accorder des droits de propriété privée à son encontre. A qui appartient-elle alors ? A l'État ? En 1920, le Syndicat des Forces hydrauliques¹⁰⁴² déclarait que « l'énergie contenue dans les chutes d'eau est considérée comme un bien national dont la propriété ne se confond pas avec celle du terrain sur lequel se trouve la chute ». Selon V. INSERGUET-BRISSET, dans sa thèse intitulée *Propriété publique et Environnement*, « la loi du 16 octobre 1919 considère l'énergie hydraulique comme un bien nouveau dont l'État maîtrise l'utilisation », portant ainsi atteinte à la propriété privée, mais sans se prononcer sur son statut. Lors des discussions parlementaires préalables au vote de la loi de 1919, un amendement visant à intégrer cette ressource dans le domaine public de l'État a été refusé¹⁰⁴³. Pour certains, cette « richesse nationale » serait passée dans le domaine privé de l'État¹⁰⁴⁴.

Pour trancher la question, B. Le BAUT-FERRARESE propose de considérer, comme la majorité des auteurs, que l'État, sans s'être approprié stricto sensu cette ressource, l'a en quelque sorte nationalisée. J. POIRET évoque ici plutôt une « nationalisation fonctionnelle » qu'une nationalisation « organique ». La nationalisation organique vise à la fois une activité et l'organisme chargé de cette activité. La loi de 1919 a permis une nationalisation fonctionnelle de l'énergie hydraulique, l'organisme exploitant cette énergie pouvant rester un opérateur privé mais chargé d'un service public, à savoir la production d'énergie d'origine hydraulique¹⁰⁴⁵. Cette nationalisation, selon J. POIRET, ne concerne que les cours d'eau non domaniaux, puisque l'État avait déjà le contrôle de la force hydraulique sur les cours d'eau domaniaux avant 1919. Par contre sur les cours d'eau non domaniaux le droit d'user de la force de l'eau était un

¹⁰⁴¹ *Traité de droit des énergies renouvelables op.cit.* n°166 p.89.

¹⁰⁴² *Syndicat des forces hydrauliques*, Commissions et rapports divers, 1920 p.4, cité par J. POIRET *op.cit.* p.57.

¹⁰⁴³ J. POIRET *op.cit.* p.57.

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*

¹⁰⁴⁵ *Ibid* p.58.

droit privé faisant partie du patrimoine du propriétaire riverain. La loi de 1919 a en quelque sorte fait passer ce droit du patrimoine privé au patrimoine de l'État. Ainsi, si la force hydraulique ne fait pas partie du domaine public de l'État, il semble que son usage en soit partie intégrante. Depuis la loi de 1919 l'usage de la force hydraulique appartient en quelque sorte à l'État quel que soit le classement du cours d'eau, domanial ou non.

Le statut juridique de l'eau ne préjuge pas du statut juridique de la force qui s'en dégage. Quant à l'eau de mer, si elle constitue une chose commune dont l'usage est commun à tous, la force motrice de l'eau de mer pourrait, comme l'eau douce, voir son usage contrôlé par l'État, tout au moins aux fins de production électrique.

Si l'État envisageait un contrôle de l'ensemble de la ressource EMR, serait-il possible d'envisager la création d'un domaine public énergétique en mer à l'instar du domaine public hertzien ? C'est la pénurie de fréquences qui a motivé la soumission du réseau hertzien au régime de la domanialité publique¹⁰⁴⁶. L'article L.2111-17 du CG3P dispose en effet que « les fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République relèvent du domaine public de l'État ». L'État perçoit une redevance pour l'utilisation de la force de l'eau dans le cadre de la production d'énergie hydraulique, outre la redevance d'occupation du domaine public fluvial. La création d'un domaine public relatif aux seules ressources EMR éviterait d'avoir à inclure l'eau de mer dans le domaine public maritime¹⁰⁴⁷. La France n'a en effet pas intégré ses eaux territoriales dans son domaine public maritime, contrairement à l'Espagne¹⁰⁴⁸ et au Portugal¹⁰⁴⁹.

Quelle que soit la nature juridique de la ressource EMR, et bien qu'on puisse lui attribuer une certaine valeur, elle n'est pas appropriable, ne fait pas l'objet de propriété et ne fait pas non

¹⁰⁴⁶ M.MOLINER-DUBOST, « Requiem pour le principe d'incessibilité des autorisations administratives », *AJDA* 2004, p.2141 et s.

¹⁰⁴⁷ La loi du 28 novembre 1963 n'a pas déterminé le régime juridique de l'eau de mer. Selon N. CALDERARO¹⁰⁴⁷, le problème n'a pas été évoqué clairement lors des débats parlementaires et il faut admettre que dans le silence du texte, on a voulu exclure l'eau de mer de la domanialité publique. Si le législateur a pris soin de préciser qu'outre le sol de la mer territoriale, le sous-sol était aussi incorporé au domaine public maritime, c'était bien parce qu'il ne pouvait y avoir ici application automatique du principe énoncé à l'article 1^{er} de l'article 552 du code civil : « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous ».

Le Conseil d'État a considéré que la mer ne fait pas partie du domaine public, notamment dans l'arrêt *Thireaut* du 24 mai 1935, où il refuse de reconnaître l'existence d'une contravention de grande voirie dans une situation où un radeau avait été mouillé sans autorisation du service des ponts et chaussées en un point des eaux territoriales situé en dehors du rivage de la mer et dans une rade ne formant pas dépendance d'un port¹⁰⁴⁷. Le Conseil d'État a confirmé sa position dans son arrêt *Dame Galli*¹⁰⁴⁷ du 27 juillet 1984 en énonçant que les eaux de la mer territoriale ne font pas partie du domaine public maritime.

¹⁰⁴⁸ L'article 132-2 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 stipule qu'« appartiennent au domaine public de l'État les biens déterminés par la loi et, dans tous les cas, la zone maritimo-terrestre, les plages, les *eaux territoriales*, et les ressources naturelles de la zone économique et du plateau continental ».

¹⁰⁴⁹ L'article 84-1 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976 dispose qu'« appartiennent au domaine public : a) *les eaux territoriales* ainsi que les fonds marins y correspondant et contigus, les lacs, les lagunes et les cours d'eau navigables et non navigables ».

plus l'objet d'un marché. Se pose donc la question de savoir comment la chose commune qu'est la mer peut engendrer sur le plan juridique la création d'un bien tel que l'électricité ? En effet, les propriétés cinétique, thermique, et chimique de la mer et de l'air sont transformées en énergies mécanique, puis électrique.

B- La valorisation économique de la chose commune.

Quelle est l'opération juridique de transformation (1) permettant de passer du monde du « hors marché » au marché de la production électrique (2) ?

1- Le mode d'acquisition de la propriété du bien électricité

L'article 714 du code civil dans son 2^e alinéa prévoit la possibilité de « jouir » des choses communes. M.-A. CHARDEAUX relève ainsi deux modes d'utilisation des choses communes : non seulement l'usage, commun en l'occurrence, mais aussi la jouissance. En effet les choses communes peuvent faire l'objet d'une exploitation. C'est le cas notamment de l'exploitation des grands fonds marins, qualifiés de patrimoine commun de l'humanité, sacralisation de la chose commune¹⁰⁵⁰.

Mais comment cette exploitation peut-elle engendrer de l'électricité, qualifiée en droit de bien¹⁰⁵¹ ? Autrement dit, quelle est la nature juridique de l'opération d'appropriation ?

Les articles 711 et 712 du code civil prévoient différents modes d'acquérir la propriété. Soit l'acquéreur tient ses droits de son prédécesseur par acte unilatéral ou convention ; il s'agit de l'acquisition dérivée de la propriété. Soit l'acquéreur n'est l'ayant cause de personne, dans ce cas c'est l'acquisition originaire de la propriété par accession (b) ou par occupation (a). L'acquéreur est ici le premier propriétaire de la chose. Dans le cas de la production d'électricité à partir des ressources EMR, nous nous situons dans le deuxième cas, soit l'acquisition originaire.

a) L'occupation pourrait s'appliquer ici si les ressources EMR étaient considérées comme choses sans maître, ou *res nullius*, ce qui semble peu probable. L'occupation est un mode

¹⁰⁵⁰ M.-J. DEL REY, « La notion controversée de patrimoine commun », *Rec. Dalloz* 2006, p.388 ; C. ATIAS, *Jcl. Civ. Code art. 714*, Fasc. unique ; Les modes d'acquisition de la propriété. Choses communes, 26 juillet 2011, n°17 : en traitant de l'article 714 du code civil : « Les chose communes (...) sont rebelles à l'appropriation (...) aucun titulaire ne peut en revendiquer la propriété. L'usage même que chacun en fait n'est pas démembré d'une propriété. Il faudrait peut-être y voir les objets du patrimoine commun de l'humanité, si la notion devait recevoir une portée civile. Le code de l'environnement les range sous la bannière du « patrimoine commun de la nation (C. env. art. L.110-1 et 210-1). Voir M.A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, n°161 et s, p.191 : sur le patrimoine commun de l'humanité ».

¹⁰⁵¹ M. LAMOUREUX, « Le bien énergie », *RTD Com* 2009 p.239, n°4.

originaires d'acquisition de la propriété, elle est un moyen d'acquérir une chose qui n'appartient à personne, par une prise de possession faite avec l'intention d'en devenir définitivement propriétaire¹⁰⁵². Il est possible de s'approprier des fractions de choses communes par occupation, comme l'eau notamment qui peut être prélevée et revendue en bouteille, mais les ressources EMR paraissent difficilement appropriables en tant que telles. Seul leur usage peut être approprié.

M-A CHARDEAUX a d'ailleurs critiqué l'idée d'une chose commune qui serait un agglomérat de choses sans maître : « Les choses communes qui se prêtent à une réservation fragmentaire ne sont manifestement pas des « agglomérats de biens ». S'agissant de l'air et des eaux courantes, il va de soi qu'ils ne sont pas composés d'une pluralité de biens identiques ou hétérogènes. L'infime fraction d'eau qu'il est possible de s'approprier par occupation n'existe pas en tant que bien autonome et distinct de la chose commune avant son prélèvement. C'est le prélèvement qui fait de la fraction un bien distinct de la chose commune. Mais c'est alors bien trop tard pour la considérer comme un élément constitutif de la chose commune puisqu'elle n'en fait plus partie. ». L'occupation n'est donc pas un mode d'appropriation pertinent, d'autant plus que la ressource est transformée, l'énergie cinétique devenant de l'énergie mécanique puis électrique.

b) L'autre mode d'acquisition originaires de la propriété est prévu par l'article 546 du code civil et consiste dans l'accession, soit par production de la chose, de fruits ou produits, soit par incorporation à celle-ci. Cet article énonce en effet que « la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle « droit d'accession » ».

Les deux cas de figure requièrent la propriété initiale de la chose. Si les choses communes peuvent être à l'origine de biens¹⁰⁵³, ceux-ci sont difficilement assimilables à des fruits ou à des produits sur la base des critères classiques du droit civil. En effet, « le fruit désigne habituellement une excroissance sécrétée périodiquement par la chose dont le détachement n'altère pas la substance. Le fruit est ce que la chose crée par opposition au produit qui incarne une fraction de la substance de la chose. Or le bien issu d'une chose commune n'altère pas la substance de la chose. Il ne peut donc s'agir d'un produit. N'étant pas sécrété de manière périodique, il ne peut davantage être qualifié de fruit ».

¹⁰⁵² J. DJOUDI, « Occupation », *Rép. immo. Dalloz* Juin 2011 n°5, p.2.

¹⁰⁵³ M-A CHARDEAUX, *Les choses communes*, précité n°236 p.275.

Ce critère de périodicité est toutefois remis en cause par une partie de la doctrine¹⁰⁵⁴ pour qualifier les fruits. En tout état de cause, la référence aux fruits et aux produits en droit civil ne semble pas pertinente au regard des choses communes. L'article 546 du code civil traite des fruits et des produits engendrés par la chose dont on est propriétaire selon le principe de l'accession qui est une conséquence du droit de propriété. Or la propriété et la chose commune sont antithétiques.

L'article 551 du code civil concerne le deuxième cas d'accession par incorporation. Il stipule que « tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire ». Il semble là aussi délicat d'y voir une application dans la mesure où la propriété fait défaut. Parmi les cas d'accession par incorporation figure la spécification traitée aux articles 570 à 572 du code civil. La spécification consiste en la formation d'une chose nouvelle par le travail d'une personne sur la matière mobilière appartenant à une autre¹⁰⁵⁵. Il existe donc un conflit entre celui qui a fourni la main d'œuvre d'un côté et le propriétaire de la chose transformée, conflit que le code civil tente de régler via les articles précités. La propriété revient au propriétaire de la chose sauf si le travail a été plus important. M.-A. CHARDEAUX¹⁰⁵⁶, se référant à la thèse de S. BECQUET, *La spécification. Essai sur le bien industriel*, émet l'hypothèse que le travail des choses communes puisse relever d'une spécification. S. BECQUET a considéré que ce phénomène peut s'appliquer à des choses inappropriables. En effet selon lui, le conflit exposé dans le code civil au sujet de la spécification peut non seulement exister entre le travail fourni, la main d'œuvre, et la propriété de la chose, mais également entre le travail fourni et un intérêt préexistant autre que la propriété de la chose. « Il en va notamment ainsi lorsqu'un acte de production met en jeu un intérêt d'ordre éthique particulier attaché au matériau, par exemple lorsqu'il s'agit d'une matière vivante ».

Dans le cas des EMR, la transformation de la ressource énergétique en énergie électrique a bien lieu grâce à un travail, non pas de l'homme directement, mais par le biais d'artifices mis en place par lui, grâce à des équipements ayant fait l'objet de brevets d'invention après des années de recherche et développement¹⁰⁵⁷. Mais quel serait ici l'intérêt préexistant contrarié si la ressource EMR est qualifiée de chose utilisable par tous ? D'autre part, s'il existe indéniablement un apport en industrie dans la création de la chose appropriée qu'est l'énergie électrique, la matière première initiale, soit la ressource EMR, disparaît, elle n'est pas partie

¹⁰⁵⁴ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, Dalloz 2010 n°125 p.88, F. ZENATI et Th. REVET, *Les biens*, PUF 2^e éd. Refondue, 1997, n°77, p.98 et s.

¹⁰⁵⁵ F. TERRE et P. SIMLER *Droit civil Les biens Précis* Dalloz 2010 8^e éd. n°247 p.218.

¹⁰⁵⁶ M.-A. CHARDEAUX *op.cit.* n°237 p.276.

¹⁰⁵⁷ M. TORRE.SCHAUB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché* », LGDJ, Paris, p.69 : « Il est toujours malaisé d'introduire la nature dans le marché. Elle l'est cependant par le biais des brevets, par le critère du travail et de l'activité sur l'objet ».

intégrante du produit fini. Le lien de causalité direct entre la chose inappropriable et l'apparition d'une chose appropriée qu'est l'électricité est ainsi loin d'être évident.

Faut-il alors chercher la source du droit de propriété de l'électricité produite dans la propriété de l'engin EMR, sur la base de l'article 546 du code civil précité ? Grâce à ce « *droit d'accession* », le propriétaire acquiert les accessoires que produit sa chose ou qui s'unissent ou s'incorporent à elle¹⁰⁵⁸. L'accession par incorporation est-elle envisageable ici ? L'énergie électrique issue des ressources EMR n'est pas réellement un fruit des installations EMR et ne s'incorpore pas non plus à l'engin EMR, pas plus que la ressource.

Dès lors, le propriétaire de l'engin EMR devient propriétaire de l'énergie produite par l'engin, grâce à la ressource énergétique marine qui n'est en fait qu'utilisée par la machine mais non incorporée au bien produit, contrairement à une matière première¹⁰⁵⁹. Cette hypothèse a été émise à propos de la production d'énergie solaire : « par ce mode d'appropriation, juridiquement, tout se passe comme si le rayonnement solaire disparaissait, et que, concomitamment, le panneau solaire produisait quasi-spontanément de l'énergie, appartenant au propriétaire du panneau¹⁰⁶⁰ ».

2- Le passage du « hors marché » au « marché »

C'est l'activité de l'homme qui permet ici de faire le passage du hors-marché au marché¹⁰⁶¹. L'exploitation économique de la chose commune permet de transformer les ressources EMR en électricité, de passer du domaine des choses inappropriables au bien.

Ces réflexions amènent à se demander si la production d'électricité EMR est un acte de commerce. L'acte de commerce est défini par l'article L.110-1 du code de commerce notamment comme « tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en œuvre ». Or l'exploitant de parcs EMR n'achète pas les ressources EMR, qui ne sont pas des biens meubles, sauf à tenir compte du coût considérable des études réalisées par les porteurs de projet pour détecter et quantifier la ressource EMR.

¹⁰⁵⁸ N. BINCTIN, *JCl. Civil Code*. Art. 565 à 577. Fasc. unique « Propriété. Droit d'accession relativement aux choses mobilières ». MAJ 5 sept. 2014.

¹⁰⁵⁹ N. BINCTIN *op.cit.* n°86 : « Dans une approche franchement prospective, l'énergie générée par l'exploitation de choses inappropriées, tels l'air ou l'eau de mer, appartient à celui qui a pris la peine de transformer ces énergies naturelles en énergie électrique. C'est un cas de spécification fondée sur l'article 551 du code civil. L'électricité appartient au propriétaire des installations de transformation, elle peut être analysée comme un fruit de celle-ci, mais on peut aussi y voir une transformation énergétique, ce qui est scientifiquement plus juste (voir P. CATALA, *La matière et l'énergie*, in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. TERRE*, Dalloz 1999, pp. 557 et s ».

¹⁰⁶⁰ D. BAILLEUL (dir.), *Énergie solaire, aspects juridiques*, Université de Savoie, 2011, p. 135.

¹⁰⁶¹ M. TORRE.SCHAUB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché* », LGDJ, Paris, p.55.

La Cour d'appel de Reims¹⁰⁶² a pourtant qualifié la production d'électricité d'origine hydraulique d'acte de commerce, en se basant sur une autre définition de celui-ci fournie par l'article L.110-1 du code de commerce, à savoir « toute entreprise de manufacture » ou « de fourniture ». Le Comité consultatif du Registre du commerce et des sociétés (CCRCS) a confirmé cette qualification dans le cadre de l'électricité d'origine photovoltaïque¹⁰⁶³.

Si la qualification de la production d'électricité EMR d'acte de commerce soulève encore des doutes, elle peut en revanche être qualifiée d'activité économique¹⁰⁶⁴, soit une activité ayant pour objet la production de biens à titre marchand¹⁰⁶⁵. La notion d'activité économique issue du droit de la concurrence attire vers le marché des activités au lieu de les préserver du commerce et de les maintenir hors marché. C'est bien le « but de la construction juridique du marché dans la jurisprudence de la CJCE, de fonder une société marchande qui a le gain comme mobile »¹⁰⁶⁶.

C'est ici, souligne M. TORRE.SCHAUB, que réside « la force de la notion du droit de la concurrence et la force du nouveau critère de la commercialité, c'est-à-dire la « marchandisation » des activités. A la différence de la notion d'acte de commerce utilisée en droit commercial, la notion d'activité économique concurrentielle ne respecte pas autant le monde du hors-marché et ne fixe pas les mêmes frontières que celles que la notion d'acte de commerce traditionnelle avait su respecter ou fixer. La notion d'activité économique du droit de la concurrence attire dans le marché des activités pourvu qu'elles aient une finalité économique, un bénéfice¹⁰⁶⁷».

Ainsi, en l'état actuel du droit, si le marché de l'électricité EMR participe dans une certaine mesure à la valorisation économique du domaine public maritime, elle ne constitue pas une source de valorisation économique en zone économique exclusive. L'application de la redevance au titre du nouvel article 27 de l'ordonnance du 8 décembre 2016 précitée au marché des EMR mérite d'être précisée. La qualification des ressources EMR de ressources naturelles valorisables pourrait constituer une autre piste de source de valorisation. Quoi qu'il en soit, la valorisation économique du milieu marin grâce au marché des EMR requiert une certaine exclusivité d'usage, qui peut sembler difficilement compatible avec le régime juridique d'utilisation du milieu marin, marqué par l'usage commun.

¹⁰⁶² CA Reims, Ch. civ. Sect. 1, 4 avril 1984, de T/ Sté *WECO*, arrêt n° 197/84 v JurisData n°. 1984-041975

¹⁰⁶³ CCRCS Avis n°2012-014 du 13 avril 2012.

¹⁰⁶⁴ Pour une analyse détaillée de la nature juridique de l'activité de production d'électricité EMR, voir PARTIE II. TITRE II.

¹⁰⁶⁵ Ce point sera analysé en 2° Partie, Titre I, Ch.2.

¹⁰⁶⁶ Ph. MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la CJCE*, LGDJ, Paris.

¹⁰⁶⁷ M. TORRE.SCHAUB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché* », LGDJ, Paris, p.64.

Section II- La valorisation économique du milieu marin à l'épreuve de l'usage commun

Malgré la diversité des régimes juridiques du milieu marin, sur le plan vertical¹⁰⁶⁸ ou horizontal¹⁰⁶⁹, une caractéristique leur est commune, à savoir l'absence d'exclusivité dans l'usage. L'usage commun est ouvert à tous, personne ne peut en être exclu, tout au moins de façon permanente. Comment ces régimes peuvent-ils s'articuler avec la coexistence d'activités concurrentes, dont le milieu marin est le théâtre, et réclamant néanmoins une certaine exclusivité dans l'usage du milieu marin ? L'usage commun est un usage concurrent, certes, mais devant répondre au principe d'égalité, de non-discrimination entre utilisateurs. Dès lors, il est impératif d'élaborer des outils de planification spécifiques aux activités en mer, impliquant sans doute des choix stratégiques entre elles. Des outils de planification ont certes été créés, mais ils se limitent à calquer des règles d'aménagement du territoire terrestre et à ne tenir compte que des spécificités du littoral, et non du milieu marin (§1).

La concurrence accrue entre les utilisateurs de la mer, que ce soit les exploitants de parcs EMR, les pêcheurs, les aquaculteurs ou les plaisanciers, requiert une régulation du milieu marin. Une régulation *ex ante* dessinant au préalable les règles de planification peut servir de cadre au déploiement de ces activités. La difficulté consiste alors à déterminer quelles sont les autorités régulatrices en la matière ? Dans la mesure où la colonne d'eau échappe à la domanialité, seules des lois de police peuvent la régir. Qui a le pouvoir de les édicter ? Comment les articuler avec le régime du domaine public maritime ? Des juristes canadiens se penchent sur le concept de cadastre marin afin de gérer l'occupation de l'espace maritime le plus efficacement possible, tant sur le plan économique qu'environnemental, grâce à l'octroi de *property rights*. Ce concept est-il toutefois transposable en France ? La régulation *ex ante* des usages concurrents en mer se double assurément d'une régulation *ex post*. En effet, la fixation de règles préalables à l'organisation de ces activités doit s'adapter à la nature mouvante de la colonne d'eau qui contrarie le caractère permanent que peut revêtir une planification terrestre. Cette planification préalable des usages n'empêchera pas la survenance de conflits dans l'occupation de l'espace (§2).

¹⁰⁶⁸ Régimes juridiques du sol de la mer, de la colonne et surface d'eau de mer, et espace aérien surjacent.

¹⁰⁶⁹ Régimes juridiques de la mer territoriale, de la ZEE et du plateau continental, et de la haute mer.

§- 1- L'accroissement de la concurrence face à l'usage commun

Si les parcs EMR sont implantés sur le sol marin, les engins étant soit construits ou fixés sur celui-ci, l'activité de mise en valeur des ressources EMR s'exerce quant à elle dans les eaux surjacentes et dans l'espace aérien. Cette tridimensionnalité verticale¹⁰⁷⁰ du milieu marin entraîne la coexistence d'activités à la fois fixes et nomades. La tridimensionnalité horizontale¹⁰⁷¹ du milieu marin brouille également les pistes, car ce principe d'usage commun revêt une nature protéiforme selon qu'il s'applique en mer territoriale, dans la zone économique exclusive ou en haute mer (A).

Afin de faciliter l'intégration harmonieuse de l'activité de mise en valeur des ressources EMR, et face à la multiplication des usages concurrents, la double tridimensionnalité du milieu marin nécessite une planification spécifique. La nature juridique de l'usage commun, sous toutes ses formes, empêche une simple transposition des règles d'urbanisme terrestre, où le concept de propriété privée est prégnant, et appelle l'élaboration d'outils de planification spécifique (B).

A- Le régime de l'usage commun

Le défi que constitue l'intégration de la mise en valeur des EMR au sein des autres usages de la mer se relève principalement en mer territoriale. Cet espace est dominé par le principe de l'usage commun à tous, que ce soit sur le domaine public maritime ou dans les eaux surjacentes. Ces dernières ne font cependant l'objet d'aucune propriété, même publique, ni d'aucun usage exclusif ou d'autorisation d'occupation exclusive, contrairement au domaine public maritime (1). La notion d'usage commun, si prégnante en mer territoriale, ne semble concerner en ZEE que les eaux surjacentes et non le plateau continental (2). Enfin, l'absence d'exclusivité dans l'usage de la haute mer se caractérise par l'impossibilité pour les États d'y assoir leur souveraineté, à l'exception des navires (3).

1- L'usage commun en mer territoriale

La spécificité du milieu marin réside dans son caractère tridimensionnel, à savoir la superposition du sol et le sous-sol marin, de la colonne et de la surface de l'eau de mer. Ainsi, le milieu d'implantation et d'exploitation des ressources EMR est un milieu à polyrégimes. Des frontières et limites peuvent être définies d'un point de vue technique (latitude, longitude) ou juridique par le biais du zonage opéré par la CNUDM, mais il reste difficile d'enclorre la mer.

¹⁰⁷⁰ Superposition du sol, de la colonne et surface de l'eau, et de l'espace aérien surjacent.

¹⁰⁷¹ Coexistence du régime juridique de la mer territoriale, de la ZEE et de la haute mer.

Coexistent des activités fixes telles que les EMR, l'aquaculture, l'extraction de granulats du sol marin -on pourrait citer l'exploitation pétrolière bien qu'elle ne soit présente en France- se déployant tant sur le sol et le sous-sol de la mer que dans la colonne d'eau, et des activités nomades, comme la pêche, la navigation de plaisance, les diverses activités nautiques. L'usage commun à tous imprègne ces espaces. Le sol et le sous-sol de la mer sont toutefois soumis à la propriété publique, avec possibilité d'autorisations d'occupation privatives temporaires, tandis que la colonne d'eau échappe à toute notion de propriété et à toute possibilité d'usage exclusif. La distinction de régime juridique entre le sol de la mer territoriale (a) et les eaux surjacentes (b) n'est toutefois pas si évidente qu'il y paraît. En effet, l'Espagne et le Portugal ont intégré leurs eaux territoriales dans leur domaine public maritime¹⁰⁷², contrairement à la France¹⁰⁷³. Ces caractéristiques distinguent le milieu marin proprement dit, éloigné des côtes, du rivage de la mer ou du littoral. En effet, sur le littoral, seul s'applique le régime du domaine public maritime ou de la loi Littoral, et non celui de la chose commune.

a) L'usage commun sur le DPM

Le domaine public maritime est affecté à l'usage direct et collectif du public, mais il est aussi le siège d'occupations privatives, notamment de concessions diverses¹⁰⁷⁴. L'article L.2121-1 du CGPPP dispose que les biens du domaine public sont utilisés conformément à leur affectation à l'utilité publique. L'article L.2122-1 précise que les utilisations privatives se font dans le respect du principe du libre usage du domaine public qui appartient à tous. Les articles suivants ajoutent que cette occupation privative ne peut être que temporaire, précaire et

¹⁰⁷² L'article 132-2 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 dispose qu'« appartiennent au domaine public de l'État les biens déterminés par la loi et, dans tous les cas, la zone maritimo-terrestre, les plages, les *eaux territoriales*, et les ressources naturelles de la zone économique et du plateau continental ». Selon l'article 84-1 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976, « appartiennent au domaine public : a) *les eaux territoriales* ainsi que les fonds marins y correspondant et contigus, les lacs, les lagunes et les cours d'eau navigables et non navigables ».

¹⁰⁷³ La loi du 28 novembre 1963 qui a expressément incorporé au DPM le sol et le sous-sol de la mer territoriale a implicitement exclu l'eau de mer de ce domaine en ne la visant pas. La jurisprudence des juridictions administratives et judiciaires confirme cette exclusion. Le Conseil d'État a considéré que la mer ne fait pas partie du domaine public, notamment dans l'arrêt *Thireaut* du 24 mai 1935, où il refuse de reconnaître l'existence d'une contravention de grande voirie dans une situation où un radeau avait été mouillé sans autorisation du service des ponts et chaussées en un point des eaux territoriales situé en dehors du rivage de la mer et dans une rade ne formant pas dépendance d'un port. Le CE a confirmé sa position dans son arrêt *Dame Galli* du 27 juillet 1984 en énonçant que les eaux de la mer territoriale ne font pas partie du domaine public maritime.

La doctrine a entériné, à plusieurs reprises, le fait que les eaux territoriales ne font pas partie du domaine public maritime mais sont des choses communes sur lesquelles l'État riverain exerce un simple pouvoir de police. D'après le professeur QUENEUDEC (J.-P. QUENEUDEC, « Le statut des eaux », in *Les cultures marines en France et le droit*, Centre de droit et de l'économie de la mer, Rapports économiques et juridiques, Brest, Publications du CNEXO, n°11, 1983, p 74 et s.), l'eau de mer, considérée comme élément liquide soumis à l'action des marées, ne peut faire l'objet d'un titre de propriété privée ou administrative et ne peut donc pas entrer dans le domaine public maritime. Elle est, tout comme l'air que nous respirons, réputée « chose commune » au sens de l'art 714 du code civil, elle n'appartient à personne et elle est laissée à l'usage de tous.

¹⁰⁷⁴ Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 14^e éd. LGDJ, Paris 2011, n°426, p.250 et s.

révocable. La précarité est un principe général de la domanialité publique, les titulaires d'autorisations n'ont pas de droits acquis à leur renouvellement. Ces principes sont fondés sur la nécessité pour l'administration de conserver la libre disposition du domaine¹⁰⁷⁵.

b) L'usage commun dans la colonne d'eau et l'espace aérien

La colonne d'eau de mer ainsi que l'air¹⁰⁷⁶ sont des choses communes¹⁰⁷⁷ régies par l'article 714 du code civil, qui dispose que les choses communes sont des « choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». Le 2e alinéa de l'article ajoute que « des lois de police règlent la manière d'en jouir. » Nous avons évoqué la distinction existant entre l'usage de la chose commune et sa jouissance¹⁰⁷⁸. La jouissance permet d'en retirer des fruits, de l'exploiter. L'utilisation passive de la chose commune, telle une simple promenade en barque se différencie aussi de son utilisation active, comme la captation et l'exploitation de l'énergie solaire¹⁰⁷⁹. Ainsi cohabitent en mer tant des usagers, tels les plaisanciers, les surfeurs que des exploitants de la chose commune, comme les détenteurs de parcs EMR.

L'usage et la jouissance de la chose commune obéissent aux mêmes principes, à savoir la liberté, l'égalité et la gratuité de l'usage ou de la jouissance. La liberté signifie que l'usage commun ou la jouissance commune ne peuvent être soumis à autorisation. La gratuité s'oppose au paiement d'une quelconque redevance de l'usage ou de la jouissance commune. L'égalité permet une jouissance simultanée de la chose commune, personne ne peut en être exclu.

La seule exception aux principes d'usage libre et gratuit de la chose commune réside dans la volonté de protéger l'usage commun. La qualification de l'eau de mer en chose commune lui permet de bénéficier de la protection accordée par l'alinéa 2 de l'article 714, qui dispose que « des lois de police règlent la manière (...) de jouir des choses dont l'usage est commun à tous. ». Ainsi, des lois ont été prises pour assurer la qualité de l'usage commun de la mer¹⁰⁸⁰. La loi sur l'eau du 3 janvier 1992¹⁰⁸¹ soumet son usage à autorisation et redevance dans le cas d'activités entraînant des prélèvements ou des rejets susceptibles d'altérer l'usage commun et

¹⁰⁷⁵ J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif des biens*, 7^e Éditions, Montchrestien, Paris, 2012, p.218.

¹⁰⁷⁶ L'air, chose commune, est différent de l'atmosphère, lieu de circulation aérienne. Il était admis auparavant que tout propriétaire d'un terrain était également propriétaire jusqu'au ciel de la colonne d'air située au-dessus de lui, laissant planer un doute sur la liberté de circulation aérienne, mais cette théorie a été abandonnée (C. ATIAS, *JCl Civil code*, Art 714, Juillet 2011). L'air échappe aussi à la domanialité publique. La doctrine rejette majoritairement l'idée d'un « prétendu domaine public aérien ». L'air est rétif à toute propriété, privée ou publique (C. LAVIALLE, *La condition juridique de l'espace aérien français*, RFDA, 1986 p. 848), il est juste soumis à un droit de souveraineté de l'État, qui peut ainsi en contrôler l'usage, en matière de circulation aérienne notamment.

¹⁰⁷⁷ C. ATIAS, *Jcl Code civil* Fasc. unique Modes d'acquisition de la propriété. Choses communes. 26 juillet 2011.

¹⁰⁷⁸ M-A CHARDEAUX, *Les choses communes*, LGDJ 2006, p.274 et s.

¹⁰⁷⁹ A. SERIAUX, « la notion de chose commune, nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », in *Droit et Environnement, Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995, n°9, pp33-34

¹⁰⁸⁰ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, Sylvie CIMAMONTI, *Traité de droit civil*, 2^e éd., LGDJ 2010, n°237, p.282.

¹⁰⁸¹ Loi n°92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau.

créée une police de l'eau. Cette loi a consacré l'eau comme patrimoine commun de la nation. L'article L.219-7 du Code de l'environnement proclame que « le milieu marin fait partie du patrimoine commun de la nation ».

L'air est également une chose commune. L'attribution des quotas de CO₂, loin de constituer une appropriation de l'air, constitue une loi de police réglementant l'usage de l'air. Elle vise à limiter les usages abusifs de l'air afin de préserver son intégrité¹⁰⁸². L'air fait partie, avec l'eau de mer, du patrimoine commun de la nation proclamé par l'article L.110-1 du Code de l'environnement.

L'existence d'aires marines protégées (AMP) figure aussi parmi les mesures restrictives de l'usage commun de la mer. M. DE CACQUERAY¹⁰⁸³ évoque dans sa thèse la question, en débat chez les chercheurs¹⁰⁸⁴, de savoir si les AMP peuvent être des usages parmi d'autres dans le cadre de la planification stratégique du milieu marin (PSM). Des journalistes de la revue *Marine Ecosystems and management* (MEAM) ont posé la question à différentes personnalités impliquées dans la gestion du milieu marin. Pour E. NORSE, président de l'Institut de biologie et de conservation marine à Washington, « l'utilisation de la biodiversité est possible parce qu'on laisse les choses grandir, et se reproduire, en analogie à un capital qui génère des intérêts que les hommes peuvent utiliser de façon durable. Dans ce sens, la conservation est nécessairement à un niveau au-dessus puisque c'est la conservation de la biodiversité qui permet aux autres usages d'en profiter durablement. De fait, la conservation n'est pas un usage »¹⁰⁸⁵. En revanche, pour d'autres¹⁰⁸⁶, les AMP sont et doivent être considérées comme des usages parmi d'autres, au risque d'être les « oubliées » de la PSM.

Quoi qu'il en soit, l'article L.331-14 du code de l'environnement, en posant le principe de l'interdiction de construction de parcs EMR dans la zone du cœur d'un parc national marin, accorde la priorité à « l'usage » des AMP par rapport aux autres usages de cet espace commun à tous. Cette disposition du code de l'environnement, ainsi que les autres mesures relatives aux AMP, figurent au nombre des lois de police de l'article 714 du code civil régissant la jouissance de la chose commune. Tout comme il est nécessaire d'obtenir une autorisation au titre de la loi

¹⁰⁸² M-A CHARDEAUX, *Les choses communes*, n°159 p.191.

¹⁰⁸³ M. de CACQUERAY, *La planification des espaces maritimes en France métropolitaine : un enjeu majeur pour la mise en œuvre de la Gestion Intégrée de la Mer et du Littoral*, thèse de géographie soutenue à l'UBO le 12 décembre 2011 p.111 et s.

¹⁰⁸⁴ Ces réflexions sur la place des AMP dans le cadre de la PSM ont été abordées dans le cadre d'un symposium lors du congrès international sur la conservation marine à Washington en mai 2009 afin de savoir si la conservation pourrait être considérée comme un « usage » de l'environnement marin comme les autres.

¹⁰⁸⁵ MEAM 2009

¹⁰⁸⁶ N. GIBBS (directrice des politiques au Conseil des industriels des produits de la mer), B. GOLD (responsable des initiatives de conservation marine de la fondation Gordon et Berry Moore) ou encore de F. DOUVERE et B. EHLER (UNESCO).

sur l'eau, une autorisation spéciale de l'établissement public du parc national marin, ou de l'agence des AMP pour les parcs naturels marins¹⁰⁸⁷, doit être sollicitée par le porteur de projet d'un parc EMR dans ces zones protégées. C'est ainsi que le Conseil de gestion du Parc naturel marin d'Iroise a émis un avis simple favorable le 7 juin 2011 à l'immersion de l'hydrolienne Sabella D10¹⁰⁸⁸.

Concernant les zones Natura 2000, la CJUE¹⁰⁸⁹ a jugé qu'une interdiction absolue prononcée par une collectivité publique d'autoriser l'implantation d'éoliennes au sein d'une zone Natura 2000 n'était pas contraire au droit de l'Union européenne. Certes une telle décision est plus sévère que ce que prévoit le droit européen en la matière. La décision a été jugée conforme au droit de l'UE dans la mesure où elle respecte le principe de proportionnalité et de non-discrimination. La décision ne doit en l'occurrence pas se fonder sur la volonté unique d'interdire l'implantation d'éoliennes. La CJUE s'est notamment fondée sur l'article 6 §3 de la directive Habitats¹⁰⁹⁰ qui dispose que « tout plan ou projet non directement lié ou nécessaire à la gestion du site mais susceptible d'affecter ce site de manière significative, individuellement ou en conjugaison avec d'autres plans et projets, fait l'objet d'une évaluation appropriée de ses incidences sur le site eu égard aux objectifs de conservation de ce site. Compte tenu des conclusions de l'évaluation des incidences sur le site et sous réserve des dispositions du paragraphe 4, les autorités nationales compétentes ne marquent leur accord sur ce plan ou projet qu'après s'être assurées qu'il ne portera pas atteinte à l'intégrité du site concerné et après avoir pris, le cas échéant, l'avis du public. ». Il faut préciser qu'en l'espèce aucune étude environnementale préalable n'avait été réalisée.

L'usage commun en mer territoriale se caractérise aussi par l'existence du droit de passage inoffensif des navires¹⁰⁹¹, bien que cet usage soit restrictif. Cependant, comme son nom l'indique, il s'agit d'un droit et non d'un simple privilège, qui relève du droit international. Il ne semble donc pas être de la même nature que l'usage commun au sens de l'article 714 du code civil, qui s'apparente davantage à une liberté qu'à un droit.

¹⁰⁸⁷ Art. L.334-5 du C. de l'env.

¹⁰⁸⁸ Projet labellisé par le Pôle Mer le 29/05/2009 et retenu dans le cadre de l'AMI fonds démonstrateur de l'ADEME. Baptisé D10 et équipé d'un rotor de 10 m, l'originalité de ce projet consiste en une immersion de l'hydrolienne dans le Fromveur et un raccordement direct au réseau électrique de l'Île d'Ouessant (puissance de 500 kW). Ce test grandeur nature permettra aux concepteurs de valider ainsi leurs recherches issues de leur 1^{er} prototype Sabella D03.

¹⁰⁸⁹ CJUE 21 juillet 2011, *Azienda Agro-Zootecnica Franchini Sarl et Eolica di Altamura Srl c/ Regione Puglia*, C-2/10.

¹⁰⁹⁰ Directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages (JOCE n° L. 206 du 22 juillet 1992 p.0007 à 0050)

¹⁰⁹¹ V. LABROT, *Réflexions sur une « incarnation progressive » du droit, l'environnement marin, patrimoine naturel de l'humanité*. Thèse soutenue en sept. 1994, UBO, Brest, p.398.

2- L'usage commun en ZEE et sur le plateau continental

Selon l'article 56 de la CNUDM, l'État côtier dispose de droits souverains et exclusifs sur les ressources de sa ZEE, et non sur les eaux surjacentes elles-mêmes¹⁰⁹². Celles-ci ne font l'objet d'aucune propriété. Elles semblent donc rejoindre la catégorie des choses communes, comme la mer territoriale, bénéficiant des lois de police de l'article 714 du code civil. L'article L.219-8 du code de l'environnement inclut dans les « eaux marines », objet de la protection en tant que patrimoine commun de la nation, les eaux s'étendant jusqu'aux confins de la zone où la France détient et exerce sa compétence conformément à la CNUDM, c'est-à-dire de la limite extérieure de la ZEE jusque et y compris aux eaux côtières¹⁰⁹³. Les eaux de la ZEE font donc partie du patrimoine commun de la nation et bénéficient de la protection contre les pollutions marines dans le cadre du code de l'environnement¹⁰⁹⁴.

Dès lors, si les principes de l'usage commun et ceux relatifs à la protection de celui-ci semblent s'y appliquer, ils doivent être conciliés avec le régime *sui generis* qui caractérise la ZEE. En effet, la ZEE constitue une zone de souveraineté intermédiaire entre la mer territoriale où celle-ci s'applique pleinement et la Haute mer où elle est absente. Son usage est commun à tous les États, sauf en ce qui concerne l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles et les activités économiques dont la production d'énergie¹⁰⁹⁵.

Les sources potentielles de conflits interétatiques sont ainsi exacerbées par rapport à la mer territoriale, où les conflits avec les États tiers peuvent survenir principalement relativement au droit de passage inoffensif. En ZEE, les conflits dans l'usage commun de la zone peuvent non seulement concerner des usagers de même nationalité, mais peuvent aussi surgir plus fréquemment entre l'État côtier et les États tiers, en dehors des domaines d'exercice des droits souverains. Les règles de répartition du droit de la mer concernant la ZEE ne prévoient pas nécessairement la solution de toute catégorie de conflit. Elles se réfèrent à certains critères visant à l'accommodement des différents usages dans la ZEE, grâce notamment aux règles sur la compatibilité de l'exercice des droits. L'article 59 de la CMB traite de la solution de conflits en cas de lacune dans l'attribution des droits ou de juridictions par la CMB.

¹⁰⁹² G. PROUTIERE-MAULION, « L'évolution de la nature juridique du poisson de mer. Contribution à la notion juridique de bien » *Recueil Dalloz* 2000 p 647 ; J.-P. BEURIER, *Droits maritimes*, Dalloz Action 2006-2007, n°114-32, p.109.

¹⁰⁹³ Instruction du Gouvernement du 17 février 2014 relative à l'articulation entre la directive cadre sur l'eau (DCE) et la directive cadre stratégie pour le milieu marin (DCSMM).

¹⁰⁹⁴ Art. L.218-29 du code de l'environnement.

¹⁰⁹⁵ J.-P. BEURIER précité, n°114-33, p.110.

Quant au plateau continental, nous avons souligné qu'il ne répond pas aux mêmes principes d'usage affecté au public, n'étant pas partie intégrante du domaine public maritime¹⁰⁹⁶. Le plateau continental ne faisant pas partie du domaine public maritime, il n'est donc pas assujéti aux mêmes principes. Il est cependant intéressant de constater que le décret du 10 juillet 2013¹⁰⁹⁷ applicable sur le plateau continental et en ZEE reprend certains principes de gestion du domaine public. Il prévoit notamment dans son article 16 alinéa IV la possibilité pour le préfet maritime d'abroger l'autorisation pour motif d'intérêt général.

3- L'usage commun en haute mer

Les choses communes répugnent à toute exclusivité. Cette absence d'exclusivité se traduit dans le cas de la haute mer par une interdiction pour les États de tenter de la soumettre à leur souveraineté. La seule manifestation possible de souveraineté est celle de l'État du pavillon sur ses navires. L'article 86 de la CNUDM circonscrit la haute mer comme « toutes les parties de la mer qui ne sont comprises ni dans la zone économique exclusive, la mer territoriale ou les eaux intérieures d'un État, ni dans les eaux archipélagiques d'un État archipel » et interdit, dans son article 89, aux États de soumettre une quelconque partie de la haute mer à sa souveraineté. Il s'agit du principe de liberté de la haute mer¹⁰⁹⁸. La cour de cassation d'Italie a jugé que « la mer, selon l'ordre juridique international, est, à l'exception de ses parties qui appartiennent aux États en particulier, une *res communis omnium*, c'est-à-dire une chose que personne ne peut s'approprier, car elle est à la disposition de tous ; il s'ensuit que les navires se trouvant en haute mer sont soumis à l'autorité de l'État auquel ils appartiennent, et le fait de se trouver à bord d'un tel navire équivaut à se trouver sur le territoire de l'État dont le bateau bat le pavillon¹⁰⁹⁹». La haute mer recouvre un peu plus de 60% des océans¹¹⁰⁰. Il est ainsi possible que des parcs EMR voient le jour dans cette zone, sachant que certains États, tels l'Italie, n'ont pas déclaré de ZEE¹¹⁰¹. La haute mer constitue une zone potentielle de conflits d'usage entre États, mais demeure encore un champ d'étude relativement prospectif, dans la mesure où la technologie ne

¹⁰⁹⁶ Voir Section I §2 supra.

¹⁰⁹⁷ n°2013-611 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 ainsi qu'au tracé des câbles et pipelines sous-marins.

¹⁰⁹⁸ CA Bastia 22 septembre 1931, *Journ. dr. intern. privé.* 1933, p402. cité par M-A CHARDEAUX, *Les choses communes*, n°146 p.174.

¹⁰⁹⁹ Cour de cassation pénale d'Italie, 18 janvier 1957, *Journ.dr. intern. privé*, 1962-1, p.228, note A.P.SERENI, cité par M-A CHARDEAUX.

¹¹⁰⁰ « En haute mer, n'importe qui peut faire ce qu'il veut », www.lepoint.fr, 27 juillet 2013, propos de R. CALCAGNO, Directeur général de l'Institut Océanographique, recueillis par L. NEUER.

¹¹⁰¹ P. BONASSIES, C. SCALPEL, *Traité de droit maritime*, 2^e édition, LGDJ, Lextenso Éditions, 2010, 946 p., n°61, p.47.

permet pas encore réellement une implantation massive dans cette zone, en raison de l'éloignement de la côte.

En raison de la prégnance de l'usage commun quelle que soit la zone maritime, on peut se demander comment organiser l'intégration harmonieuse de la production d'énergie renouvelable parmi les autres activités croissantes en mer.

B- La multiplication des usages concurrents à l'épreuve de l'usage commun

Le régime de l'usage commun analysé dans les différentes zones composant le milieu marin ne s'oppose pas à la concurrence d'usages. La concurrence s'entend ici comme le « fait d'être ensemble, d'agir de concert, conjointement, à égalité ». Le développement annoncé des EMR semble cependant se heurter à l'usage commun (1). Les tentatives de planification des usages en mer ne prennent pas suffisamment en compte ce régime (2).

1- La concurrence entre les EMR et les autres usages de la mer

Les parcs EMR sont implantés sur le DPM naturel, grâce aux concessions d'utilisation du DPM délivrées par le préfet, autorisant une certaine exclusivité d'usage temporaire¹¹⁰². La mise en valeur des ressources EMR se déploie grâce à la jouissance de la chose commune. Celle-ci est possible tant que l'usage commun n'est pas affecté. L'usage commun de la chose commune est un usage individuel concurrent, certes, mais aussi un usage égal¹¹⁰³. Or celui-ci n'est pas respecté lorsque les autres utilisateurs de la mer voient leur accès restreint voire interdit dans la zone de sécurité d'un parc EMR. En ZEE, la CNUDM prévoit la possibilité d'établissement de zones de sécurité autour des parcs, dans le respect toutefois de la liberté de navigation, laquelle se voit accorder la priorité.

2- Des règles de planification des usages inadaptées en mer

Malgré le développement rapide des usages de la mer, la tentation a longtemps été de dupliquer les outils de planification terrestre au milieu marin, tels les POS (Plan d'occupation des sols), les SCOT (Schémas de cohérence territoriale), ou les SAL (Schéma d'aménagement du littoral). Les tentatives d'intégration des deux éléments terre-mer à travers les SAUM (Schéma d'aptitude et d'utilisation de la mer) ou les SMVM (Schéma de mise en valeur de la mer) ont déçu les attentes¹¹⁰⁴. Est-il réellement possible de gérer ces espaces juridiquement

¹¹⁰² Articles L2124-3 et s du CGPPP.

¹¹⁰³ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, LGDJ 2006 p.314.

¹¹⁰⁴ N. BOILLET, « La planification des EMR en droit français », in *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques*. Actes du colloque de Brest 11 et 12 octobre 2012, Ed. Pédone 2013, p.65.

dissemblables par des outils conçus pour la planification terrestre ? Telle était pourtant la volonté affichée par les défenseurs de la gestion intégrée des zones côtières.

Les règles d'urbanisme terrestre sont clairement inadaptées au milieu marin. Pétries du concept de propriété privée, contraire à l'usage commun, leurs fondements même sont étrangers au milieu marin. L'article L.110 du code de l'urbanisme énumère les principes généraux fondateurs du code de l'urbanisme et de l'utilisation du sol terrestre. Ils sont principalement mus par le souci d'assurer aux populations un cadre de vie, des conditions d'habitat et d'emploi répondant à leurs besoins et à leurs ressources. Les règles d'urbanisme sont mues par des considérations liées à la salubrité et à la sécurité publique des populations. Le milieu marin est étranger à ces notions.

Quelques projets d'urbanisation de la mer ont été imaginés, mais ils demeurent marginaux¹¹⁰⁵. La mer est le théâtre de la multiplication d'activités variées, économiques ou récréatives, et non de projets d'habitat permanent. On assiste ainsi à un phénomène d'industrialisation de la mer, de sédentarisation des activités maritimes de préférence à une volonté d'urbanisation de celle-ci.

Dépassant le concept de GIZC, la gestion intégrée de la mer et du littoral (GIML) a cependant la même vocation. Ces outils entrent dans le champ d'application plus large que constitue la Politique Maritime Intégrée de l'Union européenne¹¹⁰⁶, qui encourage la planification de l'espace maritime pour arbitrer les conflits d'usage¹¹⁰⁷. Le concept de Planification Spatiale Maritime (PSM) constitue une nouvelle approche de gestion intégrée de l'espace marin. Un des principaux outils de la PSM est l'établissement d'un zonage de l'espace marin. La PSM est un moyen de mise en œuvre des principes du développement durable et constitue le pendant de la GIZC en mer, puisque la GIZC s'intéresse surtout à la frange terrestre du littoral. La proposition de directive européenne du 12 mars 2013¹¹⁰⁸ réaffirme la complémentarité de la PSM et de la

¹¹⁰⁵ Le désir de vivre sous la mer n'a cessé d'alimenter le rêve. Des manuscrits japonais montrent, dès le XVIII^e siècle, une douceur de vivre dans des palais situés au fond des mers. (<http://expositions.bnf.fr/lamer/expo/salle3/index.htm>)

¹¹⁰⁶ La Commission européenne élabore un livre vert le 7 juin 2006 : « Vers une politique maritime de l'Union : une vision européenne des océans et des mers » COM (2006) 275 final, puis un livre bleu le 10 octobre 2007 sur « les lignes directrices pour une approche intégrée de la politique maritime » (COM 2007 575 final). Dans sa communication du 25 novembre 2008 (*Feuille de route pour la planification de l'espace maritime : élaboration de principes communs pour l'Union Européenne*. COM/2008/0791), la commission établit une feuille de route encourageant les pays européens à développer leurs activités maritimes et notamment les énergies marines au moyen d'une planification maritime, en définissant les principes fondamentaux, en tirant les leçons de projets communautaires tels que l'initiative Interreg, et en rappelant les instruments ayant un effet sur la planification de l'espace maritime tels que la directive-cadre 2008/56/CE « stratégie pour le milieu marin. ». Cette directive constitue le pilier environnemental de la politique maritime intégrée.

¹¹⁰⁷ COM (2008) 791 final 25/11/2008.

¹¹⁰⁸ COM (2013) 133 final.

GIZC pour la planification de l'espace marin. La PSM est considérée comme un complément institutionnel marquant de la GIZC pour le milieu marin¹¹⁰⁹.

L'activité des EMR concerne davantage la PSM que la GIZC, les parcs étant situés loin des côtes. Seules les questions liées au raccordement au réseau d'électricité ont trait en partie à la loi Littoral et au rapport mer-terre. On passe ainsi d'une gestion intégrée des zones côtières à une gestion intégrée de la mer et du littoral, certains poussant même la réflexion jusqu'à se demander s'il ne faudrait pas y inclure aussi la haute mer, et aller vers une gestion intégrée des mers et des océans.¹¹¹⁰

Les articles L.219-1 et suivants du code de l'environnement ont créé le document stratégique de façade, instrument de la gestion intégrée et concertée des activités liées à la mer et au littoral. Ce document est établi pour chacune des façades maritimes délimitées par la stratégie nationale pour la mer et le littoral. Il concerne les espaces sous souveraineté et sous juridiction nationale. Ces documents stratégiques de façade sont opposables, selon l'article L219-4, aux différents plans, programmes et schémas applicables dans le périmètre d'une façade maritime. Les autorisations qui seront délivrées pour l'implantation des parcs EMR devront les respecter. Ces documents sont appelés documents stratégiques de bassin en outre-mer. L'article L.219-9 précise que ces documents stratégiques comprennent un Plan d'action pour le milieu marin, qui peut faire l'objet d'une coopération avec les États partageant une région maritime avec la France. Les EMR font l'objet d'une planification *ad hoc* en vue du lancement d'appels d'offres. Cette planification a pour but de déterminer les zones propices à leur exploitation, après avoir écarté les zones dites sensibles au regard de la protection de l'environnement, telles les réserves naturelles, les sites classés¹¹¹¹. L'article 14 du décret du 18 avril 2012¹¹¹² créant le Parc national des calanques interdit l'activité de production d'énergie marine dans le cœur du parc. Cette planification est orchestrée par les préfets¹¹¹³.

¹¹⁰⁹ M. de CACQUERAY, *La planification des espaces maritimes en France métropolitaine : un enjeu majeur pour la mise en œuvre de la Gestion Intégrée de la Mer et du Littoral*, thèse de géographie soutenue à l'UBO le 12 décembre 2011, p. 101.

¹¹¹⁰ Colloque *Gestion intégrée des zones côtières*, Boulogne sur Mer, 13 et 14 janvier 2010, Université du Littoral

¹¹¹¹ Art. L.341-2 C. env ; voir le tableau de synthèse établi par l'Agence des aires marines protégées (Réglementation relative aux projets de développement des énergies renouvelables dans les aires marines protégées (<http://www.aires-marines.fr/Concilier/Energies-marines-renouvelables-et-AMP>)).

¹¹¹² Décret n°2012-507, JORF n°0093 du 19 avril 2012 page 7048.

¹¹¹³ Le ministre d'État a demandé aux préfets de région concernés dans une lettre du 5 mars 2009 de créer une instance tripartite et d'organiser une concertation en vue d'établir un document de planification visant à définir les zones propices au développement de l'éolien en mer. Voir les différents documents de planification : Préfecture de région Bretagne : *Planification stratégique des énergies renouvelables en mer en Bretagne*. Février 2010 ; Préfecture de région des pays de la Loire, Préfecture maritime de l'Atlantique : *Document de planification des énergies marines renouvelables (EMR) au large des pays de la Loire*, Février 2010.

On constate ainsi une évolution des outils de planification plus adaptée à la spécificité du milieu marin. Ils ne tiennent cependant pas réellement compte de la nature juridique singulière de celui-ci. Comment dès lors réguler la concurrence entre les activités au regard du principe d'usage commun et du caractère tridimensionnel du milieu marin ?

§2- Vers une régulation de la concurrence des usages en mer

La régulation *ex ante* des usages concurrents en mer par la planification stratégique (A) devrait se doubler d'une régulation *ex post*, nécessaire en cas d'échec de la planification préalable des usages à éviter les conflits (B).

A- La régulation ex ante des usages concurrents par la planification stratégique du milieu marin

Les raisons de la nécessité d'une planification stratégique pour réguler en amont la concurrence d'usages méritent d'être analysées (1). Le concept de cadastre marin développé dans les pays anglo-saxons fournit un bon exemple d'outil de planification des activités maritimes adapté au caractère tridimensionnel du milieu marin et de répartition des droits d'usage de l'espace commun (*property rights*) (2).

1- Les raisons d'une planification stratégique du milieu marin pour réguler les usages concurrents

Il convient au préalable de justifier l'emploi du terme « régulation » (a) et d'explicitier l'intérêt d'une planification stratégique dans le respect de l'intérêt général (b).

a) La notion de régulation

La régulation est une notion appartenant au domaine du droit du marché et de la concurrence. Elle constitue *l'ensemble des techniques qui permettent d'instaurer un équilibre économique optimal qui serait requis par un marché qui n'est pas capable, en lui-même, de produire cet équilibre*¹¹¹⁴. De façon plus générale, elle pourrait être définie comme un « moyen dynamique de maintenir les grands équilibres d'un secteur ¹¹¹⁵ ». On parle de régulation pour signifier que la façon de mettre en œuvre la règle de droit doit s'adapter aux circonstances de

¹¹¹⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « La victoire du citoyen client », Service Public et marché, *Sociétal*, 2000, n°30 p.49.

¹¹¹⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Les différentes définitions de la régulation », in DGCCRF, *La régulation : monisme ou pluralisme ? LPA* 10 juillet 1998, n°82, p.6.

l'environnement économique, comme une installation de régulation de la température intérieure doit tenir compte de la température extérieure¹¹¹⁶.

Pourquoi évoquer la notion de régulation concernant la planification des activités en mer ? D'une part, parce que cette planification ne peut relever uniquement des prérogatives de puissance publique, de l'action unilatérale, mais nécessite une prise en compte des avis des différents acteurs de la mer. La planification des zones propices à l'éolien en mer a été précédée de réunions d'information et de consultation rassemblant tant les services de l'État et les collectivités territoriales, que des associations de défense de l'environnement, des organisations professionnelles de pêcheurs, et des experts techniques et scientifiques¹¹¹⁷. La régulation ne signifie certes pas « l'absence de réglementation et d'édiction de normes », comme le rappelle G. MARCOU¹¹¹⁸. Néanmoins, le procédé régulateur relève davantage de la persuasion que de la contrainte¹¹¹⁹. D'autre part, la régulation faisant référence à la notion d'équilibre, elle peut être appréhendée comme le moyen de concilier entre eux les différents intérêts en jeu. En effet, si le milieu marin fait de plus en plus l'objet d'une volonté de valorisation économique, il demeure avant tout un milieu naturel exigeant de la part des pouvoirs publics une protection accrue. Dans le cadre de la gestion du domaine public, l'administration est invitée à user de son pouvoir discrétionnaire comme un régulateur, en tenant compte de la pluralité des exigences d'intérêt général en présence¹¹²⁰. Cette exigence est encore plus prégnante concernant le milieu marin. Une prise en compte plus en amont du principe de conciliation, « traduction juridique de l'objectif du développement durable¹¹²¹ », dans la planification des activités en mer permettrait sans doute de limiter le recours au juge en aval. En outre, ses tridimensionnalités verticale et horizontale multiplient les possibilités d'organes régulateurs. Appliquée à l'environnement et au milieu marin, la régulation pose la difficulté d'identifier son niveau pertinent d'intervention (national, international) et d'en choisir les organes¹¹²².

¹¹¹⁶ C. LUCAS de LEYSSAC, G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF Droit Themis Droit privé, Paris 2002, p.46.

¹¹¹⁷ N. BOILLET, « La planification des EMR en droit français », in *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques*. Sous la dir. de G. GUEGUEN-HALLOUET et H. LEVREL, Actes du colloque de Brest. 11 et 12 octobre 2012, Éditions Pédone 2013, p. 63.

¹¹¹⁸ G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », *AJDA* 2006, p.347.

¹¹¹⁹ L. CALENDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ 2008, p.513.

¹¹²⁰ G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché* Dalloz 2006, p.765.

¹¹²¹ C. CANS, « Le principe de conciliation : vers un contrôle de la durabilité ? », in *Mélanges en l'honneur de Yves JEGOUZO*, 2009, p. 547.

¹¹²² D. BRIAND, « Régulation environnementale et droit de la concurrence », in *La régulation environnementale*, sous la dir. de G. MARTIN et B. PARANCE, Coll. « Droit et Économie » Direction M.-A. FRISON-ROCHE, LGDJ, Paris 2012, p.107.

b) La conciliation des intérêts concurrents avec l'intérêt général

La planification spatiale maritime n'est pas perçue uniquement comme un simple zonage. Elle contient une dimension stratégique. La directive du 23 juillet 2014¹¹²³ établissant un cadre pour la planification de l'espace maritime définit celle-ci comme « le processus par lequel les autorités concernées des États membres analysent et organisent les activités humaines dans les zones maritimes pour atteindre des objectifs d'ordre écologique, économique et social ».

Dans leur mission d'attribution des titres d'occupation du DPM naturel, les préfets, bien que n'ayant pas un rôle de planificateur, sont invités par la circulaire du 20 janvier 2012¹¹²⁴ à opérer une délivrance des autorisations non pas au cas par cas, mais en effectuant une analyse territoriale en amont « associant connaissance des usages, connaissance des enjeux (économiques, sociaux, environnementaux et culturels) et identification des occupations (autorisées ou non) ».

La planification des EMR n'est pas qu'une planification spatiale, elle découle d'une planification économique liée à la politique énergétique. La procédure d'appel d'offres qui permet de mettre en œuvre les objectifs de la PPI¹¹²⁵ traduit le lien entre planification économique et spatiale¹¹²⁶. La stratégie du gouvernement qui consiste ainsi à opérer des choix d'implantation des parcs EMR au détriment d'éventuels autres usages de la mer est légitimée par la volonté de respecter les objectifs de production d'énergie renouvelable fixés dans le cadre de la politique énergétique européenne. L'Union européenne laisse cependant aux États membres le choix des sources d'énergie renouvelables à développer.

Qu'est ce qui légitime le choix de la France de développer telle capacité de production d'énergie en mer plutôt qu'à terre ? M. de CACQUERAY a souligné dans ses travaux sur la PSM que « la mise en œuvre de (celle-ci) dépend aussi de la capacité à développer un travail de prospective partagé¹¹²⁷ ». Elle propose ainsi l'élaboration de « scénarios exploratoires » imaginant des « hypothèses extrêmes » d'occupation de l'espace marin, telle que « la mer au service de la crise énergétique », selon laquelle les EMR seraient largement privilégiées par

¹¹²³ Directive 2014/89/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la planification de l'espace maritime. (JOUE du 28 août 2014 série L n° 257 p. 135).

¹¹²⁴ Circulaire du 20 janvier 2012 relative à la gestion durable et intégrée du domaine public maritime naturel.

¹¹²⁵ Art. L.311-10 du code de l'énergie.

¹¹²⁶ G. GUEGUEN-HALLOUET, N. BOILET, « L'appel d'offres « éolien en mer ». Quelques réflexions à propos d'un nouvel avatar juridique », *JCP A*, 8 Octobre 2011.

¹¹²⁷ M. DE CACQUERAY, *La planification des espaces maritimes en France métropolitaine. Un enjeu majeur pour la mise en œuvre de la Gestion Intégrée de la Mer et du Littoral*. Communication présentant les résultats d'un travail de doctorat en géographie réalisé entre 2008 et 2011 à l'UBO, p.48.

rapport aux autres activités. Ce scénario serait fondé sur « des impératifs énergétiques qui favoriseraient une forte politique stratégique de l'État en matière de production d'EMR¹¹²⁸ ». L'État est censé agir dans l'intérêt général. L'intérêt général constitue une « pierre angulaire » de l'action publique interne¹¹²⁹. L'État pourrait-il ainsi justifier la priorité accordée aux EMR par rapport aux autres activités ? Comment pourrait-il faire prévaloir l'intérêt général consistant à accélérer le processus de réduction des émissions de gaz à effet de serre grâce aux EMR sur les autres intérêts privés ou publics présents en mer ? Le Conseil constitutionnel dans une décision du 29 décembre 2009 se réfère à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique¹¹³⁰. Il s'agit d'un objectif de valeur constitutionnelle¹¹³¹.

La reconnaissance de la production d'électricité EMR comme une activité de service public permettrait de légitimer la priorité d'usage accordée aux parcs EMR. L'autorité gestionnaire du domaine public dispose en effet de larges prérogatives pour restreindre les activités commerciales exploitées sur le domaine public et concurrençant un service public. Selon la jurisprudence issue du célèbre arrêt *Société des autobus antibois*¹¹³², l'autorité de police peut instituer un monopole au profit du concessionnaire de service public, et ce dans un souci de préservation d'une bonne utilisation du domaine public, pour des raisons de sécurité publique, mais aussi afin de garantir une bonne rentabilité du service public en question. La concurrence se manifeste ici entre usages différents occupant le même espace, et non sur le même marché. Sans aller jusqu'à attribuer un monopole aux producteurs EMR, l'administration peut se voir reconnaître le droit de leur apporter « l'appui nécessaire à l'exploitation du service et, le cas échéant, de leur accorder des facilités particulières pour l'utilisation du domaine public », et ce pour des raisons de sécurité notamment¹¹³³. Le pouvoir de l'administration se voit toutefois restreint lorsque les activités en cause ne s'exercent pas uniquement sur le domaine public maritime mais aussi sur la colonne d'eau, qui, rappelons-le, ne fait pas partie du domaine public. L'administration ne peut dans ce cas, compte tenu du régime de la *res communis*, attribuer de monopole de l'utilisation de certaines ressources essentielles à son concessionnaire, mais peut en réglementer l'utilisation. Cette réglementation ne serait édictée qu'aux fins de soutien à

¹¹²⁸ *Ibid.* p.49.

¹¹²⁹ CONSEIL d'ÉTAT, Rapport public sur *l'intérêt général*, EDCE n°50, La Documentation française, Paris 1999, p.245.

¹¹³⁰ Cons. Const., 29 décembre 2009, n°2009-599 DC, considérant 82.

¹¹³¹ B. MATHIEU, « Valeur et portée des validations législatives devant le juge constitutionnel : un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits ? », *RFDA* 1998 p.148.

¹¹³² CE 29 janvier 1932 req. n° 99532, S. 1932, III, p.65, note P.L.

¹¹³³ CE 30 juin 2004 *Département de la Vendée AJDA* 2004 p.2210 note S. NICINSKI et p.2309 note N. CHARBIT.

l'exploitation du service, et non dans un but de le préserver de la concurrence¹¹³⁴. Or, si l'implantation des engins EMR concerne le DPM (sol de la mer territoriale), la production d'électricité à partir de la mise en valeur des ressources EMR est réalisée dans la colonne d'eau qui est une *res communis*. Le caractère spécifique du marché de l'électricité EMR en raison du régime particulier du milieu marin est ici à nouveau manifeste.

L'articulation des activités en mer ne peut ainsi relever que d'outils de planification, sans prise en compte des choix stratégiques de politiques publiques. N. BOILLET¹¹³⁵, s'interrogeant sur l'existence d'un droit de la planification EMR, a mis en exergue l'absence de portée juridique des instruments de planification EMR, notamment de l'éolien offshore, utilisés en amont de la procédure d'appel d'offres pour désigner les sites propices. Leur contenu n'a pas d'effet obligatoire, évitant ainsi les risques de contentieux liés à la phase de planification, mais enlève au juge administratif la faculté de contrôler une éventuelle erreur manifeste d'appréciation de la part de l'administration dans la détermination des zones propices. En voulant éviter un contentieux lié à la phase amont de l'implantation des parcs, l'État ne risque-t-il pas de multiplier les conflits postérieurs liés à la concurrence sur ces espaces ? Ainsi les deux outils que sont la théorie du bilan et l'erreur manifeste d'appréciation ne peuvent être mis en œuvre pour contrôler le pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique dans la sélection d'espaces prioritaires aux activités EMR. L'autorisation préfectorale accordant concession du domaine public maritime peut certes être contrôlée par le biais de l'erreur manifeste d'appréciation, mais l'examen du juge ne portera pas sur l'opportunité du choix du site d'implantation.

En droit américain, les différents usages et activités en mer doivent être conformes aux « valeurs » du *Public Trust*. Le concept de *Public Trust* traduit l'idée que les fonds marins et les eaux surjacentes sont détenus dans le cadre d'un *trust* au profit des générations présentes et futures¹¹³⁶. Les ressources du *public trust* sont détenues et gérées par un gouvernement, considéré comme le trustee pour le bénéfice de la population (*the people*). Les États sont qualifiés de *trustees*, le peuple (*people*) est le bénéficiaire du public trust (*beneficiaries*), tandis que la communauté (*community*) est le constituant du trust (*trustor/settlor*). Le gouvernement ne peut aliéner les ressources du *trust* de façon permanente. Les usages privés sont certes permis

¹¹³⁴ CE Section 9 octobre 1981 *Chambre de commerce et d'industrie de Toulon et du Var*, AJDA 1981 p.579 Chron. TIBERGHEN et LASSERRE ; S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 6e éd. Montchrestien, Paris 2018, n°542, pp.293 et 294.

¹¹³⁵ N. BOILLET, « La planification des EMR en droit français », in *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques*, sous la direction de G. GUEGUEN-HALLOUET et H. LEVREL, Pédone Paris 2013, p.64.

¹¹³⁶ A.B. KLASS, "Modern Public Trust principles: recognizing rights and integrating standards", *Notre Dame Law review*, Vol.82:2, 2006, p.699.

mais ils doivent être en accord avec les « valeurs » (*values*) du *Public Trust*. Les « *Values* » comprennent ici une large palette d'activités et de ressources protégées par la doctrine du *Public Trust*. Les plus traditionnelles et premières à avoir fait l'objet de sa protection sont la navigation, la pêche, ou des activités plus récréatives telles que la nage, la navigation de plaisance, mais ces « *values* » se sont ensuite élargies à des finalités plus écologiques, comme la protection de la biodiversité, du climat ou même la protection de la vue sur le paysage¹¹³⁷.

La Cour suprême de Californie a précisé en 1983, dans l'affaire *Mono Lake*, que les principales valeurs du *Public Trust* sont “*the scenic views of the lake and its shore, the purity of the air, and the use of the lake for nesting and feeding by birds*”¹¹³⁸. Il est intéressant de noter qu'avant même la montée en puissance du mouvement écologiste dans les années 70 la protection des intérêts des générations futures figure parmi les intérêts majeurs à défendre face au développement économique à court terme¹¹³⁹.

La Charte de l'environnement devrait préciser que la protection de l'environnement comprend également la lutte contre le réchauffement climatique. L'activité des EMR ne s'opposerait plus ainsi aux autres usages légitimes de la mer, ou à la protection de l'environnement, mais serait aussi considérée comme une mesure de protection de l'environnement, contribuant à atteindre l'objectif de développement durable.

2- Le concept de cadastre marin multifonctionnel

Prenant conscience de la spécificité juridique du milieu marin, les États anglo-saxons ont commencé à élaborer le concept de cadastre marin multifonctionnel. Il servirait de préalable à la Planification Spatiale Maritime, qui vise la mise en place d'une stratégie de répartition efficace des différentes activités, allant au-delà de la simple juxtaposition de celles-ci. Le milieu marin nécessite, contrairement au cadastre terrestre, un repérage en trois dimensions. Alors que la superposition des droits et des intérêts sur l'espace terrestre est l'exception et non la règle, la situation est inverse sur le milieu marin. Les concessions d'exploration pétrolière ou les parcs EMR peuvent se superposer aux activités de pêche, aux zones de défense nationale et aux espaces de protection environnementale¹¹⁴⁰. La mer, a déclaré le Secrétaire général de la Mer

¹¹³⁷ L'application de la doctrine du *Public Trust* n'est cependant pas appliquée par tous les États Unis d'Amérique de façon aussi large que l'État de Californie. Les États fondent leurs décisions non seulement sur la *Common law* (*Public Trust doctrine*) mais aussi sur les Constitutions et les lois des États qui protègent les valeurs du *Public Trust*. La doctrine du *Public Trust* est en effet relayée non seulement par la *Common law* mais aussi par les lois et constitutions des États.

¹¹³⁸ Nat'l Audubon Soc'y v. Super. Ct. (*Mono Lake*), 658 P. 2d 709 (Cal. 1983).

¹¹³⁹ J. L.SAX, “*The Public Trust Doctrine in Natural Resources Law: Effective Judicial Intervention*”, 68, *Michigan Law Review*, 1970, 491-546.

¹¹⁴⁰ P. BOISSERY, M. FALQUE, « Prospective de gestion du domaine public maritime et cadastre marin », *Les Annales de la Voirie* n° 138, Octobre 2009, p.9 ; D. DUMASHIE, « *The marine cadastre : A rights based approach*

devant la Commission des affaires étrangères, de défense et des forces armées, le 22 février 2012, « est une entité homogène, qui relie des territoires entre eux sans pour autant être découpée comme sur un cadastre. La logique du « parc à huîtres » relève d'une utopie, et il convient de penser l'espace maritime dans son ensemble, où les usages se combinent, se complètent, et s'affrontent¹¹⁴¹ ».

La notion de cadastre marin multifonctionnel est encore inconnue des services gestionnaires de l'espace marin français. Elle est issue de réflexions menées par des géomètres experts canadiens, australiens et indonésiens. Selon eux, un cadastre maritime multifonctionnel (*Multipurpose Marine Cadastre*) pourrait devenir un « attribut de base d'un système de gestion intégrée en fournissant une base de données commune pour les limites juridiques, les droits et les restrictions », ainsi que les responsabilités. Il « procurerait un inventaire continuellement mis à jour de tous les droits de propriété dans un encadrement commun ¹¹⁴² ». Les droits de propriété mentionnés ici font référence aux *property rights*.

Ces « droits de propriété » sont des droits subjectifs se rapportant à la jouissance d'un bien ou d'une ressource et non à leur appropriation privée, qui correspond à la catégorie de l'*ownership*. Nous pouvons avoir un droit à respirer un air pur (un *property right*), mais nous ne sommes pas propriétaires de l'air que nous respirons. La traduction de ces deux notions différentes que sont la *property* et l'*ownership* par la même expression de « droits de propriété » est source de confusion¹¹⁴³.

Des scientifiques et juristes canadiens¹¹⁴⁴ étudiant le concept de cadastre marin reconnaissent que la détention individuelle d'une parcelle dans le cadre de la traditionnelle propriété foncière est impossible en mer. La propriété publique, les droits du public, ainsi que le droit international s'opposent à de tels droits privés dans la colonne d'eau et à la possibilité d'exclusion inhérente au droit de propriété privée¹¹⁴⁵ : « *In the oceans, where sources and activities, and therefore rights and restrictions, can co-exist in time and space and can move over time and space, the definition of a parcel is...complex. First, we must recognize that individual ownership of a complete, traditionally-defined cadastral "parcel" is not the norm in ocean space (...). Second, few marine activities can be said to take place on the "surface" of the water. Nearly everything*

to marine conservation in England », in M. FALQUE, H. LAMOTTE, *Biodiversité. Droits de propriété, Économie et Environnement*, Bruylant 2013, p.75 et s.

¹¹⁴¹ SENAT, Rapport du 17 Juillet 2012 n°674 sur la « maritimisation », p.189.

¹¹⁴² P. BOISSERY et C.A. VALENTINI-POIRIER, M. FALQUE, « Territorialiser la mer. Un cadastre marin pour le domaine public maritime », *ICREI, Études foncières* n°160, novembre-décembre 2012, p.4.

¹¹⁴³ T. KIRAT, *Économie du droit*, Ed. La Découverte, Paris, 1999, 2012, p.59.

¹¹⁴⁴ S. NG'ANG'A, M. SUTHERLAND, S. COCKBURN and S. NICHOLS, "Toward a 3D marine cadastre in support of good ocean governance", presented at *Registration of properties in Strata*, International Workshop on 3D Cadastres, Delft, Netherlands, 28-30 November 2001, p. 102.

¹¹⁴⁵ *Kaiser Aetna v. U.S.*, 444 U.S. 164, 176 (1979); *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp. et al.*, 458 U.S. 419 (1982).

*marine actually takes place in a volume of water. Most marine rights, such as aquaculture, mining, fishing, and mooring rights and even navigation have an inherently three-dimensional nature, which could make a two-dimensional definition of these rights legally inadequate*¹¹⁴⁶.

Que comprennent ces *property rights* ? Les juristes anglo-saxons utilisent fréquemment la métaphore des *bundle of sticks* pour évoquer la complexité de la notion de *property rights*, que l'on pourrait traduire par « ensemble de droits ». Ces différents droits sont en général regroupés en quatre catégories : *possession, use, exclusion*¹¹⁴⁷ et *disposition*¹¹⁴⁸. Concernant la ressource éolienne offshore aux États Unis, les *property rights* représentent un ensemble de droits distincts les uns des autres dont sont titulaires soit les développeurs, soit l'État, soit le public. Ils se divisent en différents droits : l'accès à la ressource ou droit d'entrée, le droit d'extraire la ressource, l'aliénation de la ressource (droits de vendre, louer ou transférer les droits de propriétés), le droit de réglementer l'utilisation de la ressource, l'exclusion (droit de refuser ou restreindre l'accès, notamment par les zones de sécurité)¹¹⁴⁹. Cette notion de *property rights* composés de *bundle of sticks* se voit cependant critiqué par la doctrine américaine¹¹⁵⁰, qui lui préfère l'expression de *web of interests*, celle-ci définissant la *property* comme des « intérêts », et non pas seulement des droits.

Ces « intérêts » comprennent en outre les devoirs, les responsabilités, corollaires des droits et les relations avec les tiers. C'est pourquoi le concept de cadastre marin « vise à établir un système intégré de registres permettant l'enregistrement systématique de tous les droits légaux, les responsabilités et les restrictions connues touchant l'espace océanique¹¹⁵¹. » Il ne concerne pas seulement l'attribution des droits d'usage, et intègre davantage la notion de développement durable. En outre, ces *property rights* peuvent faire l'objet de droits réels, exclusifs et transférables. Dès lors, cette notion de cadastre marin développée par des pays de *common law* est-elle transposable en France ?

¹¹⁴⁶ S. NG'ANG'A, M. SUTHERLAND, S. COCKBURN and S. NICHOLS *op.cit.*

¹¹⁴⁷ En Nouvelle Zélande, ce droit d'exclure est interprété restrictivement par les tribunaux, dans la mesure où il porte atteinte à l'accès du public : *In Tandem Marine Enhancement v Waikato Regional Council*, A 58/00 at 10 and 13 (EC), cité par R.A. MAKGILL, « *Public Property and Private Use Rights: Exclusive occupation of the coastal marine area in New Zealand* », in K. BOSSELMANN and V. TAVA (eds), *Water and Sustainability: New Zealand Centre for Environmental Law Monograph Series: Volume 3* (NZCEL, Auckland 2011) 77-110.

¹¹⁴⁸ C.A.T. ARNOLD, « *Sustainable webs of interests: Property in an interconnected environment* » in D. GRINLINTON, P. TAYLOR, *Property rights and sustainability. The Evolution of Property Rights to Meet Ecological Challenges*, Martinus Nihoff Publishers, 2011, p.175.

¹¹⁴⁹ G. OSHERENKO, « *New discourses on ocean governance: understanding property rights and the public trust* », *Journal of environmental law and litigation vol.21*, University of Oregon School of Law, 30 avril 2007. Voir aussi A.B. KLASS, « *Property rights on the new frontier: climate change, natural resource development, and renewable energy* », *Ecology Law Quarterly*, vol.38, 63-120, 2011.

¹¹⁵⁰ C.A.T. ARNOLD *op.cit.* p. 177.

¹¹⁵¹ M'BALA et GAGNON 2012, cité dans le Rapport du Séminaire du 16 avril 2012 : « Organisation des usages en mer. Vers un cadastre littoral et marin ». ICREI, Centre International de Recherche sur l'Environnement, Faculté d'Économie d'Aix-Marseille et l'Agence de l'Eau Rhône Méditerranée.

Sur quel objet portent exactement ces *property rights* ? Sur la colonne d'eau de mer ? Sur les ressources marines ? En France, si l'idée qu'il puisse exister des droits d'usage de la chose commune semble peu probable, ceux-ci s'analysant plutôt comme une liberté, celle d'une possible transférabilité l'est encore moins. La chose commune n'appartient à personne, dans le sens où les hommes n'en ont même pas une sorte d'usufruit. Elle n'est pas objet de droit, l'usage même que chacun en fait n'est pas démembré d'une propriété¹¹⁵².

Quel est le statut juridique de l'eau de mer dans les pays anglo-saxons ? Historiquement, des zones qualifiées de *common property* incluant la zone économique exclusive et la haute mer étaient autrefois des *null property*, l'équivalent de la *res nullius*. Les tribunaux américains fondent leurs développements de la doctrine du *public trust* sur la *common law* anglaise. Ainsi, les terres submergées, les eaux et ressources marines ne sont pas des propriétés publiques de l'État, mais dépendent du *public trust lands*, du *public trust waters*, et du *public trust resources*. Le gouvernement n'en est pas le propriétaire, mais le *trustee* pour le compte de la population. La propriété du *public trust* est plus exactement considérée comme une *common property*, bien qu'il soit plutôt assimilé à une forme particulière de propriété publique en droit américain¹¹⁵³. La régulation *ex-ante* des usages pourrait se doubler d'une concurrence *ex-post*.

B- La régulation ex-post des usages concurrents en mer

Si la régulation *ex-ante* relève de la volonté normative, l'*ex-post*, relève de la réaction. Une définition plus politique exprime à travers l'*ex-ante* une organisation planifiée des comportements par une autorité extérieure à celui qui agit, tandis que l'*ex post* correspond à une liberté d'action utilisée par les opérateurs. En principe, l'*ex-ante* se situe au niveau du législateur, l'*ex-post* du juge¹¹⁵⁴ (1). La régulation *ex-post* pourrait-elle néanmoins être assurée par le marché ? (2).

1- Conséquence de l'échec de la régulation ex ante

Comment se règlent les conflits d'usage en mer, malgré une planification préalable établie sur la base d'une concertation et d'accords de compensation entre acteurs ? Une activité de pêche peut voir son exercice restreint au sein d'un parc EMR en raison des nuisances sonores provoquées par le mouvement des pâles, ou des vibrations engendrées par d'autres engins, qui auraient un effet d'éloignement sur la ressource halieutique présente dans la zone. La simple

¹¹⁵² C. ATIAS, « Modes d'acquisition de la propriété-Choses communes », *Jcl. civ.* Art. 714 Juillet 2011, n°17.

¹¹⁵³ G. OSHERENKO *op.cit.* pp. 327 et 328.

¹¹⁵⁴ M.-A FRISON-ROCHE, « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po Dalloz Paris 2006, p.33 et s.

présence des engins pourrait aussi provoquer le même effet. La transgression de l'usage commun peut s'apparenter à la théorie des troubles anormaux de voisinage. Le pêcheur lésé pourrait intenter une action sur le fondement de l'article 714 du code civil s'il justifie d'un intérêt légitime basé sur l'article 31 du NCPC¹¹⁵⁵.

La problématique potentielle des conflits d'usage en mer peut aussi s'analyser à travers le principe de la liberté de commerce et d'industrie, liberté publique garantie par la loi¹¹⁵⁶ et principe général du droit¹¹⁵⁷ ayant fait l'objet d'une consécration constitutionnelle¹¹⁵⁸ ? En effet, la liberté de commerce et d'industrie, si elle a pour objet d'empêcher les interventions publiques limitant le développement d'une activité commerciale, n'a pas pour fonction directe de garantir l'équilibre concurrentiel d'un marché¹¹⁵⁹. Il en va de même du principe d'égalité, qui rejoint le régime de l'usage appartenant à tous caractérisant le domaine public¹¹⁶⁰. Le Conseil d'État apprécie toutefois restrictivement cette liberté dans le cadre des autorisations délivrées sur le domaine public¹¹⁶¹. En outre, la liberté de commerce et d'industrie peut être restreinte légalement sur le DPM naturel, qui bénéficie d'une protection particulière¹¹⁶².

L'antériorité d'une activité de pêche par rapport à l'implantation d'un parc EMR peut-elle être source de droit ? Les pêcheurs peuvent-ils faire prévaloir leur connaissance du milieu, le fait que jusqu'à ces dernières décennies, ils étaient « les principaux usagers de l'espace côtier et ont exercé un quasi-monopole sur l'accès à ses ressources¹¹⁶³ » ? L'antériorité a longtemps été invoquée comme règle de régulation des usages au sein des communautés de pêcheurs, mais elle est peu reconnue en dehors d'elles.

Est-il envisageable que ces conflits se règlent non pas par la voie judiciaire mais de façon autonome, par l'autorégulation ?

¹¹⁵⁵ C. ATIAS, « Modes d'acquisition de la propriété-Choses communes », *Jcl. civ.* Art. 714, Fasc. Unique. Juillet 2011, n°27 et s.

¹¹⁵⁶ Telle que l'a reconnue le Conseil d'État dans son arrêt *Martial de Laboulaye*, 28 octobre 1960, *Rec. p.570*.

¹¹⁵⁷ CE, 29 septembre 2003, *Fédération nationale des géomètres experts*, req. n°221283.

¹¹⁵⁸ J.P. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique*, 5^e éd. LGDJ, Paris 2010, n°184, p.126.

¹¹⁵⁹ A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, Paris 2009, n°40, p.23.

¹¹⁶⁰ Article L2122-1 du CGPPP.

¹¹⁶¹ CE 23 mai 2012 *RATP* n°348909.

¹¹⁶² CE 6 octobre 2010 *Muntoni* req. n°341537.

¹¹⁶³ V. DELDREVE et M. CREPEL, « L'appropriation de l'espace côtier et de ses ressources. Des conflits entre pêcheurs et autres usagers du littoral et de la mer », in *Territoires de conflits. Analyses des mutations de l'occupation de l'espace*, sous la direction de T. KIRAT et A. TORRE, L'harmattan, 2008, pp.118 et s.

2- Une possible régulation par le marché

L'hypothèse d'un marché des ressources EMR ayant déjà été évoquée¹¹⁶⁴, il s'agirait plutôt ici d'un marché des titres d'occupation de l'espace marin, puisque on évoque la concurrence entre activités différentes sur un même espace. La concurrence porte ici sur l'espace occupé et non sur la ressource EMR.

La notion de cadastre marin pourrait-elle être la base de la création d'un marché des titres d'occupation pour les EMR ? Le marché des quotas par exemple ne conduit pas à l'appropriation de l'air mais à la régulation de ses modalités d'usage. En ce sens, les permis à polluer s'apparentent aux lois de police qui règlent la manière de jouir de l'air en tant que chose commune.

Certains pays comme la Nouvelle Zélande¹¹⁶⁵ proposent la création d'un nouveau marché en mer des TOR (*Tradable Occupation Rights*), assimilables à des permis négociables entre développeurs EMR et autres usagers du milieu marin. Ce marché serait taxé par l'État afin qu'il lui procure des revenus et intéresse le public à l'utilisation commerciale de la ressource.

En France, ce mécanisme de marché se heurterait au principe d'incessibilité des autorisations administratives délivrées sur le domaine public¹¹⁶⁶.

Le décret du 10 juillet 2013 prévoit quant à lui la possibilité pour le titulaire de l'autorisation d'implanter un parc EMR en ZEE, de « 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 ». Ainsi, le décret n'autorise pas de cession du titre au terme de celui-ci.

Il semble évident qu'une solution mixte s'impose, entre le marché et l'intervention d'une autorité. Bien que des *property rights* bien définis, exclusifs et transférables puissent garantir une allocation efficace des biens ou ressources sur l'usage desquels ils portent et autoriser des procédures de marché de correction des externalités¹¹⁶⁷, il semble que seule une autorité dotée de la légitimité et du pouvoir nécessaires puisse définir et attribuer ces droits.

¹¹⁶⁴ Cf. supra Section I

¹¹⁶⁵ I. BOISVERT, "Lifting the looking glass: tradable occupation could facilitate ocean renewable energy in New Zealand", August 2011, Property and Environment Research Center (PERC), New Zealand.

¹¹⁶⁶ A-C BEZZINA, « Marcel Waline et la théorie du domaine public : les prémonitions des notes d'arrêt », RFDA 2014, p.151 : rejet d'une conception patrimoniale des utilisations privatives du domaine public.

¹¹⁶⁷ T. KIRAT, *Économie du droit*, op.cit. p.59.

Quels sont les facteurs qui pourraient motiver l'une ou l'autre de ces solutions ? Selon les spécialistes de l'analyse économique du droit¹¹⁶⁸, il faut étudier les coûts comparatifs de ces modes de gouvernance. Si c'est la solution privée qui est choisie, cela entraîne trois types de coûts. Le premier concerne les coûts de transaction engagés pour s'entendre avec les personnes qui pourraient faire valoir des prétentions concurrentes sur ce qu'on voudrait s'approprier. Il s'agit notamment des négociations qui ont lieu entre les exploitants EMR et les pêcheurs. Le deuxième coût est celui de l'exclusivité. Une fois les droits définis, il faut les faire respecter, c'est à dire assurer que les clôtures soient érigées et renferment effectivement la ressource rare.

Si, dans l'allocation initiale des droits, une partie des personnes intéressées ne s'est rien vue attribuer ou se pense lésée, elles n'ont pas intérêt à respecter les clôtures et pourraient s'en prendre au bien d'autrui, même par violence. Cette violence peut être coûteuse et les propriétaires concernés peuvent se demander comment minimiser ces coûts, par une mise en commun des efforts de protection des droits. Le troisième coût est lié à la course à l'appropriation. Selon ces économistes, devant la perspective de réaliser des gains importants, si l'on obtient un droit de propriété sur une ressource jusqu'alors gérée en accès ouvert, chacun a intérêt à se précipiter à faire valoir ses revendications, même si les perspectives sont encore incertaines. Il pourrait en résulter une course à l'appropriation entraînant un gaspillage.

La solution consiste-t-elle en une définition de ces droits par l'État ? Ne serait-ce que parce qu'il détient le monopole de la contrainte, réduisant ainsi les coûts d'exclusivité ? Le droit défini par l'État peut sembler plus certain que celui qui résulte de la seule définition privée. Le fonctionnement de l'État entraîne toutefois lui aussi des coûts. Ils sont tout d'abord liés à un manque d'information, qui peut amener l'État à attribuer les nouveaux droits à des personnes autres que celles qui en feraient l'usage le plus valorisé. Le fonctionnement de l'État peut aussi être sujet au clientélisme. Enfin, les personnes en charge de cette attribution au sein de l'appareil étatique peuvent avoir des intérêts différents de l'intérêt général qui guide en principe l'action de l'État.

Si le marché de l'électricité EMR parvient à s'insérer harmonieusement parmi les autres usages en mer, il peut contribuer à la valorisation économique du milieu marin, soit par le bais de la perception de redevances ou de taxes, soit par la valorisation économique de la ressource EMR. Cette contribution dépasse cependant la simple dimension économique. Le marché de l'électricité EMR, en participant au mieux-vivre des citoyens, contribue aussi à la valorisation éthique du milieu marin.

¹¹⁶⁸ E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz 2008, p.219 et s.

Chapitre II- La valorisation éthique du milieu marin

« Des mers peuvent apparaître exclure certains peuples de toute communauté susceptible de s’instaurer entre eux, et cependant, par l’intermédiaire de la navigation, elles constituent précisément les plus heureuses dispositions prises par la nature en vue de leur commerce¹¹⁶⁹».

Les EMR contribuent, comme la navigation à une certaine époque, à la valorisation éthique du milieu marin. Avant d’expliciter l’idée de valorisation éthique, la notion même d’éthique mérite au préalable d’être définie.

Cicéron traduit le mot éthique par le néologisme de *mores*, à l’origine du mot « morale ». Les protestants emploient davantage le mot éthique, tandis que les catholiques parlent habituellement de morale. Peu importe, selon P. LE TOURNEAU¹¹⁷⁰, puisque « tous deux désignent une considération régulatrice des comportements ». Pour P. RICOEUR¹¹⁷¹, l’éthique est « la visée d’une vie bonne avec et pour autrui dans des institutions justes ». Il extrait du mot « valeur » le verbe « évaluer », lequel renvoie à son tour à « préférer », « ceci vaut mieux que cela ; avant valeur, il y a valoir plus ou moins. Or la préférence est l’apanage d’un être de volonté et de liberté¹¹⁷² ». L’éthique constitue une réflexion sur les valeurs guidant les actions humaines.

Dans l’*Éthique à Nicomaque*, Aristote nous explique que le but de l’éthique est de contribuer à la définition des fins de l’action humaine¹¹⁷³. Pour Aristote, l’éthique est « la réflexion ultime sur le sens et la destination de l’existence humaine », le « but et achèvement de la philosophie¹¹⁷⁴ ». Le bonheur est le but poursuivi par l’éthique, et la philosophie constitue le moyen d’atteindre ce bonheur, à travers la notion de « souverain bien¹¹⁷⁵ ». L’éthique dépasse ainsi largement la notion de morale¹¹⁷⁶, et permet de réfléchir au sens profond des règles imposées aux hommes.

¹¹⁶⁹ E. KANT, *Métaphysique des mœurs II. Doctrine du droit. Doctrine de la vertu*. Troisième section : du droit public. Le droit cosmopolitique. §62. Flammarion, Paris, 1994, p.180.

¹¹⁷⁰ P. LE TOURNEAU, « Le droit et l’éthique », in *Droit et technique. Études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*. Litec Paris 2007, p.292.

¹¹⁷¹ P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Seuil, Paris, 1990, 7^e, 8^e, 9^e études, p. 202.

¹¹⁷² P. RICOEUR, « Fondements de l’éthique », in *Autres temps. Les cahiers du christianisme social*. n°3, 1984, pp.61-71.

¹¹⁷³ M. MARZANO, *L’éthique appliquée*, 2^e éd. PUF 2010, p.7 :

¹¹⁷⁴ R. MISRAHI, *Qu’est-ce que l’éthique ?* Armand Colin, Paris 1997, pp. 18 et s.

¹¹⁷⁵ *Ibid.* p.20.

¹¹⁷⁶ E. PRAIRAT, *Les mots pour penser l’éthique*, PUN, Éditions universitaires de Lorraine, 2014, p. 81 : la morale est de l’ordre de l’agir, de la *praxis*.

L'éthique *appliquée* s'intéresse aux diverses situations de la vie qui soulèvent un questionnement moral. Il en va ainsi de l'éthique médicale ou de l'éthique de l'environnement¹¹⁷⁷. Selon T. YANG, l'éthique de l'environnement « a pour objet de fournir une justification éthique et une motivation morale à la cause de la protection mondiale de l'environnement ». Elle élargit le « champ des préoccupations éthiques au-delà de la communauté et de la nation pour y inclure non seulement toutes les populations du monde mais encore les animaux et l'ensemble de la nature (la biosphère), à la fois aujourd'hui et dans un proche avenir, qui inclut les générations futures ¹¹⁷⁸».

J.M. BESNIER¹¹⁷⁹ s'est interrogé sur la notion d'éthique en matière de changement climatique, « la question du climat a(yant) affaire avec l'éthique, pour autant qu'elle apparaît comme la clé de notre bien-être ». Il distingue tout d'abord l'éthique de la morale, bien que « les étymologies grecque et latine leur donnent en commun la référence aux mœurs¹¹⁸⁰ ». Selon lui, « la morale se préoccupe du permis et du défendu, du bien et du mal, de la norme susceptible de valoir universellement. L'éthique est plus modeste et plus concrète, elle est circonscrite à un contexte qu'il s'agit d'appivoiser, à un équilibre local qu'il s'agit d'assurer ». Il précise que, « s'agissant d'éthique, il est d'abord question de la recherche de ce bien-vivre auquel les hommes aspirent naturellement, tant sur le plan individuel que collectif, les deux apparaissant indissociables dès lors que ce bien-vivre aspire à se maintenir dans la durée¹¹⁸¹».

Or « les situations globalisantes telles que le climat provoquent facilement des replis sur le local, une préoccupation pour les réalités du terroir, des réflexions régionalistes, des enfermements communautaires » souligne J.M. BESNIER, qui poursuit ainsi : « pourquoi ne pas trouver de solutions dans ce mouvement de bascule du global au local¹¹⁸² ? La question du

¹¹⁷⁷ M. MARZANO *op.cit.* pp.3 et s : « Le développement croissant de la technique et des découvertes scientifiques posent de nouvelles questions tant aux individus qu'aux sociétés. L'analyse méta-éthique des concepts moraux et de leur emploi s'essouffle : l'éloignement des questions substantielles stérilise progressivement le débat et oblige les philosophes à revenir aux problèmes réels. D'où la structuration de l'éthique en branches différentes ».

¹¹⁷⁸ T. YANG, « Vers une éthique mondiale égalitaire de l'environnement » in sous la dir. de H. A.M.J. TEN HAVE, *Éthiques de l'environnement et politique internationale*, Éditions Unesco, Collection Éthiques, Paris 2007, p.26 et s.

¹¹⁷⁹ J.-M. BESNIER, « Les positions éthiques face aux effets anthropogéniques » in O. ABEL, E. BARD, A. BERGER, J.-M. BESNIER, R. GUESNERIE, M. SERRES, *Éthique et changement climatique*, Éditions Le Pommier, Paris 2009, p. 130 et s.

¹¹⁸⁰ Éthique : du bas latin *ethica* et du grec *êthikos* : « qui concerne les mœurs, moral ». Adj : qui a rapport aux conduites humaines et aux valeurs qui les fondent (les valeurs éthiques) ; N f : réflexion relative aux conduites humaines et aux valeurs qui les fondent, menée en vue d'établir une doctrine, une science de la morale (Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd. <http://www.cnrtl.fr/definition/academie9/ethique>).

¹¹⁸¹ Loin de la morale, l'éthique est aussi définie comme un « ensemble de principes et valeurs guidant des comportements sociaux et professionnels, et inspirant des règles déontologiques (codes de bonne conduite, de déontologie ou de bonnes pratiques) ou juridiques (lois dites bioéthiques) (G. CORNU, *Vocabulaire juridique* 9^eéd. PUF 2011, p.419).

¹¹⁸² Renvoyant à l'expression de René Dubos pendant la conférence de Stockholm en 1972 : « penser global – agir local ».

climat décourage ? Jouons la carte de la proximité. Parlons aux hommes de ce qui leur tient le plus à cœur : leur soif d'un bonheur tranquille¹¹⁸³ ».

Cette tendance au repli sur le local se rencontre dans le domaine des EMR. Celles-ci jouissent de l'image d'énergie propre, ayant globalement la faveur de la population. L'acceptabilité des EMR n'est cependant pas si évidente, et varie localement d'un projet à l'autre, en fonction des caractéristiques de chaque « territoire » maritime. C'est pourquoi il faut distinguer l'acceptation sociopolitique de l'acceptation locale. J. HAY a souligné cette distinction dans le domaine des EMR en précisant que « l'acceptation sociopolitique se réfère à l'acceptation sociale à l'échelle la plus large qui soit », et on peut affirmer que la population accepte globalement l'idée de développer les EMR. En revanche, « l'acceptation locale s'intéresse plus spécifiquement à la question de l'implantation de nouvelles installations de production d'énergie renouvelable dans un territoire donné. Elle prend en compte les avis favorables, défavorables ou non exprimés par les acteurs locaux, qu'il s'agisse des résidents ou des autorités locales¹¹⁸⁴».

Le repli spatial se double d'un repli temporel. En effet, bien que le marché de l'électricité EMR s'inscrive dans un objectif de développement durable, le contexte de crise économique n'encourage guère à la prise en compte des intérêts des générations futures. Selon l'analyse de J.M.BESNIER, l'éthique privilégie le local et le synchronique : « l'éthique selon KANT se conjugue au présent - et c'est bien naturel : c'est le vivre ensemble de contemporains qu'il faut réaliser (...) Quand on y songe bien -et (Hans) JONAS le reconnaît- il est discutable de dire que nous menaçons le droit d'être qui n'existent pas quand nous vivons comme nous vivons aujourd'hui¹¹⁸⁵ », les générations futures n'étant pas des sujets de droit. Sans dénier nos obligations morales et juridiques vis-à-vis des générations futures¹¹⁸⁶, favoriser une « éthique

¹¹⁸³ J.-M BESNIER *op.cit.* p.143 et s (p.145 : « nous assisterions à quelque chose comme une ruse de la raison, au sens que Hegel donnait à l'expression : les hommes croiraient agir pour eux-mêmes, égoïstement, pour satisfaire leur soif d'équilibre et, ce faisant, ils se montreraient éthiques ; et en même temps, nous découvririons qu'ils servent un intérêt supérieur et universel, celui d'une stabilisation du climat. Des effets bénéfiques sur le global résulteraient des micro-actions engagées au niveau local-des micro-actions rendues d'autant plus nécessaires que les conditions de vie imposées par les réglementations prises au niveau général appelleraient de nouveaux ajustements au niveau individuel ».)

¹¹⁸⁴ J. HAY, « Compensation et acceptation sociale des énergies marines renouvelables », in sous la dir. de G. GUEGUEN-HALLOUET et H. LEVREL, *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques*, Pédone 2013, p. 240 et s.

¹¹⁸⁵ J.-M BESNIER *op.cit.* p.137.

¹¹⁸⁶ Voir à ce propos les actes du colloque qui s'est tenu le 10 décembre 2010 à la Faculté de droit de Versailles et le 13 décembre 2010 à la Faculté de droit de Poitiers : *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?*, sous la dir. de J.-P. MARKUS, Dalloz Paris 2012, et notamment l'article de D. BIRNBACHER, « L'éthique du futur, une *contradictio in adjecto* ? », p.29 : « Une autre dimension qui rend difficile la mise en œuvre pratique d'une responsabilité envers les générations futures réside dans l'anonymat des humains futurs (...) Comment dans ces conditions conforter et renforcer la motivation d'agir en faveur des générations futures ? On peut recourir aux préceptes de l'école communautariste de la philosophie sociale, reposant sur les idées de solidarité et d'identification entre membres d'un groupe plus ou moins délimité. Il semble plus facile de développer chez l'humain une conscience de sa propre position temporelle dans la chaîne des générations, si cette pensée se

des micro-engagements¹¹⁸⁷» comme vecteurs de résistance sert indirectement la cause du climat, et partant, celles des générations futures.

Ce repli spatio-temporel axé sur la recherche d'un mieux-vivre se manifeste notamment dans l'expression des facteurs d'acceptation des EMR. Une enquête menée auprès de la population dans le cadre de l'implantation d'un parc éolien offshore aux Pays Bas dans la région des Wadden a révélé que le facteur paysager prévalait de loin par rapport à d'autres considérations telles que la contribution au ralentissement du changement climatique¹¹⁸⁸. Aux États Unis, les opposants au projet Cape Wind au large des côtes du Massachusetts ont mis en avant les atteintes au paysage et aux valeurs esthétiques, sur la base de la doctrine du Public Trust¹¹⁸⁹.

La valorisation éthique du milieu marin par les EMR présente des similitudes avec l'éthique liée au climat. En effet, d'une part, le marché de l'électricité EMR contribue au « mieux-vivre » des citoyens, à la production de biens publics. La notion de bien public appartient certes davantage au monde économique que juridique, mais parvient de plus en plus à tisser des liens avec le monde du droit. Elle transcende les concepts d'intérêt général ou de service public. Elle transcende aussi les frontières, à travers la notion de bien public mondial, reflétant ainsi la dimension mondiale de l'impact des EMR. Il s'agit ainsi de mettre en évidence la finalité de la valorisation éthique du milieu marin par les EMR (**Section I**).

D'autre part, le marché de l'électricité EMR ne contribue à la valorisation éthique du milieu marin qu'en prenant en compte l'avis du public, y compris à l'échelle locale, bien que la finalité de celle-ci soit mondiale et transfrontière. La multiplication des activités maritimes appelle une réflexion sur « l'aménagement du territoire » en mer. Le milieu marin ne constitue certes pas un habitat permanent pour les populations, mais il constitue un espace de loisirs et d'exploitation d'activités industrielles et commerciales, dont les processus de décisions d'aménagement ne peuvent écarter le public. Bien que l'implantation des parcs EMR s'effectue en mer, elle exerce une influence sur le quotidien des riverains, notamment en raison de son impact sur le paysage maritime.

réfère à une communauté présentant une certaine identité culturelle, nationale ou régionale. Il faudrait que se développe un sentiment de gratitude envers les générations précédentes de cette même communauté, sentiment qui trouverait son pendant naturel dans la consécration d'obligations à l'égard des générations futures ».

¹¹⁸⁷ J.-M. BESNIER *op.cit.* p. 145.

¹¹⁸⁸ M. WOLSINK, « Acceptation sociale de l'innovation en matière d'énergie renouvelable : en quoi l'offshore est-il différent ? », in sous la dir. de G. GUEGUEN-HALLOUET et H. LEVREL, *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques*, Pédone 2013, p.233.

¹¹⁸⁹ A.B. KLASS, « *Renewable energy and the Public Trust doctrine* », *University of California, Davis Vol.45*, 2012, p.1041.

La contribution des EMR à la valorisation éthique du milieu marin implique une prise en compte de l'avis du public, mais jusqu'à quel point ? La notion de « public » mérite d'être explicitée. S'agit-il du citoyen, de l'utilisateur du domaine public maritime ? Au-delà de son rôle consultatif, on peut aussi s'interroger sur son implication dans la gestion du milieu marin **(Section II)**.

Section I- La finalité de la valorisation éthique du milieu marin

Le concours des EMR à la valorisation éthique du milieu marin peut être exprimé à travers la notion de bien public. Cette notion économique commence à pénétrer le droit interne (§1) et traduit d'ores et déjà en droit international une préoccupation croissante du bien public à travers le concept de bien public mondial (§2).

§1- L'emprunt de la notion de bien public au domaine économique

Dans quelle mesure l'électricité issue des EMR peut-elle être envisagée comme un bien public contribuant à la valorisation éthique du milieu marin ? Quel sens faut-il donner ici au terme « public » dans l'expression « bien public » ? Il peut renvoyer à l'idée d'un bien destiné à satisfaire le public **(A)**. Mais il ouvre aussi la discussion sur la responsabilité de la prise en charge de ce bien. La production d'énergie à partir des EMR doit-elle nécessairement être prise en charge par une personne publique, et ce même par le biais de personnes privées ? Nous verrons que le bien public dans le cas des EMR peut aussi être un bien collectif pris en charge par les citoyens ? **(B)**.

A- Le bien public et l'ancienne notion juridique de bien commun

Le bien public, concept économique appréhendé timidement par la jurisprudence **(1)**, en se rapprochant de la notion juridique de bien commun, traduit la contribution des EMR à la satisfaction collective **(2)**.

1- La définition du bien public

Notion économique avant tout **(a)**, le bien public commence à être appréhendé par le juge **(b)**.

a) Une notion économique

Le bien public n'est pas entendu ici dans son acceptation juridique, c'est-à-dire comme étant un bien appartenant à une personne publique, soit une propriété publique¹¹⁹⁰. Un détour par le domaine économique permet d'en extraire toute la richesse. Le terme anglais « *public good* », qui a été traduit par bien public, entretenant ainsi la confusion, ne fait pas nécessairement l'objet d'une appropriation publique. Il désigne plutôt des « choses-supports » de bien-être pour l'ensemble du public¹¹⁹¹. Selon la théorie économique du bien-être, ce ne sont pas nécessairement des biens au sens juridique, ce sont des services rendus, des prestations fournies¹¹⁹², qui ne sont pas spontanément produits par le marché car deux caractéristiques leur font défaut¹¹⁹³ : l'exclusion d'usage ou excluabilité et la rivalité.

L'excluabilité suppose qu'il est possible d'empêcher un individu d'utiliser ce bien. La rivalité induit que l'usage du bien par un individu diminue d'autant l'usage de ce bien par un autre individu. Ainsi les biens, en économie, suivant ces caractéristiques, se classent en quatre catégories. Tout d'abord les biens privés, qui sont à la fois excluables et rivaux. Viennent ensuite les biens publics, ni excluables ni rivaux, comme la défense nationale. Elle protège tous les citoyens d'un pays de manière égale et le fait qu'une personne soit défendue n'empêche pas qu'un autre citoyen le soit aussi. Ce sont des biens publics purs car ils cumulent les deux caractéristiques. Un bien est qualifié de bien public soit parce que par nature on lui reconnaît cette caractéristique, comme l'air ou la mer, soit par décision politique pour rendre la consommation du bien collective.

Il existe des biens publics dits impurs car ils ne remplissent qu'un des deux critères. Les ressources communes notamment constituent des biens rivaux mais non excluables, tels les poissons dans l'océan, qualifiés de *res nullius*.

Enfin, quand un bien est excluable mais non rival, ce sont des « biens de club¹¹⁹⁴ » ou encore des monopoles naturels. A l'inverse des ressources communes, leur utilisation n'entraîne pas leur diminution mais exclut d'autres usagers par l'octroi d'autorisations par exemple. Un programme crypté de télévision ne peut être regardé que par les ménages disposant d'un décodeur, mais la consommation individuelle d'un abonné n'empêche pas celle d'un autre abonné.

¹¹⁹⁰ S. TRAORE, *Droit des propriétés publiques*, Vuibert, Paris 2008, p. 8 et s.

¹¹⁹¹ M. BOUL, « Les « *public goods* » : traduction juridique d'une notion économique » *RFDA* 2013, p.557

¹¹⁹² J.B. AUBY, « Quelques observations sur la notion économique de bien public et ses rapports possibles avec le droit public », *Gazette du Palais*, 1^{er} oct.2011, n°274, p.22.

¹¹⁹³ N. MANKIW Gregory et TAYLOR Mark, *Principes de l'économie*, Traduction de la 2^e édition anglaise, Éditions De Boeck, Paris 2011, p. 282 et s.

¹¹⁹⁴ F. LEVEQUE, *Économie de la réglementation*, Éditions La Découverte Paris 2004, p. 85 ; M. BOUL, « Les « *public goods* » : traduction juridique d'une notion économique » *RFDA* 2013, p.557.

Les zones propices à l'exploitation des EMR pourraient correspondre à cette catégorie. En effet, l'utilisation par un exploitant des ressources EMR n'altère pas leur consistance ni leur quantité, mais l'exploitant s'est vu attribuer une zone EMR pour son usage exclusif.

L'électricité est perçue par certains économistes comme un bien hybride qui combine les caractéristiques d'un bien public et d'un bien privé. En effet, « le kilowattheure est un bien privé, les fils électriques sont des « facilités essentielles » accessibles aux tiers, la mise à disposition de l'électricité au client final peut être considérée comme un bien public entrant dans la catégorie du service public¹¹⁹⁵». Quant à la production d'électricité à partir des EMR, bien qu'on ne puisse réellement lui attribuer les deux caractéristiques du bien public que sont la non rivalité et la non excluabilité, elle se rapproche de la notion de bien public en ce qu'elle représente une défaillance du marché nécessitant une intervention publique. La notion économique de bien public présente ainsi des similitudes avec celle de mission d'intérêt général en droit, ces deux notions ayant pour finalité de cerner les champs actuel et souhaitable de l'intervention publique. Elles s'opposent toutefois sur le mode de déduction du caractère public du bien ou d'intérêt général de la mission. En effet, la caractéristique de bien public découle de l'examen concret des spécificités de l'activité tandis que le caractère d'intérêt général peut être attribué pour des motifs purement politiques, parce que l'État a décidé à un moment donné de prendre en charge telle activité, sans considération de ses caractéristiques intrinsèques¹¹⁹⁶, ce qui renvoie au caractère contingent de l'intérêt général.

L'intervention de l'État dans le soutien à la production d'électricité EMR se justifierait alors non pas parce que cette activité constitue un bien public en soi, mais parce qu'elle participe à la production de biens publics. C'est pourquoi l'État encourage la production privée de biens publics en soutenant l'activité des EMR.

b) Une amorce d'apparition dans la jurisprudence

Le Conseil d'État a fait référence à la notion de bien public dans ses arrêts du 13 octobre 2010 et 30 mars 2011¹¹⁹⁷ relatifs à l'ouverture à la concurrence du marché des jeux d'argent et de hasard en ligne. Selon lui en effet, le droit d'exploitation des résultats sportifs peut être octroyé aux seules fédérations sportives dans la mesure où ce droit n'est pas un « bien public » n'ayant

¹¹⁹⁵ J. PERCEBOIS, « Gaz et Électricité, un défi pour l'Europe et pour la France », Rapport du Conseil d'analyse économique, *La Documentation Française*, Paris 2008, p.30.

¹¹⁹⁶ J.B. AUBY, « Quelques observations sur la notion économique de bien public et ses rapports possibles avec le droit public », *Gazette du Palais*, 1^{er} oct.2011, n°274, p.22.

¹¹⁹⁷ CE 13 octobre 2010 *Sté Betclit Entreprises Limited* n°342142, D.2011. 703 ; Dr. admin. 2011, comm.13, obs. M. BAZEX ; M. BAZEX, « La notion de bien public, entre droit positif et rationalité économique », *Gazette du palais*, 21 mai 2011, n°141, p.7 ; CE 30 mars 2011, *Sté Betclit Entreprises Limited* n°342142 Lebon T. p.828; *AJDA* 2011, 1288.

pas « privé les opérateurs de paris sportifs en ligne d'un bien dont ils auraient pu librement disposer ».

2- Le rapprochement du bien public et du bien commun

L'intérêt d'emprunter au monde économique la notion de *public good* ou bien public permet de renouer le lien entre l'ancienne notion de bien commun et le service public, lui-même faisant écho à l'intérêt général et à l'utilité publique. Les notions de bien commun et d'intérêt général sont parfois confondues mais la première relève davantage d'une catégorie morale que juridique. Elle traduit, comme le souligne le rapport du Conseil d'État sur l'intérêt général¹¹⁹⁸, la « conviction que les valeurs existent en soi, transcendantes et incontestables, et qu'elles sont accessibles à l'homme pour peu qu'il fasse usage de sa raison. Elle désigne le bien-vivre, à la fois matériel et spirituel de la communauté, c'est à dire l'épanouissement de la nature humaine ». L'apparition de la notion d'intérêt général dans la pensée politique n'est pas le résultat d'une simple laïcisation de la notion de bien commun, mais bien une conception radicalement nouvelle du pouvoir¹¹⁹⁹. La notion d'intérêt général rejoint celle de bien commun, mais le « bien commun est naturel et l'intérêt général est rationnel¹²⁰⁰».

C'est dans la notion de service public, qui a été regardée comme le critère central de définition du droit public, que transparait la place primordiale dévolue à l'intérêt général. Le service public est en effet défini comme une activité d'intérêt général, soit directement prise en charge par une personne publique, soit exercée sous son contrôle étroit. La notion de service public a évolué parallèlement à celle d'intérêt général. En effet, l'apparition de nouveaux services publics consacrés par le juge administratif a contribué à la multiplication des services publics appelés à répondre à toujours plus de besoins¹²⁰¹. Les biens publics sont alors l'émanation économique de la prise en compte du bien commun.

Le lien entre les notions de bien public et de service public est ténu et se retrouve dans le concept d'« interdépendance sociale » développé par le doyen Duguit¹²⁰². Le service public représente l'activité qui permet de produire ou satisfaire le bien public. Sans entrer dans la controverse doctrinale relative à la qualification de l'activité de production EMR d'activité de service

¹¹⁹⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *L'intérêt général*, Rapport public 1999, EDCE n°50, La Documentation française Paris 1999, p.249 et s : La notion de bien commun est au cœur de la pensée politique jusqu'à la fin du XVIe siècle.

¹¹⁹⁹ *Ibid.* p. 251.

¹²⁰⁰ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J. Paris 2004, p.11.

¹²⁰¹ CONSEIL D'ÉTAT, *L'intérêt général*, *op.cit.* p. 273.

¹²⁰² M. BOUL, « Les « *public goods* » : traduction juridique d'une notion économique » *RFDA* 2013, p.557 ; G. MARCOU, « Maintenir l'expression et la notion de service public », *AJDA* 2008, p.833.

public¹²⁰³, l'application de la notion de bien public à la production d'électricité de source EMR permet de la rattacher à l'idée qu'elle contribue à satisfaire certains besoins primordiaux comme l'accès à l'électricité, la création d'emploi, l'atténuation des conséquences du changement climatique sur la population. Les économistes emploient aussi l'expression de « bien collectif ». La dénomination de bien collectif « renvoie les économistes au concept de bien-être collectif et suggère aux juristes la référence au « bien commun », ancêtre de l'intérêt général¹²⁰⁴.

Le marché des EMR constitue en cela une opportunité de valorisation du milieu marin pour favoriser l'accès à l'électricité de certaines populations isolées, telles que les îles d'Ouessant et Molène en Bretagne, qui, contrairement aux îles de Bréhat, Belle Ile ou Groix, ne sont pas raccordées au réseau électrique continental par des câbles sous-marins, mais produisent localement leur électricité grâce à des groupes électrogènes fonctionnant au fioul¹²⁰⁵. Bien que les habitants paient l'électricité au même tarif que les continentaux grâce à la péréquation tarifaire, l'ADEME, la région Bretagne et EDF ont lancé des études afin de diminuer les coûts de production de l'énergie sur ces îles.

Parmi les initiatives proposées figure celle de la société SABELLA, qui a développé une hydrolienne¹²⁰⁶, SABELLA D10, immergé en juin 2015 dans le passage du Fromveur¹²⁰⁷. Son générateur sera connecté directement au réseau électrique de l'île en accord avec ERDF et devrait offrir jusqu'à 500 mégawatts soit 40% de la consommation électrique de l'île d'Ouessant, performance aléatoire en fonction de la puissance du courant. Lorsque celui-ci ne se montrera assez puissant, la centrale au fuel prendra le relais. On peut ainsi considérer que la production d'électricité par cette hydrolienne contribuera au bien-être des habitants de l'île d'Ouessant. Serait-ce une étape dans la reconnaissance de la production d'électricité EMR comme un bien public ?

Sur le plan économique, cette qualification est généralement attribuée à la fourniture d'électricité, ou plutôt à la sécurité d'approvisionnement qu'elle est tenue d'assurer. Certains économistes¹²⁰⁸ considèrent cependant cette sécurité d'approvisionnement comme étant un bien

¹²⁰³ Voir 2^e partie, Titre II, Chapitre I.

¹²⁰⁴ M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs ? Les forces imaginantes du droit (IV)*, Éditions du Seuil Paris, Février 2011, p.282.

¹²⁰⁵ En 2009, la production d'électricité sur l'île d'Ouessant était assurée par 2 groupes de 1200 kVA et 2 groupes de 1450 kVA consommant 1 890 000 litres de fioul pour fournir les 5 500 MWh consommés sur l'île (www.actualites-news-environnement.com, 30 juin 2009, « Production d'énergies renouvelables sur les îles d'Ouessant et Molène »).

¹²⁰⁶ Un premier démonstrateur, SABELLA D03, avait été testé en 2008 dans l'estuaire de l'Odet à Bénodet (www.meretmarine.com, 1^{er} avril 2014, « Ouessant : SABELLA va immerger son hydrolienne fin 2014 »).

¹²⁰⁷ La société SABELLA espère le bouclage du financement de 12 millions d'euros en mai prochain (www.lemarin.fr, 31 mars 2014, « Sabella reporte d'un an l'immersion de son hydrolienne au large d'Ouessant »). La société a du reporter la date de l'immersion en raison de problèmes de financement.

¹²⁰⁸ E. SALIES, L. KIESLING, M. GIBERSON, « L'électricité est-elle un bien public ? », *Revue de l'OFCE* 101, Avril 2007.

public impur car l'existence de pannes localisées fait de cette sécurité un bien public local (Stiglitz, 2006). L'électricité est un bien dont la consommation peut créer des congestions, et donc imparfaitement non-rival. Des rivalités apparaissent dès que le niveau de consommation approche un certain plafond. L'électricité effectivement consommée pour faire fonctionner un ordinateur ou une télévision est un bien privé. En revanche, la production d'électricité sur le marché de gros est un bien public. Il est pratiquement impossible de déterminer *ex ante* et *ex post* la fourniture, dans quel ordre et quels clients sont servis par une centrale que l'on vient de démarrer pour répondre à une hausse de consommation. Il est donc difficile d'exclure un client en particulier du bénéfice provenant de l'électricité produite sur les marchés de gros.

Et dès lors que l'offre cesse, tout le monde cesse d'être servi. En outre, l'électricité produite sur les marchés de gros n'a pour fonction de sécuriser l'approvisionnement d'un client en particulier.

La notion de bien collectif peut avoir trait aussi à son mode de production ou de gestion.

B- Bien public, biens collectifs et biens communs

La notion de bien public contient l'idée que la production EMR puisse être un bien collectif d'une part (1) et renvoie d'autre part au concept économique des biens communs (2)

1- Du bien public au bien collectif

L'ambiguïté de l'adjectif « public » dans l'expression « bien public » a été mise en évidence par M. DELMAS-MARTY¹²⁰⁹, qui soulignait ainsi sa difficile transposition en droit.

« Public » dans la terminologie juridique en langue française est en effet opposé à « privé » et renvoie à des biens fournis par l'État à l'ensemble de la population. Le bien public suggère la présence de la puissance publique, au titre de fournisseur ou de propriétaire du bien, ce qui le rapproche de la notion de service public. Mais ces biens peuvent aussi être fournis par les marchés privés, ou par les citoyens eux-mêmes. La dénomination de biens « collectifs » prend alors une autre dimension, non plus seulement dans l'idée de la satisfaction collective mais plutôt dans le sens d'une gestion collective par les citoyens.

En théorie, les biens collectifs peuvent être financés et produits sans implication de la puissance publique. Le terme de bien collectif présente l'avantage d'être neutre, il ne se réfère à l'initiative d'aucun acteur en particulier¹²¹⁰.

¹²⁰⁹ M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs. Les forces imaginantes du droit (IV)*, Éditions du Seuil, Février 2011, p.281 et s.

¹²¹⁰ F. LEVEQUE *op.cit.* p.77.

La production d'électricité de source renouvelable en France, et notamment en mer, ne peut pas encore être considérée comme un bien collectif. En effet, la prise en charge citoyenne demeure très marginale, voire inexistante dans le domaine des EMR, contrairement au Danemark. Chaque Danois peut devenir actionnaire d'une éolienne par le biais de coopératives. Le parc éolien offshore de Middelgrunden est un bel exemple de participation financière des citoyens puisque la moitié des 20 turbines de 2 MW sont détenues par une coopérative de 8 650 membres¹²¹¹, l'autre moitié appartenant à Dong Energy¹²¹². En France, les cas sont isolés. Le plus bel exemple est celui du parc éolien terrestre de Béganne dans le Morbihan, initié par l'association Éoliennes en Pays de Vilaine. Il est composé de 4 éoliennes de 2 MW. L'originalité du projet consiste dans la participation financière de mille personnes physiques ou morales de la région, dont des clubs d'investisseurs ou Cigales (Clubs d'Investisseurs pour une Gestion Alternative Locale de l'Économie Solidaire)¹²¹³.

Ce mouvement citoyen ne se manifeste pas encore vraiment dans le domaine des EMR, en raison des coûts de développement des technologies qui demeurent exorbitants. C'est pourquoi il est nécessaire de faire appel aux sociétés privées, que ce soit pour le montage des projets ou de l'exploitation des parcs. La gestion d'un bien collectif peut être privée, sans altérer les bienfaits pour la communauté.

La tendance pourrait toutefois évoluer grâce à la loi n°2015-992 du 17 août 2015¹²¹⁴ relative à la transition énergétique pour la croissance verte créée une nouvelle section dans le code de l'énergie intitulée « Investissement participatif ». Le nouvel article L.314-27 prévoit la possibilité pour une société privée constituée pour porter un projet de production d'énergie renouvelable de proposer aux habitants dont la résidence est proche du lieu d'implantation du projet de participer à leur capital ou de participer au financement du projet. C'est ainsi que la société EOLMED, lauréate d'un appel d'offres pour développer des fermes pilotes d'éoliennes flottantes au large de Gruissan en région Occitanie, a intégré une part d'investissement participatif local dans son financement. Il s'agit du tout premier projet EMR intégrant un investissement citoyen¹²¹⁵.

2- Du bien collectif aux biens communs

¹²¹¹ H.C. SORENSSEN, L.K. HANSEN, J.H. MOLGAARD LARSEN, « *Middelgrunden 40 MW Offshore windfarm Denmark. Lessons learned.* », www.oceanrenewable.com, October 2002 : La coopérative est composée de 40 500 parts, chaque part représentant une production de 1 000 kWh/an.

¹²¹² www.middelgrunden.dk

¹²¹³ www.lesechos.fr, « Bégawatts, un parc éolien financé par l'épargne de proximité », 12/11.

¹²¹⁴ JORF n°0189 du 18 août 2015 page 14263.

¹²¹⁵ <https://www.actu-environnement.com/ae/news/parc-eolien-flottant-eolmed-mediterranee-finacement-participatif-enr-31281.php4>

La production d'électricité EMR semble aller quelque peu à contre-courant de la tendance actuelle du retour des biens communs. Les biens communs, notion économique, différente du bien commun, notion juridique, sont aussi dénommées ressources communes et constituent des biens publics impurs car rivaux et non excluables, telles les ressources naturelles, les poissons¹²¹⁶, mais aussi les ressources culturelles par rapport à la conception de patrimoine commun de connaissances ou les ressources numériques avec le développement des usages d'internet. Les biens communs reviennent ainsi en force¹²¹⁷. Selon E. OSTROM, prix Nobel d'économie 2009, les biens communs permettent de transcender les concepts de gouvernance par le marché et par l'État, et de dépasser l'opposition entre biens publics et biens privés. Dans son ouvrage *Governing the Commons*¹²¹⁸, elle forge une théorie néo-institutionnaliste de la gestion collective des biens communs en s'appuyant sur des études de cas locaux de Communs autogérés dans le domaine de l'eau, des pêcheries, de la chasse. Le droit centralisé, dispositif privilégié de l'État légicentré, fait l'objet de critiques dans sa capacité à traiter les difficultés de gestion des biens et des services.

J. RIFKIN¹²¹⁹ quant à lui oppose à ce droit centralisé le pouvoir latéral dans le domaine énergétique. Après un système de production d'énergie centralisé se profilerait une production distribuée, où chaque citoyen serait producteur de sa propre énergie grâce à internet notamment. Il s'agit d'aller plus loin que le simple système de réseaux électriques intelligents, dits *smartgrids*, en équipant ceux-ci de compteurs et de capteurs intelligents permettant aux compagnies d'électricité de collecter de l'information à distance sur les flux électriques. RIFKIN évoque ici la possibilité d'utiliser internet pour transformer le réseau électrique en réseau info-énergétique interactif qui permettrait à des millions de personnes de produire leur propre énergie renouvelable et de partager des électrons entre eux. Il part du principe qu'à terme chaque immeuble¹²²⁰ sera susceptible de produire pour ses besoins une énergie propre et renouvelable, devenant ainsi une mini-centrale électrique, l'excédent pouvant être vendu via internet. L'ancien président du Parlement européen¹²²¹ a évoqué cette « troisième révolution industrielle », citant J. RIFKIN, à laquelle l'Union européenne doit ouvrir la voie. Selon lui,

¹²¹⁶ F. LEVEQUE *op.cit.* p.88.

¹²¹⁷ D. BOURCIER, « Le bien commun, ou le nouvel intérêt général », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier, Penser la science administrative dans la post-modernité*, LGDJ, Paris, 2013, p.97.

¹²¹⁸ E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 30 nov.1990.

¹²¹⁹ J. RIFKIN, *La troisième révolution industrielle*, Les liens qui libèrent, 2012, p. 80 et s.

¹²²⁰ *Ibid.* p. 69 : On estime qu'il y a 190 millions d'immeubles dans les 27 États membres de l'UE. Chacun d'eux est une mini centrale électrique en puissance qui pourrait collecter sur site des énergies renouvelables-le soleil sur le toit, le vent qui arrive sur les murs extérieurs, les ordures qui sortent de la maison, la chaleur géothermique sous les fondations...

¹²²¹ Discours de Hans-Gert POTTERING, président du Parlement européen, à la 2^{ème} Agora citoyenne de l'Union européenne, 12 juin 2008.

une révolution industrielle est liée à la conjonction de deux éléments : l'émergence de nouvelles technologies de l'information et l'apparition d'une nouvelle donne énergétique. Au XIX^{ème} siècle, la technologie de la machine à vapeur a permis l'essor de l'imprimerie, qui a servi de socle à la révolution industrielle. Au début du XX^{ème} siècle, la communication électrique (le téléphone, la radio, la télévision), a convergé avec le moteur à combustion interne pour engendrer la deuxième révolution industrielle. La troisième révolution industrielle naîtra de la jonction de la communication par Internet et des énergies renouvelables.

Le pouvoir distribué s'est déjà illustré dans l'industrie du disque, qui a vu son chiffre d'affaires s'effondrer en raison du partage de la musique en ligne, l'*Encyclopaedia britannica* n'a pas pris la mesure du pouvoir coopératif et distribué qui a fait de *Wikipédia* la principale source de référence du monde et les journaux n'ont pas tous anticipé le pouvoir distribué de la blogosphère, obligeant nombre de publications à fermer leurs portes ou à transférer une partie de leurs activités en ligne. Selon RIFKIN, le « partage entre les gens d'une énergie distribuée dans un espace commun ouvert » aura des conséquences encore plus vastes¹²²².

La production d'énergie à partir des EMR semble difficilement conciliable avec l'émergence de ce pouvoir distribué dont RIFKIN fait état, en raison du coût des technologies EMR d'une part, et du lieu de leur exploitation, éloigné des centres de vie des citoyens. L'espace marin présente cependant des similitudes avec l'espace numérique qu'est Internet, notamment quant à la nécessité d'une approche décentralisée de la gouvernance. « Si l'on considère ce dernier comme un territoire, un des réflexes consisterait à avoir recours aux règles de souveraineté. (...) Or, le caractère immatériel et transfrontalier du réseau est rétif à une telle analyse. De plus, l'organisation décentralisée d'Internet le soustrait, du moins en partie, à une approche centralisée de sa gouvernance¹²²³».

Ce phénomène de transcendance des frontières transparaît dans la notion de bien public mondial.

¹²²² J. RIFKIN *op.cit.* p.57.

¹²²³ M.CLEMENT-FONTAINE, « Internet et la résurgence des « communs » », in *Repenser les biens communs*, sous la direction de B.PARANÇE et J.de SAINT VICTOR, CNRS Éditions, Paris 2014, p.268 et s ; voir aussi E.DESCLEVES, « La mer, vecteur et enjeu du futur », *Études*, S.E.R. Tome 418, Mars 2013, n°4183, pages 295 à 306, spécialement p.303 : « La mondialisation met aujourd'hui en exergue les espaces communs (que les américains appellent les *Global Commons*), espaces fluides et non administrés qui échappent justement à la souveraineté directe des États et constituent à la fois un enjeu et un champ d'affrontement. C'est le cas des espaces géographiques exo-atmosphérique et maritime (y compris les fonds marins) mais aussi électromagnétique (Internet, cyberspace) ou encore d'autres champs « sans frontières » comme la finance, les médias, les ONG ou le savoir d'une façon plus générale. Ces espaces ont en commun de s'organiser de façon non hiérarchique autour d'un ensemble de réseaux qui relient entre eux les points nodaux constitués par les différentes zones de peuplement, d'exploitation, et de transformation des ressources ou des données immatérielles, de concentration des savoirs ou des centres de décision. Liberté de circulation, interconnexion, continuité, fluidité, reconfiguration, plasticité, contournement, capillarité, diffusion ou concentration : autant de caractéristiques qui les rapprochent des pratiques maritimes établies depuis des temps immémoriaux. En ce sens aussi, le phénomène de la mondialisation a un caractère historiquement maritime ».

§ 2- Les EMR et la notion de bien public mondial

La contribution du marché de l'électricité EMR à la valorisation éthique du milieu marin se mesure aussi à l'échelle internationale. La notion de bien public mondial permet d'appréhender le concept de propriété publique mondiale autrement que par le biais du patrimoine commun de l'humanité ou du patrimoine mondial. Le bien public mondial ne concerne pas la gestion commune d'un domaine naturel ou la diversité du patrimoine culturel mondial, mais vise à la protection de libertés publiques mondiales. Après avoir tenté de cerner plus précisément le contour de cette notion somme toute encore floue et d'en démontrer l'application éventuelle aux EMR (A), son lien avec la protection des droits fondamentaux mérite d'être souligné (B).

A- La contribution du marché de l'électricité EMR à la production de biens publics mondiaux

Avant d'illustrer la contribution de ce marché à la production de certains biens publics mondiaux (2), l'application aux EMR de la notion de bien public mondial doit être explicitée (1).

1- La notion de bien public mondial appliquée aux EMR

L'assemblée générale de l'ONU a déclaré l'année 2012 « Année internationale de l'énergie durable pour tous »¹²²⁴. Dans le rapport qui en est issu, l'accent a été mis sur les EMR, dans la mesure où celles-ci sont susceptibles de renforcer la sécurité énergétique, de créer des emplois et d'atténuer les répercussions du changement climatique. Le déséquilibre dans le domaine des EMR entre les pays développés et les pays en développement, notamment les petits États insulaires a également été souligné. Les EMR sont considérées comme un vecteur de développement économique équitable et durable, de paix, de stabilité et de justice sociale. En matière d'équité sociale, il a été mis l'accent sur la notion de justice distributive en matière d'EMR pour promouvoir le développement durable, et atteindre ainsi une meilleure justice sociale environnementale.

La paix, le développement économique équitable et durable, la qualité du climat, sont désignés par l'ONU sous le terme de *Global public goods*. Le concept de « *Global Public Goods* » ou biens publics mondiaux est né d'un rapport du Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD) en vue de développer une nouvelle approche de la coopération et de

¹²²⁴ Rapport constituant un document de l'Assemblée générale à sa 67^e session (A/67/120), au titre du point 76 a) « Les Océans et le droit de la mer » (rapport sur les travaux du Processus consultatif informel ouvert à tous sur les océans et le droit de la mer lors de sa 13^e réunion, du 29 mai au 1^{er} juin 2012 au siège de l'ONU)

l'aide publique internationale, fondée non plus sur la charité, mais sur une co-responsabilité des États dans la préservation des intérêts communs¹²²⁵. Le dernier rapport du PNUD de 2013 met l'accent sur la nécessité de reconsidérer la gouvernance des biens publics mondiaux dans un contexte d'essor du Sud. Il prône une « nouvelle vision mondiale des biens publics (...) tels que l'air pur et d'autres ressources partagées que le marché seul ne produit ou ne distribue pas suffisamment, voire pas du tout, et pour lesquels les mécanismes des États sont essentiels¹²²⁶ ». Cependant, la notion de bien public mondial n'a pas encore été consacrée en tant que telle en droit international¹²²⁷ et n'a pas de « signification juridique propre », selon S. HEATHCOTE¹²²⁸, qui ajoute toutefois que « ce débat sur les biens publics s'inscrit dans celui plus ancien portant sur les intérêts communs à la communauté internationale » et présente « l'intérêt de permettre une nouvelle conceptualisation de ce vieux débat ».

Le qualificatif mondial adossé au bien public rend la transposition de ce dernier en droit davantage ardue. En effet, si l'on part de l'idée que « public » renvoie à des biens fournis par l'État, l'absence d'État à l'échelle mondiale rend cette transposition impossible, sauf à rattacher l'adjectif « public » à la puissance publique et non à l'État. Ces biens mondiaux peuvent néanmoins aussi être fournis par les marchés privés. D'un autre côté le caractère mondial transcende les frontières nationales, mais il ne renvoie pas nécessairement au niveau planétaire et peut se cantonner au niveau régional. Ainsi, les biens publics mondiaux peuvent être des biens mondiaux par nature, comme l'atmosphère ou la couche d'ozone, ou des biens nationaux mondialisés pour les besoins de la coopération internationale, comme la santé, mondialisée pour renforcer la lutte contre certaines maladies ou faciliter l'accès aux médicaments¹²²⁹. Placés non seulement sous la garantie des institutions internationales mais aussi des États et des acteurs privés, ils permettraient, selon M. DELMAS MARTY¹²³⁰, de concilier la prise en compte de la territorialité avec les intérêts de la collectivité mondiale. Cette idée avait déjà germé à travers le concept de domaine public international permettant l'affectation de certains biens aux intérêts

¹²²⁵ PNUD, *Les biens publics à l'échelle mondiale. La coopération internationale au XXI^e siècle*. Sous la dir. de I. KAUL, I. GRUNBERG, M.-A. STERN, Oxford University Press, 1999 ; A.SUY, *La théorie des biens publics mondiaux, une solution à la crise*, L'Harmattan, Paris 2009, p.11 et s.

¹²²⁶ PNUD, *Rapport sur le développement humain 2013. L'essor du Sud : le progrès humain dans un monde diversifié*, 2013, p.113-143.

¹²²⁷ E. GAILLARD, « Le patrimoine commun de l'Humanité. Trust intergénérationnel et « biens communs » », *in Repenser les biens communs*, sous la direction de B. PARANCE et J.de SAINT VICTOR, CNRS Éditions, Paris 2014, p.141.

¹²²⁸ S. HEATHCOTE, « Les biens publics mondiaux et le droit international. Quelques réflexions à propos de la gestion de l'intérêt commun », *L'observateur des Nations Unies*, n°13, 2002, p.137-161 : les concepts juridiques voisins des biens publics mondiaux pouvant être dégagés sont les obligations *erga omnes* et la notion de *jus cogens*.

¹²²⁹ M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs. Les forces imaginantes du droit (IV)*, Éditions du Seuil, Février 2011, p.281 et s.

¹²³⁰ M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, Éditions du Seuil, Octobre 2004, p.94.

de la collectivité sans pour autant modifier les règles de compétence territoriale, c'est-à-dire sans soustraire ces biens à la souveraineté des États territoriaux. L'avantage de la notion de bien public est qu'elle repose sur le concept contingent d'intérêt général, ce qui rend sa définition assez souple, mais l'inconvénient est que la notion d'intérêt général est propre à chaque État et il est donc difficile de définir un concept global de bien public.

2- Quelques exemples de biens publics mondiaux

Le marché de l'électricité EMR contribue certes à la production de biens publics mondiaux comme la qualité du climat¹²³¹. Sa contribution à des biens publics régionaux ayant des répercussions sur le plan mondial mérite d'être soulignée.

a) La paix

a-1- Le corollaire de la paix : la sécurité énergétique

Sur le plan national, la défense est considérée comme un bien public pur ; elle protège tous les citoyens d'un pays de manière égale et le fait qu'une personne soit défendue n'empêche pas qu'un autre citoyen le soit aussi¹²³². Alors que l'aspect économique de la défense a eu recours à une méthodologie de bien public, au niveau mondial, il existe un intérêt croissant pour la notion de paix en tant que bien public mondial. La notion de paix a pour corollaire celle de sécurité énergétique. Nombre de conflits à travers le monde ont pour origine les questions énergétiques, et notamment les ressources pétrolières. Les pères fondateurs des Communautés européennes, ancêtre de l'Union européenne, dont l'objectif premier au lendemain de la Seconde Guerre mondiale est le maintien de la paix entre ses États membres, ont en premier lieu choisi pour y parvenir une méthode pragmatique consistant en la mise en commun du marché du charbon et de l'acier¹²³³, suivi du Traité EURATOM. Les problèmes énergétiques ont occupé, dès le XIXe siècle, occupent aujourd'hui et occuperont aussi à l'avenir, une place centrale dans les relations internationales, et leur solution joue un rôle important pour la sécurité et la stabilité de l'ordre international des États, le développement économique de leurs sociétés

¹²³¹ Y. PETIT, « Le droit international de l'environnement à la croisée des chemins : globalisation *versus* souveraineté nationale », *RJE* Janvier 2011, p. 31 et s, spécialement p. 38 : « selon le consensus actuel, il en existe (des biens publics mondiaux « purs ») deux : la qualité du climat et la biodiversité ». Sur la qualité du climat en tant que bien public mondial, voir R. GUESNÉRIE, « Les enjeux économiques de l'effet de serre », Conseil d'analyse économique, Rapport n°39, Kyoto et l'économie de l'effet de serre, 2003, La Documentation française, p.21.

¹²³² N. MANKIWI Gregory et TAYLOR Mark, *Principes de l'économie*, Traduction de la 2^e édition anglaise, Éditions De Boeck, Paris 2011, p. 283.

¹²³³ Traité de Paris instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), signé à Paris le 18 avril 1951.

et pour le bien-être de leurs populations¹²³⁴. La commission de l'énergie, de l'environnement et de l'eau de l'Assemblée parlementaire de l'Union pour la Méditerranée, dans une recommandation visant à la promotion des EMR notamment, a mis l'accent sur le rôle de celles-ci dans la gestion de crise, en période de bouleversements, comme le Printemps arabe. Elles contribuent en effet au développement économique et durable, et partant à la stabilité politique et à la paix dans les pays du sud de la Méditerranée¹²³⁵. La sécurité internationale est un bien public mondial supérieur car elle est nécessaire pour favoriser le développement humain et permettre des échanges équilibrés entre États¹²³⁶.

a-2 Les installations EMR et la paix

De façon plus symbolique, lors du débat public relatif au futur parc de Courseulles-sur-Mer, situé non loin des plages du débarquement, les éoliennes offshore ont été considérées par certaines personnes, étrangères notamment, comme un symbole de paix internationale, comme un moyen d'user de la liberté que nous ont laissée ceux qui sont venus sacrifier leur vie sur ces plages. Les éoliennes, symbole de paix et de liberté, pourraient représenter un argument supplémentaire en faveur de la demande de classement du site au patrimoine mondial de l'Unesco. A l'inverse, les engins EMR tels que les éoliennes offshore peuvent être des cibles potentielles en cas de conflit, à l'instar des plates-formes pétrolières ou gazières, les centrales électriques, les barrages hydroélectriques. Les ressources énergétiques représentent des enjeux importants lors des conflits armés. Si à l'avenir l'approvisionnement en électricité des territoires d'outre-mer dépend de centrales d'énergie thermique des mers, il sera nécessaire de s'assurer de leur sécurité en mer afin de pérenniser l'indépendance énergétique de ces territoires¹²³⁷.

Les belligérants leur accordent aujourd'hui autant d'intérêt qu'aux aéroports, aux ports, et aux moyens de communication. En effet, une guerre cybernétique ou informatique ne peut fonctionner sans énergie électrique. C'est la raison pour laquelle les belligérants cherchent souvent à priver l'armée ennemie de ses ressources énergétiques en bombardant surtout les centrales électriques. Une autre motivation réside aussi dans la volonté de priver tout le territoire ennemi d'électricité, afin de semer le chaos au sein de la population civile¹²³⁸. Sur le

¹²³⁴ M. DUTU, « La dépendance énergétique, la souveraineté, et le droit international général », in *Défis énergétiques et droit international*, sous la dir. de S. DOUMBE-BILLE, Ed. Larcier, Bruxelles, 2011, p.30.

¹²³⁵ Recommandation de la commission suite aux réunions tenues les 24 et 25 septembre 2012 à Rabat, les 10 et 11 décembre 2012 à Berlin et le 11 avril 2013 à Bruxelles (n°DV\930267EN, AP101.413 v01-00)

¹²³⁶ A. SUY, *La théorie des biens publics mondiaux, une solution à la crise*, L'Harmattan, Paris 2009, p.150.

¹²³⁷ Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées au nom du groupe de travail sur la maritimisation. Sénat – Session extraordinaire de 2011-2012, n°674, enregistré le 17 juillet 2012, p.59.

¹²³⁸ G. AIVO, « La sécurité énergétique en situation de conflit armé », in *Défis énergétiques et droit international*, sous la dir. de S. DOUMBE-BILLE, Ed. Larcier, Bruxelles, 2011, p.313 et s.

plan juridique, les ressources énergétiques sont des biens protégés par les Conventions de Genève en période de conflit armé¹²³⁹. Elles sont qualifiées de biens civils et non militaires, et ne peuvent donc en principe être la cible des belligérants. Ce principe est loin d'être respecté dans la réalité. En outre, la localisation des engins EMR en milieu marin leur fait bénéficier également du principe contenu dans l'article 87 de la Convention de Montego Bay sur le respect de la liberté de navigation et de commerce dans les eaux internationales. En effet, sans en être nécessairement la cible, les parcs EMR appartenant à des États neutres pourraient subir des dommages à l'occasion de conflits, d'autant que leur emprise dans l'espace maritime est souvent plus conséquente que celles des plateformes pétrolières. Le minage des voies de circulation maritimes dans le Golfe persique lors de la guerre Iran-Irak causa par exemple d'importants dommages aux navires des États neutres¹²⁴⁰.

b) Le développement économique équitable et la notion de justice distributive

Les EMR sont considérées comme un vecteur de coopération internationale et sont susceptibles ainsi de contribuer à la production de biens publics mondiaux **(b-1)**. En haute mer, l'efficacité relative du régime des grands fonds marins en matière de coopération nord-sud incite toutefois à la prudence quant à sa possible application aux EMR. **(b-2)**

b-1- La contribution potentielle des EMR à la justice distributive dans l'usage des océans

Le thème du développement économique est indissociable de celui de la paix, car celle-ci ne peut être obtenue qu'en présence d'une prospérité sociale. J.E. STIGLITZ (1999), dans une approche keynésienne, inclut l'aide au développement, la sécurité et la stabilité internationale, dans les biens publics mondiaux¹²⁴¹.

L'assemblée générale de l'ONU dans son rapport précité¹²⁴² recommande que le développement des EMR soit promu dans le cadre d'une plus grande justice dans l'utilisation des océans par les États développés et en développement. En effet, les pays disposant de ressources EMR exploitables ne sont pas nécessairement en possession des technologies

¹²³⁹ Art. 48 du Protocole I de 1977 additionnel aux 4 Conventions de Genève de 1949.

¹²⁴⁰ G. AIVO *op.cit.* p. 316.

¹²⁴¹ P. HUGON, « Les frontières de l'ordre concurrentiel et du marché : les biens publics mondiaux et les patrimoines communs », *Géographie, Économie, Société*, 2004/3, Vol.6, pp. 265 à 290.

¹²⁴² Rapport constituant un document de l'Assemblée générale à sa 67^e session (A/67/120), au titre du point 76 a) « Les Océans et le droit de la mer » (rapport sur les travaux du Processus consultatif informel ouvert à tous sur les océans et le droit de la mer lors de sa 13^e réunion, du 29 mai au 1^{er} juin 2012 au siège de l'ONU).

adéquates, qui demeurent très coûteuses. Il faut ainsi garantir le principe de justice distributive, en tant que principe essentiel du développement durable, visant à favoriser, entre autres, l'accès aux ressources et la répartition des avantages et responsabilités qui y sont liés. La coopération internationale entre pays développés et pays en développement est ainsi encouragée, notamment la coopération technique et l'échange de connaissances en Méditerranée, entre l'Afrique du Nord et l'Europe du sud ainsi que dans les Caraïbes. Les îles Fidji, soutenues par les petits États insulaires en développement (PEID) du Pacifique, ont reconnu lors de la réunion la possibilité qu'offrent les EMR de réduire leur dépendance vis-à-vis des énergies fossiles et de réduire leurs émissions de carbone, mais leur représentant a souligné le coût élevé des EMR. Le Bangladesh a mis l'accent sur les contraintes auxquelles il est confronté dans l'exploitation des EMR étant donné son littoral limité. Soutenu par l'Afrique du Sud, Fidji et la Chine, il a pointé le besoin de coordination et de coopération afin de garantir le renforcement des capacités et le transfert des technologies, mettant en avant le rôle des EMR dans la création de co-avantages dans la création d'emplois et la sécurité énergétique. La Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, dans la mesure où elle prévoit la possibilité de transfert de technologies et d'échange de connaissances, peut servir de base également à une telle coopération. Cette notion de justice distributive dans l'utilisation des océans est corrélative de celle de réciprocité dans les relations internationales, fondement de la morale internationale. L'égalité souveraineté des États entraîne leur reconnaissance mutuelle, leur interdépendance, et la recherche permanente de l'équilibre des intérêts¹²⁴³.

La spécificité de l'exploitation des EMR, en l'état actuel des techniques, impose aux exploitants d'écouler l'électricité produite dans les eaux territoriales ou la ZEE d'un État côtier dans le réseau électrique de ce même État. Le développement de la technologie du stockage de l'hydrogène changera peut-être la donne.

b-2 Le cas de la haute mer

Lors de la 13^e réunion de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les EMR une délégation a émis l'hypothèse d'une application possible des règles existant pour les ressources minérales trouvées dans la Zone à toute forme d'énergie marine renouvelable collectée, notamment pour la production de biocarburants. Un expert a répondu que le régime juridique s'appliquant actuellement aux ressources de la Zone portait sur les minéraux et leur extraction plutôt que sur

¹²⁴³ E. DECAUX, « Réciprocité » *Répertoire de droit international*, déc. 1998, mise à jour mars 2009

la production d'énergie, mais que la compétence de l'Autorité internationale des fonds marins pourrait être élargie¹²⁴⁴.

En effet, si les ressources EMR étaient susceptibles d'être qualifiées de ressources naturelles, de quel régime dépendraient-elles ? La question s'est posée notamment pour les ressources génétiques. En effet, si plusieurs États reconnaissent que la CNUDM est le cadre à respecter pour toutes les activités menées dans les mers et les océans, leurs avis divergent quant aux dispositions juridiques à appliquer à ces ressources. Les pays en développement estiment que la notion de patrimoine commun de l'humanité, telle que définie dans la partie XI de la CNUDM, vaut non seulement pour les ressources minérales mais aussi pour les ressources biologiques de la Zone. Les profits doivent ainsi être partagés équitablement. A l'inverse, les pays développés, jugent en général que cette partie de la convention ne s'applique qu'aux ressources minérales et que les ressources génétiques marines relèvent du statut de la haute mer, exposé dans la partie VII de la Convention. Ainsi leur collecte et leur exploitation sont régies par le principe de liberté de la haute mer. Il est vrai que l'article 133 CMB vise, pour l'application de la partie XI CMB relative à la Zone, « toutes les ressources minérales, solides liquides ou gazeuses *in situ*, qui, dans la Zone, se trouvent sur les fonds marins ou dans leur sous-sol, y compris les nodules polymétalliques » et ne s'applique donc pas aux ressources EMR.

Chaque groupe d'État adopte ainsi une position en fonction de sa capacité à accéder à ces ressources et à les exploiter, sachant toutefois que cette capacité est variable au sein même de chaque groupe¹²⁴⁵. La question peut ainsi se poser quant aux ressources EMR localisées dans les grands fonds marins, pouvant servir à la production de bio- carburants. Les autres ressources EMR liées aux propriétés physiques de l'eau de mer, ne sont pas contenues dans les fonds marins mais dans la colonne d'eau. Elles ne font donc pas partie du Patrimoine commun de l'humanité et ne peuvent donc relever du régime de la Zone, à moins que la perspective d'une exploitation des EMR en haute mer à grand échelle ne suscite le besoin de prévoir un tel régime de propriété collective.

En tout état de cause, il s'avère que le système n'est pas aussi solidariste qu'initialement prévu. Les pays du sud sont déçus de l'application de la Convention de Montego Bay car ils n'ont pas encore bénéficié du système mis en place de reversement des 7% issus de l'exploitation de la

¹²⁴⁴ Rapport constituant un document de l'Assemblée générale à sa 67^e session (A/67/120), au titre du point 76 a) « Les Océans et le droit de la mer ») (rapport sur les travaux du Processus consultatif informel ouvert à tous sur les océans et le droit de la mer lors de sa 13^e réunion, du 29 mai au 1^{er} juin 2012 au siège de l'ONU) point 25.

¹²⁴⁵ V. GERMANI, C. SALPIN, « Le statut de la biodiversité en haute mer : état des lieux des discussions internationales », in, JACQUET Pierre, K. PACHAURI Rajendra et TUBIANA Laurence, *Regards sur la terre 2011, Dossier Océans, la nouvelle frontière*, Armand Colin, Paris 2011, p.306.

Zone. L'exploitation de la Zone est quasiment impossible pour les pays en développement, pour des questions financières et techniques¹²⁴⁶.

La spécificité de la mise en valeur des ressources EMR, à savoir une mise en valeur locale, là où se situe la ressource, de même que la commercialisation de l'électricité produite à partir de ces ressources, permettrait de promouvoir une certaine justice distributive dans l'exploitation des océans et de lutter contre le phénomène de bio piraterie¹²⁴⁷. Quant à la technologie ETM, si elle est développée dans les pays du Nord, elle est en revanche exploitée dans les pays tropicaux.

c) L'accroissement de la connaissance du milieu marin

Le libre développement de la connaissance pour l'humanité constitue un bien public mondial consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme. L'article 27 de la DUDH dispose en effet que « Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent. Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur¹²⁴⁸».

La Commission européenne a lancé en 2012 une large consultation du public¹²⁴⁹ au sujet du développement des énergies marines. Une large majorité des personnes interrogées (66%) pense que la connaissance du milieu marin, de la bathymétrie, des écosystèmes, du sol marin sont nécessaires au développement durable des énergies marines. Toutes ces informations sont utiles pour la réalisation des études d'impact environnementales et devraient être, selon les personnes interrogées, recueillies de façon collective plutôt que par chaque entreprise individuellement. En outre, ces informations collectées dans le cadre des EMR peuvent se révéler d'une grande richesse pour d'autres activités liées à la mer, ou pour la diffusion de la connaissance du milieu marin au public de façon générale.

Enjeu majeur du développement et facteur clé de la compétition entre les acteurs privés et les États, la connaissance présente les caractéristiques de bien public. Selon l'Unesco, il faut identifier « de nouveaux principes pour sauvegarder le statut de la connaissance scientifique en tant que bien public¹²⁵⁰». La connaissance scientifique peut apparaître comme un bien libre donc sans valeur marchande pour une partie du savoir universel, comme les théorèmes. Elle est

¹²⁴⁶ L.-A. DUVIC-PAOLI, *La convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Instrument de régulation des relations internationales par le droit*. L'Harmattan, Paris 2011, p. 60 et s.

¹²⁴⁷ A. de PAIVA TOLEDO, *Les grands enjeux contemporains du droit international des espaces maritimes et fluviaux et du droit de l'environnement : de la conservation de la nature à la lutte contre la biopiraterie*, thèse de doctorat en droit international soutenue le 25 octobre 2012, Université Panthéon Assas Paris II.

¹²⁴⁸ A. SUY, *La théorie des biens publics mondiaux, une solution à la crise*, L'Harmattan, Paris 2009, p.106.

¹²⁴⁹ European Commission, Directorate-General for maritime affairs and fisheries, *Ocean Energy: Feedback Statement of the Online Public Consultation held from 14 June to 14 September 2012*.

¹²⁵⁰ Conférence mondiale de l'Unesco, Juin 1999.

un bien économique dès lors qu'elle a un coût de production, et ce coût est d'autant plus élevé que les connaissances sont complexes¹²⁵¹.

Dans le domaine des EMR, la complexité des connaissances scientifiques et techniques réside notamment dans la complexité du milieu marin. La question de la prise en charge du coût d'acquisition de ces connaissances se pose. Si l'État voit dans l'amélioration de la connaissance des impacts des réalisations liées aux EMR une opportunité d'harmoniser les méthodes et les outils de mesure et de suivi ainsi qu'un moyen de faciliter l'aménagement de la bande côtière, la prise en charge du coût d'acquisition de ces connaissances lui incombe¹²⁵².

Or, les études techniques et scientifiques préalables à l'implantation des parcs EMR, que ce soit les études d'impact environnementales, les études géologiques ou bathymétriques, restent principalement à la charge des futurs exploitants. Ces derniers ne sont donc pas incités à les diffuser gratuitement.

Un *Memorandum of Understanding* (MOU) a été conclu le 31 juillet 2014 entre France Énergies Marines et l'Association japonaise des Énergies Océaniques (OEAJ) pour promouvoir l'échange d'informations entre le Japon et la France relatives aux EMR, notamment la connaissance d'appels d'offres internationaux, ainsi que la traduction de documents scientifiques en anglais, telle que le guide méthodologique GHYDRO pour les études d'impacts sur les hydroliennes¹²⁵³.

Au Royaume Uni, le *Crown Estate* met gratuitement à la disposition des exploitants d'activités maritimes des données relatives au milieu marin grâce au site internet *Marine Data Exchange*¹²⁵⁴. Cette initiative prend le relais du COWRIE (*Collaborative Offshore Wind Research into the Environment*), organe indépendant qui avait été mis en place afin de collecter des données pour les études d'impact pour le secteur de l'éolien offshore. L'Union européenne a mis en place des outils similaires, dans le cadre de son programme Connaissance du milieu marin 2020. Selon le livre vert du même nom¹²⁵⁵, l'un des plus importants titulaires de licences dans le domaine de l'énergie éolienne en mer¹²⁵⁶ a fait valoir que les données sur le milieu marin devraient appartenir au domaine public.

¹²⁵¹ E. MOUHOU B MOUHOU D, « Les biens publics mondiaux. La connaissance, un bien public mondial ? », *Revue Économie et Management*, n°136, juin 2010.

¹²⁵² M. PAILLARD, D. LACROIX, V. LAMBLIN, *Énergies renouvelables marines. Étude prospective à l'horizon 2030*. Éditions Quae, 2009, p.310.

¹²⁵³ www.france-Énergie-marine.org

¹²⁵⁴ www.marinedataexchange.co.uk ; <http://www.thecrownestate.co.uk/news-media/news/2013/marine-data-exchange-to-boost-blue-economy/>

¹²⁵⁵ Commission européenne, Livre vert Connaissance du milieu marin 2020 : de la cartographie des fonds marins à la prévision océanographique. COM (2012) 473 Final. (SWD (2012) 250 Final).

¹²⁵⁶ Douzième réunion du groupe d'experts en observations et données marines, 10 mars 2011. <https://webgate.ec.europa.eu/maritimeforum/node/1709>.

B- La protection des droits fondamentaux grâce à la production des biens publics mondiaux

Le marché de l'électricité EMR, en contribuant à la production de biens publics mondiaux comme la qualité du climat¹²⁵⁷, la paix, la justice distributive, ainsi que l'accroissement de la connaissance du milieu marin, est de nature à protéger certains droits fondamentaux(1). Ces droits fondamentaux peuvent à leur tour se rapprocher de la notion de bien, notamment de biens communs (2).

1- Des biens publics mondiaux aux droits fondamentaux

Quels sont les droits fondamentaux protégés par les biens publics mondiaux produits dans le cadre des EMR ? (a). Quelle est la nature juridique de ces droits ? (b)

a) Les droits fondamentaux protégés grâce à la production des biens publics mondiaux

Ces droits sont le droit à la paix, le droit au développement, le droit à l'environnement. Le droit au développement comprend le droit au progrès global, tant économique que social, culturel, politique et juridique, au profit de tout homme et de tous les hommes pris collectivement. Le droit à l'environnement postule notamment l'obligation pour les États de prendre toutes mesures utiles pour prévenir puis réprimer les atteintes aux conditions naturelles de la vie et plus généralement de réglementer l'usage des biens dans le respect du droit de tout homme et de tous les hommes à un environnement sain et écologiquement équilibré¹²⁵⁸.

Le rapport mondial sur le développement humain élaboré par le PNUD pour la période 2007-2008 a présenté le changement climatique comme le problème « le plus important et le plus urgent », et la lutte contre celui-ci comme « un impératif de solidarité humaine dans un monde divisé ».

Il compare à ce propos la « tragédie humaine » dont les rédacteurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme ont été les témoins lors de la Seconde Guerre mondiale à la « tragédie en cours » du changement climatique qui annoncerait « une violation systématique des droits de l'homme pour les pauvres et les générations futures et un grand pas en arrière pour les valeurs universelles ». En effet, la qualité du climat devient une valeur universelle à protéger et l'inaction face à la menace posée par le changement climatique constituerait une violation

¹²⁵⁷ M. DELMAS-MARTY *op.cit.* p.315.

¹²⁵⁸ J. ROBERT, J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8^e édition, Montchrestien Lextenso Éditions Paris 2009, n°59, p.62 et s.

manifeste du droit à la vie et à la sûreté de la personne, selon l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

L'accroissement et la diffusion de la connaissance du milieu marin en tant que bien public mondial contribue aussi à la protection du droit à l'environnement et à son corollaire, à savoir les droits d'accès aux informations relatives à l'environnement et à la participation issus de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 et contenu en droit français dans l'article 7 de la Charte de l'environnement. En effet, la convention d'Aarhus précise que « pour faire valoir (leur droit de vivre dans un environnement propre à assurer leur santé et leur bien-être), les citoyens doivent avoir accès à l'information, être habilités à participer au processus décisionnel... ». Selon M. PRIEUR¹²⁵⁹, le droit à l'information et à la participation constitue une des principales procédures de mise en œuvre du droit à l'environnement, qui resterait un vœu pieu si les citoyens ne pouvaient contrôler, tout au moins discuter les projets risquant d'affecter l'environnement¹²⁶⁰.

Les EMR ont leur rôle à jouer également dans le respect du droit des peuples à l'énergie, en tant que droit d'accès à l'énergie. La garantie de ce droit peut être assurée notamment par la contribution des EMR à la production du bien public mondial que constitue la justice distributive dans l'utilisation des ressources énergétiques de l'océan. L'Assemblée générale des Nations Unies ayant déclaré l'année 2012 Année internationale de l'énergie durable pour tous, l'exploitation des ressources EMR notamment par les Petits États Insulaires en Développement (PEID) dans le cadre de la Déclaration de la Barbade favoriserait l'accès à une énergie moderne, abordable¹²⁶¹. Le droit des peuples à disposer de leurs ressources énergétiques est contenu notamment dans l'article 1^{er} commun aux deux pactes des Nations Unies de 1966.

L'exploitation des ressources EMR demeure cependant très coûteuse pour ces pays en développement. Leur droit d'accès à ces énergies ne peut être garanti que par une coopération internationale et un transfert de technologies. La Déclaration des Nations Unies sur le droit des peuples autochtones¹²⁶² contient en outre une obligation, à la charge des États, de « consulter les peuples autochtones concernés et de coopérer avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, libre et éclairé, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou leurs territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou

¹²⁵⁹ M. PRIEUR, « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *RJE*, 1988, 397.

¹²⁶⁰ M. MOLINER-DUBOST, « Démocratie environnementale et participation des citoyens », *AJDA* 2011, 259.

¹²⁶¹ Rapport constituant un document de l'Assemblée générale à sa 67^e session (A/67/120), au titre du point 76 a) « Les Océans et le droit de la mer » (rapport sur les travaux du Processus consultatif informel ouvert à tous sur les océans et le droit de la mer lors de sa 13^e réunion, du 29 mai au 1^{er} juin 2012 au siège de l'ONU) point 34.

¹²⁶² Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007, article 26 §2 et 32§2.

l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres, en particulier dans le domaine énergétique ». Les peuples autochtones ont ainsi le droit de s'opposer à tout projet d'exploitation des ressources énergétiques qui se trouvent sur leur territoire¹²⁶³.

Lors de la 13^e réunion de l'Assemblée Générale des Nations-Unies sur les EMR, un représentant de l'Université des Philippines a relevé que les impacts sociaux des EMR sur les peuples n'étaient pas suffisamment évoqués, et que la voix de ces derniers devait davantage être prise en compte. Il a souligné que la Réglementation de l'Énergie 1-94 des Philippines prévoit la distribution directe aux populations locales d'un pourcentage des royalties issus de la production énergétique.

Le bien public mondial évoqué précédemment relatif à l'idée de justice distributive notamment en haute mer peut se rapprocher d'un autre droit de solidarité qui commence à être dégagé, celui du droit au respect du patrimoine commun de l'humanité. Ce droit suppose que nul homme ne puisse revendiquer un droit exclusif de propriété sur ce patrimoine et que tous les hommes aient collectivement et également un droit d'usage à l'égard de ce patrimoine¹²⁶⁴.

b) La nature juridique des droits fondamentaux protégés

Le rapprochement des biens publics mondiaux avec la protection des droits fondamentaux apporte à ces premiers une dimension éthique, manquant à ce concept principalement économique. Le droit à la paix, le droit au développement ainsi que le droit à l'environnement constituent des droits de solidarité. Ce dernier figure dans le chapitre « solidarité » de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée à Nice le 7 décembre 2000 (art.37).

Les droits de solidarité font partie de la troisième génération des droits de l'homme, après les droits civils et politiques (droits-attributs, opposables à l'État) de la première génération, et les droits économiques, sociaux et culturels (droits-créances, exigibles de l'État) de la deuxième génération. Les droits de solidarité sont à la fois opposables à l'État et exigibles de lui et ne peuvent être réalisés que par l'action solidaire de tous les acteurs du jeu social (État, individus et autres entités publiques et privées). Ces droits font partie des droits fondamentaux¹²⁶⁵. Contrairement aux libertés publiques ou aux droits de l'homme, sous-tendus par la notion de droit subjectif, les droits fondamentaux s'appliquent autant aux personnes physiques que morales. En outre, ils sont non seulement garantis en vertu de la loi mais aussi en vertu de la

¹²⁶³ K. NERI, « Le droit à l'énergie, un nouveau droit de l'homme ? », in *Défis énergétiques et droit international*, sous la dir. de S. DOUMBE-BILLE, Ed. Larcier, Bruxelles, 2011, p.340 et s.

¹²⁶⁴ J. ROBERT, J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8^e édition, Montchrestien Lextenso Éditions Paris 2009, n°59, p.62 et s.

¹²⁶⁵ S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 1^e éd. Dalloz Paris 2013, n°14 et s. p.12 et s.

Constitution et des textes internationaux ou supranationaux¹²⁶⁶. Les libertés publiques sont les droits protégés par le législateur parce que mentionnés par la loi, tandis que les droits fondamentaux s'imposent au législateur lui-même.

2- Des droits fondamentaux aux biens communs

Les droits fondamentaux peuvent être conçus comme un bien au sens philosophique et théologique du terme. Il s'agit en effet des droits les plus essentiels de l'être humain, des droits de l'homme, inhérents à sa personne même et qui sont de ce fait consacrés dans les normes suprêmes de chaque ordre juridique afin de s'imposer à toutes les autorités, y compris au législateur, parce que mentionnés par les constitutions étatiques ou les normes supranationales¹²⁶⁷. Pour l'Église, le bien correspond précisément aux aspirations essentielles de la nature humaine. Jean-Paul II a déclaré dans une allocution devant la Cour européenne de Strasbourg que la notion de droits de l'homme était devenue « une sorte de bien commun de l'ensemble de l'humanité¹²⁶⁸ ». Les droits fondamentaux ont été considérés comme le premier « bien commun de substitution dont notre époque aurait « accouché », puisqu'ils ont constitué, en réponse au nazisme puis au totalitarisme, « la formulation politique, et la concrétisation juridique d'un seuil minimal de protection auquel chaque individu a droit¹²⁶⁹ ». La fonction de ces droits est de pallier les lacunes de la morale pour donner valeur juridique à des principes qui se veulent « transculturels », qui pourraient être désignés comme « biens communs » au niveau européen¹²⁷⁰.

Le marché de l'électricité EMR contribue ainsi à la valorisation éthique du milieu marin en participant à la protection de droits fondamentaux. La valorisation éthique se manifeste aussi sur un plan plus local par l'implication des citoyens dans les projets EMR.

¹²⁶⁶ R. CABRILLAC, M-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, 17^e éd. Dalloz Paris 2011, n°15 et s. p.6

¹²⁶⁷ Il faut distinguer un droit d'une liberté. Le droit est un moyen au service d'une fin (la liberté). Le droit ne peut résulter que de l'ordre juridique : il est créé par le droit, et non antérieur à lui et il est nécessairement délimité et défini par l'acte juridique qui l'institue (*ibid* n°4, p.8.)

¹²⁶⁸ JEAN-PAUL II, Discours au Parlement européen, Strasbourg, 11 octobre 1988, n. 7 et 8, La documentation Catholique, 1988, p.144.

¹²⁶⁹ F. FLAHAUT, *Où est passé le bien commun ?* Fayard, Essais Mille et une nuits, 2011.

¹²⁷⁰ E. BERNARD, « Les droits fondamentaux, « biens communs » européens ? », in *Repenser les biens communs*, sous la direction de B. PARANCE et J.de SAINT VICTOR, CNRS Éditions, Paris 2014, p.177 et s.

Section II- Les instruments de la valorisation éthique du milieu marin

Le marché de l'électricité EMR fournit l'opportunité d'associer le public aux questions relatives à l'utilisation du milieu marin via sa participation aux différents débats publics organisés dans le cadre de l'implantation des parcs EMR. L'évocation du public relativement au milieu marin mérite quelques éclaircissements. En effet, le terme « public » selon le dictionnaire juridique de G. CORNU signifie à la fois ce qui concerne l'ensemble des citoyens, en référence à l'étymologie du terme « république ». Mais il renvoie aussi à ce qui est ouvert à tous, à l'usage du public, comme les lieux publics, ou même à ce qui est commun ou qui appartient à tous¹²⁷¹. Ainsi le public désigne tantôt le citoyen, tantôt l'usager. L'usager est défini quant à lui comme celui qui a recours à un service public ou utilise le domaine ou un ouvrage public¹²⁷².

Ainsi, en amont des projets d'installation de parcs EMR, les procédures de débat public et d'enquête publique sont en principe garantes de la prise en compte de l'avis des citoyens sur les projets eux-mêmes ainsi que leur incidence et leur intégration dans l'espace marin (§1).

D'autre part, la question de la participation du public en tant qu'usager à la gestion du milieu marin se pose (§2).

§1- La participation des citoyens à l'élaboration des projets EMR

Le code de l'environnement emploie tantôt le terme de « citoyen », tantôt celui de « public » pour évoquer la participation aux projets. Le citoyen est défini comme une « personne qui, dans un État démocratique, participe à l'exercice de la souveraineté, soit dans la démocratie indirecte par l'élection de représentants, soit dans la démocratie directe par l'assistance à l'assemblée du peuple¹²⁷³».

La notion de citoyenneté administrative est apparue pour traduire l'idée de l'introduction de davantage de démocratie dans les relations administratives, à l'époque où le vocabulaire marchand gagnait les politiques publiques. L'administré n'est plus un usager ; il devient un client ou un consommateur. En réaction à cette appropriation marchande, les partisans d'une conception française des services publics ont réinvesti les notions de citoyen¹²⁷⁴.

D'autre part, le citoyen administratif recouvre un cercle de personnes plus large que le citoyen politique, puisqu'il englobe les citoyens français mais aussi ceux d'autres pays qui peuvent être

¹²⁷¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e édition, PUF, 2014, p.828.

¹²⁷² *Ibid* p.1054.

¹²⁷³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e édition, PUF, 2014, p.176.

¹²⁷⁴ *Traité de droit administratif*, sous la dir. de P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, Dalloz 2011, pp. 422 et 423.

en relation avec l'Administration française, ou même des personnes morales françaises ou étrangères¹²⁷⁵. Lors d'une des réunions tenues dans le cadre du débat public relatif au projet de parc éolien en mer au large de Courseulles-sur-Mer, dont une traduction simultanée en anglais avait été organisée, dix-huit % des avis émanaient de citoyens étrangers¹²⁷⁶.

Le code de l'environnement consacre l'intégralité de son Titre II à l'information et la participation des citoyens, intégrant la loi du 27 décembre 2012¹²⁷⁷ relative à la mise en œuvre de la participation du public définie à l'article 7 de la Charte de l'environnement¹²⁷⁸. La participation des citoyens constitue le cœur de la réflexion d'un important courant doctrinal relatif à la notion de démocratie environnementale¹²⁷⁹.

Dans le cadre des projets EMR, les procédures de débat public (A) et d'enquête publique (B) en constituent théoriquement les principales garanties de mise en œuvre.

A- La controverse sur l'efficacité de la procédure de débat public dans le cadre des projets EMR

L'institution de la procédure de débat public constitue une avancée indéniable dans la mise en place d'une démocratie environnementale (1). Dans le cadre de l'implantation des parcs EMR, la difficulté consiste à savoir où placer le curseur de la participation du public dans la chronologie du processus décisionnel. L'efficacité du débat public est elle-même remise en cause (2)

1- L'institution de la procédure de débat public

La loi Barnier du 2 février 1995, en prévoyant que les grandes opérations publiques d'aménagement d'intérêt national présentant un fort enjeu socio-économique ou ayant un impact notable sur l'environnement pourraient faire l'objet d'un « débat public » organisé par une Commission nationale du même nom, a créé un nouvel élan de concertation et de participation qui allait rapidement susciter un vif intérêt et ouvrir de larges perspectives. En effet, les procédés de participation du public s'ouvraient ainsi davantage à un mode délibératif.

¹²⁷⁵ D. TRUCHET, *Droit administratif*, 5^e éd. Coll. Themis Droit, PUF Paris 2013, p.148 et 149.

¹²⁷⁶ Principalement des citoyens des États-Unis d'Amérique et du Canada, en raison du caractère sacré des plages du débarquement proches du projet (CNDP, Bilan du débat public. Projet de parc éolien en mer au large de Courseulles-sur-Mer 20 mars-20 juillet 2013, dressé le 11 septembre 2013, p. 10).

¹²⁷⁷ n°2012-1460 dite Loi Batho.

¹²⁷⁸ La France a ratifié en 2002 la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 relative à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement. Le principe de participation se voit attribuer un fondement constitutionnel grâce à la Charte constitutionnelle du 1^{er} mars 2005. L'arrêt du CE du 3 octobre 2008 *Commune d'Annecy* a jugé que la Charte avait réservé au législateur la détermination des conditions et limites dans lesquelles devait s'exercer le droit à l'information et à la participation.

¹²⁷⁹ A. VAN LANG, « Le principe de participation : un succès inattendu », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 1^{er} avril 2014, n°43, p.25.

Les procédures participatives classiques telles l'enquête publique reposent en effet sur un principe de sélectivité. Elles s'adressent pour l'essentiel aux intérêts organisés, en passant par la médiation de « représentants », capables d'exprimer les attentes des différents groupes sociaux, avec lesquels l'administration a coutume de dialoguer. Les procédures délibératives telles que le débat public ont pour but de « casser le monopole des « représentants » en élargissant le cercle des acteurs concernés », en s'adressant, non plus aux intérêts organisés mais aux citoyens. Ce principe d'ouverture ne signifie pas pour autant « l'absence de mécanismes de filtrage ou de criblage des participants : la présence au débat présuppose en effet dans tous les cas l'existence d'un « intérêt », ainsi que la détention de certaines ressources, sociales et culturelles, qui permettent d'entrer dans le jeu de la discussion et de l'échange ; la délibération n'exclut donc pas tout élément de sélectivité¹²⁸⁰».

L'élan amorcé par la loi Barnier a été poursuivi par la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité en élargissant le contenu du principe de participation à l'association du public au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire, outre l'accès aux informations (Article L.110-1 du C. env.). Elle renforce aussi le rôle et les missions de la Commission nationale du débat public (CNDP) en lui conférant le statut d'autorité administrative indépendante et en prévoyant sa saisine obligatoire pour les projets les plus importants. Son rôle depuis 1995 s'est considérablement accru, puisqu'une soixantaine de débats ont eu lieu sous son contrôle direct, depuis l'organisation entre novembre 1997 et mars 1998 du premier débat public portant sur le projet « Port 2000 » de réalisation d'un port en eaux profondes au Havre¹²⁸¹.

La loi Grenelle 2 a élargi au développement durable le champ des thématiques sur lesquelles la commission nationale de débat public (CNDP) peut organiser un débat public. Le ministre chargé de l'environnement, conjointement avec le ministre intéressé, peut saisir la CNDP en vue de l'organisation d'un débat public « portant sur des options générales d'intérêt national en matière d'environnement¹²⁸²». Ces options générales concernent notamment les politiques, plans et programmes susceptibles d'avoir une incidence importante en matière d'environnement, de développement durable ou d'aménagement du territoire.

En dehors de catégories de projets spécifiques, le maître d'ouvrage de son côté a l'obligation de saisir la CNDP lorsque son projet atteint un seuil de 300 000 euros¹²⁸³. La Commission garde un pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la tenue d'un débat public pour les projets entrant

¹²⁸⁰ J. CHEVALLIER, « Délibération et participation », in CONSEIL d'ÉTAT, *Consulter autrement, Participer effectivement*, Rapport public 2011, La Documentation française, 2011, pp. 197 et s.

¹²⁸¹ CONSEIL d'ÉTAT, *Consulter autrement, Participer effectivement*, Rapport public 2011, La Documentation française, 2011, p. 59 et s.

¹²⁸² Art. L.121-10 C. env.

¹²⁸³ Art. R. 121-2 C. env.

dans son champ de compétence. L'accès au débat public est par ailleurs renforcé avec l'obligation pour le maître d'ouvrage d'informer le public sur « l'après débat public ». La CNDP a la possibilité de désigner un garant chargé de veiller à la mise en œuvre des avis et recommandations qu'elle émet. Ce garant doit veiller à ce que les propositions et contre-propositions du public soient prises en compte.

C'est ainsi que le débat public est très vite apparu comme « l'expression emblématique des mutations qui touchent l'action publique et des sollicitations qui s'exercent sur les autorités publiques afin qu'elles s'ouvrent à l'examen critique par les usagers et les citoyens ». La procédure de débat public constitue un « élément novateur majeur du renouvellement du processus consultatif en France ¹²⁸⁴».

2- Le débat public dans le cadre du marché de l'électricité EMR

Toutes les décisions quant à l'organisation d'un débat public dans le cadre des projets de parcs éoliens offshore sont motivées par le caractère d'intérêt national des projets. La Commission nationale du débat public (CNDP) fonde à chaque fois sa décision sur la loi n°2009-970 issue du Grenelle de l'environnement fixant à 23% la part des énergies renouvelables dans la consommation énergétique nationale d'ici 2020. Les impacts des projets sur l'environnement marin et les autres activités maritimes sont également mentionnés.

La spécificité du mode de saisine de la CNDP dans le cadre des projets de parcs éoliens en mer peut ici être soulignée, en comparaison avec les projets éoliens terrestres. En effet, les projets éoliens ne constituent pas une catégorie spécifique de projet faisant l'objet d'une obligation de saisine quel que soit leur montant. Les seuils s'apprécient relativement aux équipements industriels et non au projet dans sa globalité. Seul le coût des infrastructures est donc pris en compte et non le coût global du projet, ce qui conduit à éliminer du champ d'intervention de la CNDP les projets éoliens terrestres de moindre envergure que les projets en mer¹²⁸⁵.

Le premier débat public organisé dans le cadre de l'éolien offshore fut celui du projet de parc des Deux-Côtes, porté par la Compagnie du Vent. Il s'est déroulé du 28 avril au 10 décembre 2010, après que le maître d'ouvrage se soit conformé à la demande de la CNDP (Commission Nationale du Débat Public) d'élargir la définition même du projet mis en débat, avec un scénario privilégié et deux variantes. Ce débat public a été organisé avant la détermination des zones propices pilotée par les préfets dans le cadre du lancement du premier appel d'offres. A cette occasion, la CNDP dans sa séance du 2 juin 2010 a décidé « d'appeler l'attention du ministre

¹²⁸⁴ CONSEIL d'ETAT, *Consulter autrement, Participer efficacement*, Rapport public 2011, La Documentation française, 2011, p. 61.

¹²⁸⁵ *Ibid.* p. 154.

d'État, ministre de l'écologie, de l'énergie et du développement durable et de la mer sur l'intérêt qu'il y aurait d'organiser, une fois les zones propices définies, un débat public portant sur des options générales sur le développement de l'éolien offshore pour chaque façade maritime ». L'idée était que ces débats publics portent sur l'opportunité des projets et sur les objectifs de la PPI, conformément à l'esprit de la Convention d'Aarhus¹²⁸⁶ sur l'accès à l'information et la participation du public aux processus décisionnels ayant une incidence sur l'environnement. Cette décision aurait ainsi pu amener à une discussion citoyenne sur la politique énergétique marine française.

En effet, selon P. DESLANDES, président de la CNDP, le débat public n'est pas qu'une consultation du public mais permet dans une certaine mesure de prendre en compte l'avis du public. Le maître d'ouvrage du parc éolien offshore des Deux Côtes a ainsi opéré des changements dans son projet suite aux avis et propositions émis par le public consulté¹²⁸⁷. La proposition de la CNDP d'un débat public par façade maritime sur l'opportunité du choix des zones propices n'a toutefois pas été retenue. Au lieu de cela, les débats publics ont été organisés en aval du choix des candidats à l'appel d'offre, projet par projet¹²⁸⁸. La concertation avec le public dans le cadre de la détermination des zones propices a certes été organisée de façon assez large¹²⁸⁹ mais elle n'a pas inclus l'ensemble des citoyens.

Un débat public organisé avant la fixation définitive des zones éolien en mer aurait ainsi permis de créer un réel lien et une certaine cohérence entre la politique énergétique et la politique d'aménagement du territoire en mer et de discuter notamment de l'opportunité de développer l'énergie éolienne offshore par rapport à d'autres EMR. Dans le cadre du débat public relatif au projet de parc de Courseulles-sur-Mer¹²⁹⁰, le président de la CNDP a souligné les regrets souvent exprimés de la part du public quant au calendrier du débat public dans le processus décisionnel, trop tardif et laissant à penser que les principaux éléments du dossier sont déjà arrêtés et décidés. Le Conseil d'État a relayé cette critique dans son rapport public de 2011 sur la participation¹²⁹¹.

¹²⁸⁶ Le Conseil d'État dans le rapport précité (p. 54) a rappelé l'importance de la Convention d'Aarhus, qui renforce la démocratie administrative participative, la participation du public se trouvant associée à la mise en œuvre d'un droit de l'homme.

¹²⁸⁷ Selon l'article L.121-13 CE, le maître d'ouvrage décide, dans les 3 mois suivant la publication du bilan du débat public, s'il décide de poursuivre le projet, des modifications qu'il apporte éventuellement à celui-ci et des mesures jugées nécessaires de mettre en place pour répondre aux enseignements tirés du débat public.

¹²⁸⁸ Interview de P. DESLANDES, 20 juillet 2011, www.actuenvironnement.com

¹²⁸⁹ La 1^{ère} réunion de concertation organisée le 7 décembre 2009 dans le cadre de la détermination de zones propices en Loire Atlantique a rassemblé 400 personnes sur la base des cinq collèges du Grenelle, en y ajoutant notamment les représentants des usagers de la mer.

¹²⁹⁰ Tenu du 20 mars au 20 juillet 2013.

¹²⁹¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, Participer effectivement*, Rapport public 2011, La Documentation Française, 2011, p. 155.

Ainsi, dans le cadre des différents débats publics organisés projet par projet, les citoyens donnent davantage leur avis sur les modalités et caractéristiques du projet que sur l'opportunité de l'emplacement choisi et des projets eux-mêmes. La politique énergétique, dont les objectifs de production d'énergie éolienne en mer, a certes été élaborée par l'État suite à la concertation dans le cadre d'une gouvernance à cinq du Grenelle de l'environnement¹²⁹², mais cette concertation n'a pas porté sur l'opportunité de développer telle EMR dans telle zone maritime. Outre le calendrier de l'organisation du débat public dans le processus de décision, c'est l'efficacité du débat public lui-même qui est parfois contestée. La procédure de débat public garantit-elle réellement la prise en compte des avis du public consulté et de ses contre-propositions¹²⁹³ ? Participer n'est pas co-décider. L'avis qui peut être donné sur un projet reste sans effet direct sur l'autorité décisionnaire, même si cela permet d'y apporter quelques aménagements¹²⁹⁴.

Selon J. CHEVALLIER¹²⁹⁵, l'institution du débat public n'entraîne ni transfert ni partage réel du pouvoir de décision. Elle a seulement pour effet de complexifier le processus décisionnel par l'introduction d'une phase préalable de délibération, apportant de « nouveaux éléments d'appréciation à la fois sur l'utilité du projet et sur l'état de l'opinion, donc sur son acceptabilité sociale ». Ce ne serait donc qu'un moyen de légitimer l'action publique.

Par conséquent, le réel intérêt de la procédure de débat public consiste dans l'obligation faite au décideur de justifier ses options et d'explicitier ses décisions, tout en tenant compte des réactions de ses interlocuteurs. En effet, il n'est pas envisageable d'obliger l'autorité décisionnaire à suivre l'avis exprimé dans le cadre de la participation, il est en revanche possible

¹²⁹² CONSEIL d'ÉTAT, *Consulter autrement, Participer effectivement*, Rapport public 2011, La Documentation française, 2011, p. 62 : Le Grenelle de l'environnement a joué un « rôle de révélateur et catalyseur de la richesse de la procédure de débat public ». La puissance de son impact ne réside pas seulement dans la force politique et sociétale de son contenu mais aussi dans la méthode qu'il a mise en action. Il a à la fois formalisé et mis en œuvre le concept de « gouvernance à cinq » : État, collectivités territoriales, entreprises, associations et ONG, organisations syndicales (4 phases ont rythmé le travail et sa progression. Les 5 collèges ont dialogué au sein de 6 groupes de travail thématiques. Puis une phase de consultation et de débats a mobilisé des forums Internet, provoqué des réunions en région, occasionné des auditions et justifié des discussions et débats devant le Parlement. La phase de négociations impliquant les 5 collèges a ensuite permis d'analyser et de hiérarchiser le millier de propositions issues du débat, puis a abouti à la définition de 268 engagements. Enfin, une phase opérationnelle a vu la constitution de 34 comités chargés de formaliser les propositions, qui ont été soumises au Parlement qui a voté sur la base de ce riche matériau 2 lois dites « Grenelle I » (Loi n°2009-967 du 3 août 2009) et « Grenelle II » (Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010)).

Cette concertation nationale a été fructueuse et utile, tant en termes de participation du public (les 17 réunions régionales ont rassemblé 15 000 personnes, la consultation sur internet ayant reçu 14 000 contributions et attiré 300 000 internautes), qu'en termes d'aboutissement politique d'un débat destiné à élaborer et mettre en place une politique publique environnementale prenant en compte les avis des différentes et nombreuses parties prenantes.

¹²⁹³ M.B. LAHORGUE, *Jcl. Env et Dev. Durable*, Fasc.2 « Actualité : La nouvelle « gouvernance écologique » : Quelles avancées pour l'information et la participation du citoyen aux décisions publiques ayant une incidence environnementale ? » 15 fév. 2011, n°88 et s.

¹²⁹⁴ E. GROS (dir.), *Leçons de droit de l'environnement*, Éditions Ellipse, Collection Leçons de droit, Paris 2013, p.72.

¹²⁹⁵ J. CHEVALLIER, « Le débat public à l'épreuve. Le projet d'aéroport Notre Dame des Landes », *AJDA* 2013 p.779.

de l'obliger à justifier son choix. Il ne s'agit alors pas d'une motivation classique, mais plutôt d'expliquer spécifiquement en quoi et pour quelles raisons les opinions exprimées dans le cadre de la participation ont été suivies ou non¹²⁹⁶. C'est pourquoi l'article L.120-1 du code de l'environnement comporte une limite importante à cette obligation de rendre compte mise en exergue par le Conseil d'État dans son rapport public de 2011¹²⁹⁷, en n'imposant dans le contenu de la synthèse des observations que les observations du public dont il a été tenu compte (C. env. art. L.120-1 II dern.al.).

En outre le Conseil d'État¹²⁹⁸ avait déploré en 2011 que « la technicité des enjeux et des argumentations produit un processus de sélection des intervenants au profit des experts et de collectifs organisés, (...) et plus généralement au profit de tous ceux qui disposent d'une maîtrise suffisante du savoir et de la communication ». La logique du débat inhérente aux procédures délibératives n'est ainsi « pas poussée jusqu'à son terme ». Le débat met tout d'abord en confrontation, en dépit du « principe d'équivalence », des catégories différentes de participants. En effet, face aux professionnels et aux experts ayant une connaissance du sujet, les simples citoyens se retrouvent bien souvent minoritaires, amplifiant ainsi le phénomène de « hiérarchisation des acteurs » qui est au cœur des procédures classiques de participation¹²⁹⁹.

On constate en effet qu'en dépit de leur importance numérique, les citoyens pèsent moins que certains acteurs clés dans la production d'impact sur la décision. Il y a un décalage entre mobilisation et capacité d'influence, dans la mesure où le facteur discriminant en la matière semble être la reconnaissance, par les acteurs institutionnels, d'une compétence des participants. Le statut de citoyen individuel ne semble pas présumer d'une « expertise d'usage » qui serait reconnue au même titre que la compétence sectorielle des groupes.

Le bilan du débat public à propos du projet de parc éolien en mer de Courseulles-sur-Mer a constaté « le niveau de connaissances déjà élevé de certains participants » en raison du « caractère très pointu de certaines questions techniques¹³⁰⁰ ». L'effet limité de la participation des citoyens met ainsi en évidence l'impact important de la participation d'acteurs aux compétences reconnues¹³⁰¹. Face à la parole experte, deux types de paroles peuvent se trouver

¹²⁹⁶ A. VAN LANG, « Le principe de participation : un succès inattendu », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 1^{er} avril 2014, n°43, p.25.

¹²⁹⁷ CONSEIL d'ÉTAT, Rapport public 2011 *op.cit.* p. 96.

¹²⁹⁸ *Ibid.* p.72.

¹²⁹⁹ J. CHEVALLIER, « Délibération et participation », in CONSEIL d'ÉTAT, *Consulter autrement, Participer effectivement*, Rapport public 2011, La Documentation française, 2011, p.201.

¹³⁰⁰ CNDP, Bilan du débat public. Projet de parc éolien en mer au large de Courseulles-sur-Mer 20 mars-20 juillet 2013, dressé par le président de la CNDP le 11 septembre 2013, p.5 : ces questions portaient sur les caractéristiques techniques, le rendement, la performance des éoliennes.

¹³⁰¹ A.C. DOUILLET, A. FAURE, C. HALPERN, J.P. LERECHE, *L'action publique locale dans tous ses états : différenciation et standardisation*, L'Harmattan, Paris 2012, p.215.

relativisés : la parole profane, de type « NIMBY¹³⁰² » et la parole engagée ou militante. Dans les deux cas, le citoyen non expert peut être suspecté de ne servir que des intérêts particuliers ou catégoriels, donc d'être inapte à peser sur le débat.

Comme l'a souligné J. CHEVALLIER, « l'implication des citoyens, qui se satisfont volontiers d'une démocratie furtive, (...) dépend de l'existence d'un intérêt qui est rarement d'ordre exclusivement civique¹³⁰³. La démocratie participative censée encourager l'engagement des citoyens peut paradoxalement les décourager au nom d'une conception idéalisée du débat public¹³⁰⁴. Une distinction est opérée également entre l'« habitant » et le « citoyen ». Il est très courant de parler d'habitants au niveau local et de citoyens au niveau national. « Les habitants contribueraient au développement de la démocratie participative, les citoyens relèveraient du registre de la démocratie représentative ; les premiers s'investiraient dans des enjeux concrets et palpables, les seconds s'inscriraient dans une plus grande abstraction, les premiers parleraient au nom de leur expertise d'usage, de leur ancrage, tandis que les seconds devraient s'abstraire de leurs déterminations sociales et de leurs appartenances pour délibérer entre égaux dans la sphère publique¹³⁰⁵ ». Il existerait ainsi des « tensions pragmatiques » entre les figures de l'habitant et du citoyen, entre la valorisation de l'engagement de proximité (l'habitant, dont le droit à s'exprimer est fondé sur la détention d'un savoir spécifique, son savoir d'usage) et sa critique au nom d'une participation citoyenne, qui somme les participants de s'extraire de cette première figure pour monter en généralité. Émerge alors une nouvelle figure, celle de l'habitant-citoyen, ni expert d'usage, ni caractérisé par une certaine largeur de vue¹³⁰⁶.

Les bilans des différents débats publics organisés dans le cadre des projets éoliens offshore reflètent cette dichotomie habitant/citoyen. Les conférences-débats menées sur des sujets à portée nationale tels que la politique énergétique et la filière industrielle de l'éolien en mer ont été retranscrites en ligne permettant aux citoyens internautes répartis sur le territoire national

¹³⁰² Acronyme de langue anglaise « *Not in my backyard* » signifiant que les éventuels aménagements publics d'intérêt général ne doivent pas perturber l'activité individuelle « au fond de mon jardin ».

¹³⁰³ J. CHEVALLIER, « Délibération et participation », *op.cit.* p. 205.

¹³⁰⁴ CONSEIL d'ÉTAT, *Consulter autrement, Participer effectivement*, *op.cit.* p. 73.

¹³⁰⁵ *La démocratie participative. Histoire et généalogie*. Sous la direction de M.H. BACQUE et Y. SINTOMER, Éditions La Découverte Paris 2011, p. 43.

¹³⁰⁶ *Ibid.* pp.45 et.47 : « le « citoyen » est-il nécessairement un être désincarné parlant clairement et rationnellement, est-il réellement, ou seulement, cet être sans qualités délibérant dans une sphère publique, abstraction faite de ses déterminations et de ses ancrages, et ainsi la seule figure permettant de penser l'intérêt général ? Les « habitants » ne sont-ils « experts d'usage » que d'une proximité spatiale par ailleurs souvent déconnectée de leurs propres pratiques quotidiennes ? ». Il faut se défier en réalité d'une « conception localiste du local » et admettre que le « local puisse être autre chose qu'un local gestionnaire » et être « critique vis-à-vis des tendances qui dépouillent le local gestionnaire (...) de cet attribut que constitue l'espace public ».

d'y participer¹³⁰⁷. En revanche, ce sont principalement les habitants des communes limitrophes aux projets qui viennent assister aux réunions publiques au cours desquelles des enjeux locaux sont évoqués, tels que les atteintes au paysage, les impacts sur le tourisme et la pêche, relayant parfois la « parole profane de type NIMBY » ou la « parole militante ».

L'avis des citoyens sur les projets EMR est également pris en compte dans le cadre des enquêtes publiques, dont la procédure génère elle aussi des insatisfactions.

B- La procédure d'enquête publique

La réforme de la procédure d'enquête publique issue de la loi du 12 juillet 2010 dite Loi Grenelle 2 a permis de clarifier un régime qui était devenu très confus. L'article L.123-6-I du code de l'environnement permet la tenue d'une enquête publique unique lorsque la réalisation d'un projet est soumise à l'organisation de plusieurs enquêtes publiques, dont une au moins relevant de l'article L.123-2. Or cet article soumet à enquête publique notamment les projets de travaux devant comporter une étude d'impact en accord avec l'article L.122-1. Les projets EMR sont soumis à enquête publique au titre de trois législations : le code de l'environnement pour l'autorisation délivrée au titre de la loi sur l'eau, le CG3P pour l'autorisation d'occupation du DPM naturel ainsi que le code de l'urbanisme pour les travaux de raccordement au réseau électrique sur le littoral (la bande des 100 mètres et les espaces remarquables). La tenue d'une enquête publique unique ne constitue qu'une faculté pour les autorités organisatrices. Elle est subordonnée à l'existence d'un accord des autorités compétentes pour organiser les différentes enquêtes sur la désignation de celle qui aura la charge d'ouvrir et d'organiser cette enquête unique. Il n'est donc pas possible d'y recourir s'il y désaccord. En cas de tenue d'une enquête publique unique, il n'y a certes qu'un seul dossier, mais qui doit comporter toutes les pièces exigées au titre de chacune des enquêtes et une note de présentation non technique unique du projet. Le commissaire enquêteur adresse au préfet un rapport unique accompagné de trois conclusions motivées distinctes.

C'est ainsi que s'est déroulée une enquête publique¹³⁰⁸ unique du 14 janvier 2014 au 14 février 2014 en mairie de Port Saint Louis du Rhône pour le projet d'implantation du site d'essai en mer de démonstrateurs d'éoliennes flottantes dit projet Mistral¹³⁰⁹, à 5 km de la plage

¹³⁰⁷ CNDP, Bilan du débat public dressé le 30 septembre 2015. Projet de parc éolien en mer Dieppe- Le Tréport, 24 avril-31 juillet 2015, p.16 : « le bilan de la participation en ligne fait état de plus de 11 000 visiteurs uniques sur le site internet du débat, 131 questions, 499 avis ».

¹³⁰⁸ Voir le rapport unique du commissaire enquêteur n°E13000239/13, Préfecture des Bouches du Rhône, 21 février 2014.

¹³⁰⁹ Projet d'éoliennes flottantes à axe vertical porté par la société MISTRAL SAS.

Napoléon¹³¹⁰. Ce projet s'inscrit dans le programme national des sites d'essais portés par France Énergie Marine et devrait déboucher sur la mise en place de treize éoliennes flottantes à 20 km de la plage. Après sélection de ce site et avant la tenue de l'enquête publique, plusieurs dizaines de réunions ont été organisées et plus de 200 personnes ont été consultées de septembre 2011 à janvier 2013 afin de bien cerner les enjeux locaux et les intégrer dans la validation du site. Ces discussions ont porté sur la pêche professionnelle, les usages de la mer, la préservation du littoral et la prise en compte des enjeux environnementaux et ont abouti à la suppression et la réduction d'un certain nombre d'impacts dès la conception du projet. Cette concertation de deux ans et demi s'est poursuivie lors de la phase d'instruction du dossier de demande d'autorisation d'occupation du domaine public maritime¹³¹¹.

La présidente de la Commission nationale du débat public relatif au projet de parc éolien offshore de Courseulles-sur-Mer a recommandé au maître d'ouvrage de mener conjointement les enquêtes publiques relatives à l'implantation du parc éolien et celle liée à la procédure de raccordement, les deux projets étant « totalement indissociables¹³¹²».

Le projet d'implantation d'un parc démonstrateur d'hydroliennes sur le site de Paimpol Bréhat a fait l'objet d'une procédure d'enquête publique unique, conformément à la décision du tribunal administratif de Rennes du 30 avril 2010 et à l'arrêté du préfet des Côtes d'Armor du 5 mai 2010. Le président de la Commission d'enquête a ainsi rendu un rapport unique de fin d'enquête publique le 16 août 2010¹³¹³ sur la base des quatre rapports des commissaires enquêteurs¹³¹⁴, dont les conclusions sont toutes favorables au projet.

Le professeur HELIN souligne que la nouvelle rédaction de l'article L.123-1 du code de l'environnement précise pour la première fois que « les observations et propositions (du public) recueillies au cours de l'enquête sont prises en considération par le maître d'ouvrage et par l'autorité compétente pour prendre la décision¹³¹⁵». Cet article intègre ainsi les exigences de l'article 6, point 8 de la Convention d'Aarhus disposant que « chaque partie veille à ce que, au moment de prendre la décision, les résultats de la procédure de participation du public soient dûment pris en considération ». Il faut espérer que ces exigences soient prises suffisamment en compte lors des enquêtes publiques qui se dérouleront dans le cadre des projets EMR.

¹³¹⁰ Ce site a été sélectionné suite au lancement par l'État en 2009 d'une étude visant à identifier les zones propices en Méditerranée et d'une large concertation de février à décembre 2010.

¹³¹¹ Concertation administrative réglementaire du 2 septembre au 2 novembre 2013.

¹³¹² CNDP. Bilan du débat public. Projet de parc éolien en mer au large de Courseulles-sur-Mer. 20 mars-20 juillet 2013 dressé par le président de la CNDP, 11 septembre 2013, p.10.

¹³¹³ Dossier n° E10000160.

¹³¹⁴ Les 4 rapports des commissions d'enquête sont ici relatifs à l'autorisation au titre de la loi sur l'eau, à l'occupation du DPM, à la demande d'un permis de construire (exigence encore en vigueur à cette date), et enfin aux opérations susceptibles d'affecter l'environnement.

¹³¹⁵ J.C. HELIN, « La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement et le réforme des enquêtes publiques », *RJE* n° spécial 2010.

Dans le cadre du déroulement des procédures d'enquête publique relative aux projets éoliens offshore de Saint Nazaire, Fécamp et Courseulles-sur-Mer, l'association Robin des bois a souligné leur caractère hétéroclite et incohérent. Elle demande un allongement de leur durée à deux mois. Elle dénonce aussi la « complexité, la nouveauté et la difficulté de reconstituer les effets cumulés des trois projets sur les oiseaux, les poissons et le mammifères marins » et « les inégalités d'information, voire les contradictions entre chacun des trois dossiers ». Elle fonde sa demande sur l'article R.123-6 du code de l'environnement et sur « l'importance stratégique des trois projets qui consacrent l'industrialisation de la mer, l'appauvrissement volontaire de ses richesses et ressources biologiques et l'expropriation des pêcheurs et autres usagers¹³¹⁶». Si le public, à travers le citoyen, est invité à exprimer son avis dans le cadre des projets EMR, il pourrait aussi, en tant qu'usager du milieu marin, être davantage impliqué dans sa gestion.

§2- L'implication du public dans la gestion du milieu marin

La participation du public dans le cadre du marché de l'électricité EMR doit être replacée dans le contexte de l'occupation par les parcs EMR d'espaces publics. La notion de démocratie environnementale qui infuse la loi sur la participation du public est encore plus prégnante ici. On peut appréhender le terme « public » de deux manières¹³¹⁷. La première renvoie à ce qui est à tout le monde, pour tout le monde, de tout le monde. Le milieu marin est ainsi une sorte d'« espace public ». La seconde fait référence à ce qui relève du droit public, en l'occurrence du domaine public, relevant d'une gestion spécifique tel le domaine public maritime. Dès lors, quelle est la place du public dans la gestion de cet espace public ? Le public doit-il se cantonner à un rôle purement informatif ou participatif, et dans quelle mesure ? A quelles instances peut-il se fier pour la gestion de cet espace qui lui est majoritairement dédié ? On se penchera successivement sur l'implication du public dans la gestion du domaine public maritime d'une part **(A)** et du patrimoine commun de la nation d'autre part **(B)**, pour terminer sur une comparaison avec le rôle du public dans le cadre du *public trust* **(C)**.

A- Le rôle du public dans la gestion du domaine public maritime

L'occupation du domaine public, qu'elle soit collective ou privée, est dominée par la notion d'intérêt général, qui sous-tend l'action administrative. La professeure Jacqueline MORAND-

¹³¹⁶ www.mer-veille.com, « Éolien offshore, Robin des bois dénonce un excès de vitesse », 26 août 2015.

¹³¹⁷ P. BACOT, « Ce que *public* veut dire », in *Mélanges en l'honneur du professeur Alain-Serge MESCHERIAKOFF, Service public, puissance publique : permanence et variations d'un couple mythique*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p.35 et s.

DEVILLER¹³¹⁸ a rappelé que « la « propriété administrative » et sa « fonction sociale » « obligent » », et qu'« il y a pour l'administration dans sa gestion et pour les usagers dans son occupation plus de devoirs que de droits ». Selon les termes du professeur Y. GAUDEMET, « la domanialité publique est comme un voile-le voile de l'affectation à l'utilité publique-qui s'étend sur la propriété publique¹³¹⁹». La gestion rentable du domaine public, notamment dans le cadre de la décision d'autoriser la production d'énergie en mer, s'effectue donc en principe dans l'intérêt général, puisque ce sont au final les contribuables qui en sont les bénéficiaires.

Mais la notion d'intérêt général est-elle systématiquement en accord avec l'intérêt du public ? Christian LAVIALLE a souligné que « le domaine public, même s'il est objet de propriété, ne doit pas être ramené à celle-ci sous peine de masquer sa fonction essentielle qui est d'être le support des relations des communications et relations sociales », et que « derrière l'usager affectataire, il y a le citoyen¹³²⁰». L'administration est a priori porteuse de l'intérêt général. La compétence de l'administration en matière d'intérêt général vient du fait qu'elle dépend du pouvoir politique, qui lui-même dépend des électeurs. Il est vrai que la crise de l'élection signifie en quelque sorte aussi une crise de l'autorité administrative¹³²¹.

L'examen du concept de *trust* en droit anglo-saxon est dès lors intéressant. Ce concept a été transposé en droit français à travers la loi du 19 février 2007¹³²² sur la fiducie et codifiée dans les articles 2011 à 2030 du code civil, mais il est peu invoqué en droit public. Il permettrait toutefois de restaurer le caractère triangulaire de la gestion du domaine public.

La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de son patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. Le *trust* quant à lui est une création de *l'equity*¹³²³. La conception anglaise de la propriété et des différents *estate*¹³²⁴ permet d'obtenir la séparation de la gestion d'une chose et du bénéfice de la

¹³¹⁸ J. MORAND-DEVILLER, "Propos introductifs", in *Contrats et propriété publique*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, sous la dir. de G. CLAMOUR, Lexisnexis Paris 2011, pp. 1 et s.

¹³¹⁹ P. YOLKA, *La Propriété publique. Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 1997.

¹³²⁰ C. LAVIALLE, "Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations", *RD publ.* 1990, 470.

¹³²¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, Participer effectivement*, Colloque organisé par le Conseil d'État le 20 janvier 2012 à l'ENA, La Documentation française, Paris 2012, p.117.

¹³²² Loi n° 2007-211 du 19 février 2007

¹³²³ F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec 2004, p.66, n°73 et s : A l'origine, l'*equity* correspond au corps de normes développées et appliquée par le Chancelier. L'*equity* est apparue afin de pallier la rigidité des règles de *common law*. C'est le Chancelier qui, à l'image du prêteur romain, a rempli cette fonction, détenteur du résidu de justice émanant du Roi. Les principes de justice et de conscience sont à la base du système d'*equity* (le Chancelier anglais étant, jusqu'au début du XVIème siècle, un ecclésiastique). Le *trust* est une des inventions les plus importantes de l'*equity*.

¹³²⁴ *Ibid.* p. 274, n°350 : L'*estate* est une modalité du droit de propriété appartenant au sujet de droit anglais, droit de propriété qui n'est pas absolu, contrairement au droit français, puisque tout bien immobilier appartient en fait à la Couronne d'Angleterre.

gestion de la chose. Un *trust* existe quand le propriétaire d'un bien doit gérer sa propriété pour le bénéfice exclusif d'une ou plusieurs personnes ou dans un certain but. Le propriétaire est appelé le *trustee* et dispose des droits pour détenir et gérer le bien. Les personnes dans l'intérêt desquelles le *trustee* doit agir sont les bénéficiaires. La fiducie se distingue du trust dans la mesure où seul ce dernier admet la coexistence de deux droits réels superposés sur le bien. Le *trustee* dispose d'un droit de propriété au titre de la *common law*, tandis que le bénéficiaire acquiert un droit de propriété en équité. Dans le cadre d'un trust, le *trustee* est « seul maître à bord après Dieu », le constituant étant dessaisi complètement. Le bénéficiaire est alors investi d'une sorte de propriété économique du bien (*equitable property*).

Le concept de *trust* n'a pénétré que le droit privé. Appliqué au domaine public, ce concept remettrait la population au centre de la gestion domaniale en lui accordant la place du bénéficiaire, l'administration étant le fiduciaire ou le *trustee* à qui une partie des droits inhérents à la propriété sont transférés afin de lui permettre de gérer les biens dans l'intérêt général. La personne publique est dépositaire d'un mandat de gestion. Le constituant est la nation, qui a confié les biens nationaux à l'État. La notion de *public trust* permettrait de modifier la conception de la participation du public dans la gestion des biens et des services publics, en axant sur le concept d'intérêt commun. L'intérêt commun se comprend comme une « aspiration commune, destinée commune, de droit commun et l'intérêt commun peut être compris comme un synonyme parfait d'intérêt général¹³²⁵ ». Si on se réfère à une autre définition, il s'agit de la « somme consensuelle d'intérêts particuliers », « ce qui s'applique à tous les éléments d'un groupe » et traduit le « lien nécessaire qui relie l'ensemble des intérêts particuliers¹³²⁶ ».

L'intérêt commun est proche de « l'intérêt de tous », notion mathématique de dénominateur commun, portion d'intérêts convergents existant entre toutes les parties d'un ensemble. Alors que la première définition insiste sur le caractère transcendant de l'intérêt commun proche de l'intérêt général, la seconde acceptation met en relief les points communs des membres d'un groupe¹³²⁷. Selon C. DAVID, « l'intérêt commun, au contraire de l'intérêt général qui est la base du concept juridique de l'État-nation, est en réalité un intérêt général qui n'est pas rendu abstrait dans le contrôle de l'État mais plutôt réapproprié par les individus qui coopèrent dans

¹³²⁵ Si on fait référence à la définition du Robert (1992) : « relatif au plus grand nombre, qui concerne le plus grand nombre »

¹³²⁶ F. RANGEON, *L'Idéologie de l'intérêt général*, Économica Paris 1986, p. 28.

¹³²⁷ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, thèse soutenue le 6 janvier 2001, Université Robert Schuman de Strasbourg, p. 62.

la production politique et sociale ; c'est un intérêt public qui n'est pas cantonné dans les mains de l'administration mais géré démocratiquement par la population¹³²⁸».

Cette conception des choses publiques permettrait de « répondre aux revendications actuelles de la population pour une participation active à la prise de décision » précise C. DAVID, selon qui « la conception des biens et des services publics a été développée à la lumière d'une théorie juridique qui considère le domaine public comme patrimoine de l'État et le principe de l'intérêt général comme un attribut de souveraineté. La remise en cause d'une telle perception est reflétée par la revendication participative actuelle de la population¹³²⁹». Comme le soulignait C. LAVIALLE, « l'analyse qui fait du domaine un trust a l'avantage de mettre sur le devant de la scène l'usager affectataire quelque peu éclipsé dans la présentation classique par la personne publique en particulier lorsqu'elle est qualifiée de propriétaire. En effet, la notion de domanialité publique n'a par définition de réalité que du point de vue de l'usager sinon il n'y aurait pas lieu de la distinguer de celle de domanialité privée. L'affectataire est donc bien comme le bénéficiaire dans le trust le personnage clé de la domanialité publique, celui qui donne un sens à cette expression (...) Penser le domaine public comme un patrimoine fondatif, en trust, assurerait plus clairement la situation de l'usager affectataire. La liberté, l'égalité et la gratuité de l'usage normal deviendraient ainsi plus difficiles à limiter et prévaudraient sur toutes les autres considérations d'exploitation du domaine¹³³⁰».

Cette conception rendrait au débat public sa vraie utilité démocratique dans notre arsenal juridique. Le public, en tant que bénéficiaire du trust public, serait ainsi consulté bien en amont des projets en mer et en amont de la planification maritime, contrairement au fonctionnement des débats publics aujourd'hui qui ne prennent en compte l'avis de la population qu'en aval des projets, une fois que ceux-ci sont arrêtés.

B- La place du public dans la gestion du patrimoine commun de la nation

Les pouvoirs de gestion du domaine public ne s'étendent pas à la colonne et à la surface de l'eau. Celles-ci sont réglementées selon des lois de police permettant de respecter l'intégrité de l'usage commun. Le public, notamment l'usager, peut-il jouer un rôle dans la gestion de l'utilisation des eaux surjacentes, comme dans le domaine de la gestion de l'eau ? Est-il envisageable de prévoir une gestion collective du milieu marin sur la base du principe de

¹³²⁸ C.DAVID, « Pour une approche renouvelée du droit français de la domanialité publique, *Petites affiches*, 17 août 2007 n° 165, p. 3.

¹³²⁹ *Ibid.*

¹³³⁰ C. LAVIALLE *op. cit.*

patrimoine commun de la nation, au même titre que l'eau ? L'article L.219-7 du code de l'environnement dispose en effet que le milieu marin fait partie du patrimoine commun de la nation. La participation des usagers et plus largement de la société civile à la gestion de l'eau reflète le choix politique de la France d'une gestion démocratique plutôt que technocratique de l'eau. Le concept de patrimoine commun de la nation introduit dans l'article L.210-1 du code de l'environnement à propos de l'eau induit en effet l'idée d'une gestion en bon père de famille. Intendante et usagère du patrimoine commun, la nation en est responsable et tenue de le gérer¹³³¹, sur la base d'une planification négociée de la ressource en eau.

La gestion de l'eau a été confiée aux collectivités territoriales en y associant les usagers. Outre leur droit à l'information, leur participation est de droit aux Comités de bassin des agences de l'eau où ils détiennent 40% des sièges¹³³² et au conseil d'administration des agences de l'eau. Le Comité de bassin est souvent appelé le « parlement de l'eau », traduisant une forme de communauté patrimoniale, chargée de décider en commun des priorités de gestion de l'eau au sein d'un grand bassin hydrographique. Les usagers sont associés à l'élaboration des SDAGE (Schémas Directeurs d'Aménagement et de Gestion des Eaux) par les comités de bassin (art. L.212-2 II du c. env.) -cette consultation durant 6 mois au moins- et des SAGE (Schémas d'Aménagement des Eaux) par les commissions locales de l'eau (CLE)¹³³³, appelées « parlement local de l'eau ».

La gestion de la ressource en eau est accompagnée du paiement de redevances payées par les usagers au profit des Agences de l'eau. La redevance pour prélèvement est le principal outil économique mis en place en France pour la gestion quantitative de l'eau¹³³⁴. Après avoir été

¹³³¹ I. SAVARIT, « Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ? », *RFDA* 1998, p.305.

¹³³² En vertu de l'article 82 de la loi du 30 décembre 2006 (art. L.213-8 et R.213-17 du code de l'environnement)

¹³³³ CONSEIL D'ÉTAT, *L'eau et son droit*, Rapport public 2010, La Documentation française, 2010, p.88. Les CLE regroupent des représentants des usagers, des collectivités territoriales et de l'État. La LEMA (Loi sur l'Eau et les Milieux Aquatiques) a renforcé le principe de planification territoriale négociée en rendant le règlement des SAGE opposable aux tiers, les modalités de gestion du patrimoine commun décidées par les usagers de l'eau gagnant ainsi en légitimité. Le contenu de la politique de l'eau n'est pas dicté par la loi mais laissé aux soins des acteurs locaux, au sein des CLE. La gestion de l'eau devient ainsi le résultat d'un processus délibératif, où les acteurs du territoire doivent définir, hiérarchiser et arbitrer entre les différentes options d'action publique, ce qui rend les procédures souvent lentes, demandant du temps pour gérer les conflits d'usage. Cette gestion ne va d'ailleurs pas toujours dans le sens d'une optimisation économique de la ressource, privilégiant des activités parfois en déclin, leur élimination via une compensation financière étant impensable. (Telle l'activité maraîchère, qui s'est imposée comme l'usage traditionnel, l'image du terroir, le garant du patrimoine collectif (I. CALVO-MENDIETA, O. PETIT, F.D. VIVIEN, « Le patrimoine commun : une autre manière d'analyser la gestion collective des ressources naturelles », in M. MAILLEFERT, O. PETIT et S. ROUSSEAU, *Ressources, patrimoine, territoires et développement durable*, P.I.E. Peter Lang, Bruxelles, 2010, p.213 et s.)

¹³³⁴ Ces redevances sont fondées sur la Directive cadre sur l'eau du 23 oct.2000 qui institue un cadre communautaire pour une politique visant le bon état écologique de l'eau. Son article 9 impose aux États membres de tenir compte du principe de la récupération des coûts des services de façon que les utilisateurs de l'eau supportent les coûts d'utilisation de l'eau, et notamment les coûts pour l'environnement. Elles sont codifiées aux articles L.213-10 à L.213-10-12 du code de l'environnement.

qualifiées de redevances *sui generis* par le Conseil d'État, elles ont finalement été qualifiées d'imposition de toute nature par le Conseil constitutionnel¹³³⁵, perdant ainsi leur intérêt quant à l'application du principe pollueur-payeur, puisqu'elles doivent respecter le principe de l'égalité devant l'impôt¹³³⁶. L'article L.213-10 du code de l'environnement dispose pourtant que l'agence de l'eau perçoit ces redevances en application du principe de prévention et du principe de réparation des dommages à l'environnement. Ce système de gestion multipartenaire est souvent présenté comme une référence en termes d'application du principe pollueur-payeur, mais les redevances instaurées n'ont jamais servi à cette fin. Le système, qui s'avère redistributif entre les usagers, avec des compensations entre les différents acteurs dans une optique de solidarité, répond plus au principe pollueur-sociétaire qu'à celui du pollueur-payeur.

Cette gestion collective de la ressource en eau est vue comme une alternative pertinente à la tendance à l'idéalisation de la relation marchande, à l'idée selon laquelle le marché serait un référentiel incontournable dans la gestion de la ressource rare. Plusieurs économistes ont souligné que la « magie » du marché n'était qu'un leurre et qu'il était nécessaire d'analyser les mécanismes marchands de manière plus pragmatique et raisonnable. De nombreux travaux ont montré que les mécanismes collectifs de gestion des ressources communes persistaient depuis des siècles sans conduire nécessairement à leur surexploitation¹³³⁷.

Ce mécanisme de gestion collective ne s'applique pas, ou pas encore au milieu marin, bien que ce dernier soit aussi une composante du patrimoine commun de la nation. L'article L.213-10-9 exonère les activités entraînant des prélèvements effectués en mer du paiement de la redevance pour prélèvement sur la ressource en eau. Il n'existe donc actuellement pas de redevances payées par les usagers du milieu marin, indépendamment de l'occupation du domaine public maritime. On retrouve le concept de gestion lié au patrimoine dans les notions de GIZC ou de GIML (Gestion Intégrée de la Mer et du Littoral), mais ces outils ne sont pas animés de la même idée de gestion collective associant réellement les usagers et la société civile. Des taxes sont prévues dans le domaine de l'éolien offshore, payées par les exploitants de parcs, au profit notamment des pêcheurs et des communes littorales, mais elles ont pour but de compenser les nuisances engendrées pour ces deux acteurs, davantage que pour compenser toutes les atteintes au milieu marin. En effet, seuls 15% du produit de la taxe est affecté au maintien du bon état écologique du milieu marin¹³³⁸. Un système de redevances payées par les usagers de la mer,

¹³³⁵ Cons. Const., 23 juin 1982, n°82-124 DC.

¹³³⁶ Conseil d'État, *L'eau et son droit*, *op.cit.* p.85.

¹³³⁷ I. CALVO-MENDIETA, O. PETIT, F.D. VIVIEN *op.cit.* p. 205.

¹³³⁸ Article 1519 C du CGI.

dont les exploitants de parcs EMR, et dont les impacts sont susceptibles d'affecter l'intégrité du milieu marin permettrait de donner de la consistance à la notion de patrimoine commun de la nation associée au milieu marin.

L'instruction ministérielle du 17 février 2014 relative aux modalités d'articulation entre la DCE et la DCSMM précise les interconnexions entre les Comités de bassin et les Conseils maritimes de façade¹³³⁹ institués par la loi Grenelle II pour mettre en œuvre les Plans d'Action pour le Milieu Marin. Les Conseils maritimes de façade sont composés notamment des représentants de la société civile, qui participent ainsi, aux côtés de l'État, des collectivités territoriales et des professionnels de la mer, à l'émission de recommandations concernant la cohérence de l'affectation des espaces en mer et sur le littoral. Ces recommandations sont ensuite prises en compte par l'État dans l'élaboration des documents stratégiques de façade et des plans d'action pour le milieu marin. Ainsi, même si cette instruction prévoit des liaisons entre les Comités de bassin et les Conseils maritimes de façade, les représentants des usagers au sein de ces derniers n'ont pas le même poids que les comités de bassin ou les CLE puisqu'ils n'ont qu'un rôle consultatif. Les décisions finales de gestion des usages en mer appartiennent aux représentants de l'État, marquant ainsi la spécificité du milieu marin imprégné d'une gestion étatique qui demeure relativement centralisée.

La comparaison avec la doctrine anglo-saxonne de *public trust*, issue de la notion de *trust* étudiée précédemment, nous apporte à nouveau un éclairage intéressant, puisqu'elle place les citoyens au cœur de la gestion de l'ensemble des ressources rares.

C- La comparaison avec la doctrine du *public trust*

La notion anglo-saxonne de *public trust* présente l'avantage de s'appliquer à l'ensemble des ressources naturelles, que ce soit les terres immergées, les eaux surjacentes ou les ressources s'y trouvant. Elle ne fait pas de distinction entre un domaine public maritime ou la colonne d'eau. D'autre part, cette doctrine, désormais constitutionnalisée dans maints États des États Unis d'Amérique¹³⁴⁰, permet aux populations d'exercer des actions en justice et de faire valoir leurs droits en tant que bénéficiaires du *public Trust*. Elle constitue donc un outil efficace pour la réparation des dommages à l'environnement. La propriété dans le cadre du *public trust* se rapproche davantage de la notion de propriété commune, bien qu'elle soit souvent identifiée dans le système juridique américain comme une forme particulière de propriété publique. La propriété publique ne s'exerce en réalité que sur le domaine terrestre. Ainsi, l'État fédéral peut

¹³³⁹ Art. L.219-6-1 du code de l'environnement.

¹³⁴⁰ Aux États Unis, les principes du *public trust* sont inclus dans les constitutions de certains États et transparaissent dans nombre de lois fédérales et étatiques.

disposer de son patrimoine public, tandis qu'il ne peut le faire avec le domaine maritime. Les terres immergées, la colonne d'eau de mer ainsi que les ressources vivantes sont soumises à la responsabilité du *public trust*, sous l'autorité du gouvernement ou de différentes organisations. Les ressources du *public trust* sont détenues et gérées par un gouvernement, considéré comme le trustee pour le bénéfice de la population (*the people*). Les États sont qualifiés de *trustees*, le peuple (*people*), que l'on peut associer aux usagers des ressources, est le bénéficiaire du public trust (*beneficiaries*), tandis que la communauté (*community*) est le constituant du trust (*trustor/settlor*). Le gouvernement ne peut aliéner les ressources du *trust* de façon permanente. Les usages privés sont certes permis mais ils doivent être en accord avec les principes et valeurs du *public trust* à savoir la navigation, le commerce, la pêche, ou des activités plus récréatives telles que la nage, la navigation de plaisance, ou des buts écologiques ou esthétiques. L'océan et ses écosystèmes doivent être protégés pour qu'ils puissent continuer à fournir les services écologiques tels que la nourriture, la médecine, la stabilisation du climat, les loisirs, et la navigation et le commerce. Ainsi, seules les activités dépendant de la mer sont autorisées¹³⁴¹. La doctrine du *public trust* s'applique dans les eaux navigables, la mer territoriale et la ZEE.

La nature du *public trust* induit un rôle accru du public dans la gestion des ressources marines et côtières. La doctrine du *public trust* s'applique cependant différemment selon les États. Dans l'État de l'Oregon notamment, elle a conduit à impliquer le public bien en amont des décisions relatives à la planification et à la gestion des activités sur l'espace maritime, dont les EMR. En effet, deux organismes consultatifs ont été institués : l'OPAC (*Ocean Policy Advisory Council*), composé de représentants de l'État, des usagers de la mer, des élus locaux et des citoyens, et le TSPAC (*Territorial Sea Plan Advisory Committee*), composé par les mêmes représentants auxquels s'ajoutent des représentants de l'industrie des énergies renouvelables et des *Public Utilities*. Tous les membres du TSPAC ont le droit de vote, contrairement à l'OPAC. Ces organismes prennent part à l'élaboration de documents de planification dont le FERC (*Federal Energy Regulatory Commission*) tient compte dans le processus de délivrance des permis d'implantation des parcs EMR¹³⁴². En cas de violation des principes du *public trust* les bénéficiaires peuvent intenter des actions en justice afin de faire respecter ceux-ci¹³⁴³.

¹³⁴¹ G. OSHERENKO, "New discourses on ocean governance: understanding property rights and the public trust", *Journal of environmental law and litigation* vol.21, University of Oregon School of Law, page 317, 30 avril 2007.

¹³⁴² A. SAN FILIPPO, "Involving citizens in Marine Spatial Planning. A case study of Oregon's Territorial Sea Plan amendment process for renewable energy development. », *University of Oregon*, June 14, 2013.

¹³⁴³ G. OSHERENKO *op.cit.* p. 373.

Dans la droite ligne du concept de *Public Trust*, la doctrine américaine propose la création de *Trust-Funds* pour les océans, alimentés par des redevances, servant à la surveillance des écosystèmes, à leur suivi. Ils pourraient aussi être utilisés pour des études d'impact environnementales, sociales et culturelles, et pour la résolution des conflits entre usagers. Pour G. OSHERENKO, “*an ocean trust needs an investment committee composed of members who understand ecosystems and can bring scientific knowledge to bear in managing the trust assets. Trustees should be guided by written investment policies with a precautionary investment-strategy that encourages investment in offshore renewable-energy and aquaculture while protecting the surrounding marine ecosystems for this and future generations of beneficiaries*”¹³⁴⁴.

Il existe certes aux États Unis des *Ocean trusts*¹³⁴⁵, mais ils ne sont pas alimentés par tous les usagers et tous les pollueurs et ils ne prévoient pas de redistribution aux citoyens. Tout comme un *Sky trust* a été proposé, un *Ocean Trust* est-il possible ? Certains *Ocean trusts* existent certes tels l'*Ocean Trust Partners* avec le *National Oceanic and Atmospheric Administration*, mais ils ne sont pas alimentés par des redevances qui pourraient être reversées aux usagers.

Le marché de l'électricité EMR est ainsi susceptible de contribuer à la valorisation économique et éthique du milieu marin. Certains outils, comme la planification maritime, et certaines procédures, tels le débat public et l'enquête publique, réclament une amélioration afin d'accroître cette contribution, qui se justifie d'autant plus au regard des contraintes imposées par ce marché tant à l'environnement marin qu'à l'espace marin.

¹³⁴⁴ *Ibid.* p.375.

¹³⁴⁵ www.oceantrust.org

TITRE II – LE MARCHÉ DE L’ELECTRICITE EMR SOURCE DE CONTRAINTES POUR LE MILIEU MARIN

Le préambule de la Convention de Montego Bay énonce « qu’il est souhaitable d’établir (...) un ordre juridique pour les mers et les océans qui facilite les communications internationales et favorise les utilisations pacifiques des mers et des océans, l’utilisation équitable et efficace de leurs ressources, la conservation de leurs ressources biologiques et l’étude, la protection et la préservation du milieu marin ». Ainsi, les deux principales préoccupations relatives au milieu marin sont le « développement durable dans l’espace maritime » et la « sécurité dans l’espace océanique¹³⁴⁶ ». Le développement des EMR ne peut s’accomplir qu’en tenant compte de ces deux objectifs. Il ne peut pleinement contribuer à valoriser durablement le milieu marin qu’en prenant en compte toutes les contraintes qu’il fait peser sur celui-ci. Le marché de l’électricité EMR constitue en effet une source de risques potentiels pour le milieu marin en tant qu’environnement et une source de risques pour la liberté et la sécurité du milieu marin en tant qu’espace.

La production d’électricité de source EMR, en contribuant à la réduction des émissions de gaz à effet de serre sur le long terme et à la lutte contre le réchauffement climatique, aura probablement des impacts futurs positifs sur l’environnement marin¹³⁴⁷. L’arrêt de la CJUE *Preussen Elektra*¹³⁴⁸ mentionne, parmi les objectifs de la politique européenne de production d’énergies renouvelables, outre la réduction des émissions de gaz à effet de serre, « la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, ainsi que la préservation des végétaux ». Cependant sa finalité première vise à améliorer le sort du genre humain, à tenter de juguler notamment le phénomène des réfugiés climatiques. Dans l’optique anthropocentrique¹³⁴⁹ du droit à l’environnement, le milieu marin bénéficie d’une protection pour l’homme, et non pour

¹³⁴⁶ Les deux expressions sont de Jean-Paul PANCRACIO qui en identifiant les « trois fonctions majeures (du droit de la mer) qui pourraient s’avérer essentielles dans les années et décennies à venir, en vue d’assurer une gouvernance équilibrée, rationnelle et...durable des espaces océaniques » distingue aussi celle de la recherche scientifique. J.P. PANCRACIO, *Droit de la mer* Paris Dalloz 2010, p.365. Cette dernière fonction pourrait être rattachée aux deux préoccupations identifiées.

¹³⁴⁷ Les changements climatiques, notamment l’élévation des températures, ont une incidence sur les périodes de reproduction et/ou la migration de certaines espèces, la durée des phases de croissance, la fréquence des infestations parasitaires et l’apparition de nouvelles maladies, provoquant un déplacement des habitats (PNUE, Plan d’Action pour la Méditerranée (PAM), Centre d’Activités Régionales pour les Aires Spécialement Protégées (CAR/ASP), « Impact des changements climatiques sur la biodiversité marine et côtière en Mer Méditerranée, État actuel des connaissances », Tunis, 2010, p.13.)

¹³⁴⁸ CJCE 13 mars 2001, *Preussen Elektra* aff. C-379/98 point 75.

¹³⁴⁹ T. KWIATKOWSKA, « Éthique de l’environnement : une pratique pour la survie de la planète », in sous la dir. de H. A.M.J. TEN HAVE, *Éthiques de l’environnement et politique internationale*, Éditions Unesco, Collection Éthiques, Paris 2007, p.196 : l’approche la plus anthropocentrique de l’éthique environnementale « attribue à la valeur du milieu naturel un rôle simplement instrumental en tant que moyen de répondre aux besoins des humains »

lui-même¹³⁵⁰. La « valorisation environnementale » du milieu marin, dans une approche écocentrée¹³⁵¹, ne constitue pas la finalité recherchée dans le soutien apporté à la production d'électricité EMR. Répondant à l'objectif de développement durable tel que contenu dans la Charte de l'environnement, l'activité liée aux EMR ne peut se déployer qu'en cherchant à minimiser au maximum les impacts sur l'environnement marin, mais n'a pas pour principal but d'améliorer ce dernier, en témoigne le lancement des projets EMR malgré les nombreuses incertitudes relatives aux impacts environnementaux sur la biodiversité et les écosystèmes marins¹³⁵².

Le marché de l'électricité EMR contraint l'environnement marin. Le terme contraindre renvoie à l'idée de brusquer, assujettir, astreindre. Cette idée de contrainte diffère de la menace, qui se rapproche de celle de danger. L'environnement marin est certes d'ores et déjà menacé par les risques de pollution, de marées noires, par le risque nucléaire, reflétant ainsi la « société du risque » de BECK¹³⁵³, mais ces menaces sont désormais identifiées et connues, et peuvent donc être prévenues ou minimisées. Or la plupart des risques générés par la production d'énergie renouvelable en mer et pesant sur l'environnement marin sont encore largement méconnus. Les EMR contraignent ainsi l'environnement marin en lui imposant son développement tout en faisant peser sur lui des menaces potentielles, non clairement identifiées, et contre lesquelles il est donc difficile d'agir efficacement. Cette activité fait ainsi peser sur lui une sorte d'angoisse, de pression, pouvant certes être justifiée par l'urgence de la lutte contre le changement climatique. D'aucuns avancent l'idée que la protection des parcs EMR est susceptible d'accroître la population de poissons par le biais de l'effet récifal¹³⁵⁴, les zones de sécurité faisant office d'aires marines protégées, ou de réduire le risque d'ouragans¹³⁵⁵. De façon

¹³⁵⁰ A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, 2^e éd. Themis PUF Paris 2007, n°72, p.57et s ; L. FERRY, *Le nouvel ordre écologique. L'arbre, l'animal et l'homme*. Ed. Grasset & Fasquelle, 1992, p.108 : « S'agit-il seulement de veiller à nos lieux de vie parce que leur détérioration risquerait de nous atteindre, ou au contraire, de protéger la nature comme telle, parce que nous découvrons qu'elle n'est pas qu'un simple matériau brut...mais un système harmonieux et fragile, en lui-même important et plus admirable que cette partie, somme toute infime, qu'en constitue la vie humaine ? ».

¹³⁵¹ D. BIRNBACHER, « Éthique utilitariste et éthique environnementale-une mésalliance ? » *Revue philosophique de Louvain*, 4^{ème} série, Tome 96, n°3, 1998, p.427 : l'approche « écocentrée de l'éthique environnementale (...) reconnaît aux êtres vivants, autres qu'humains, aux biotopes, aux écosystèmes, aux espèces animales ou végétales et à la biosphère entière un caractère de fin en soi, une « valeur propre » (...) ».

¹³⁵² Pour une étude approfondie du traitement de ces incertitudes, cf infra Titre II Chapitre I.

¹³⁵³ U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*. Éditions Flammarion Paris 2001 (pour la traduction française).

¹³⁵⁴ R. INGER, M.J. ATRILL, S. BEARHOP, A.C. BRODERICK, W.J. GRECIAN, D.J. HODGSON, C. MILLS, E. SHEEHAN, S.C. VOTIER, M.J. WITT, and B.J. GODLEY, « *Marine renewable energy: potential benefits to biodiversity? An urgent call for research* », *Journal of Applied Ecology*, 2009, 46, 1145-1153.

¹³⁵⁵ M.Z.JACOBSON, C.L.ARCHER, W. KEMPTON, « *Taming hurricanes with arrays of offshore wind turbines* », www.nature.com/natureclimatechange, January 3, 2014: De nouvelles recherches réalisées par deux universités américaines (Delaware et Stanford) montrent pour la première fois qu'un nombre conséquent d'éoliennes en mer seraient en mesure d'amortir les dommages causés sur les villes côtières en réduisant la vitesse des vents des ouragans, la hauteur des vagues ainsi que les inondations causées par les tempêtes.

générale, en l'état actuel des connaissances, la cohabitation entre les EMR et l'environnement marin est loin d'être symbiotique.

Les expressions telles que « levée des risques » figurant dans les différents cahiers des charges des appels d'offre éolien offshore, ou « éviter, réduire, compenser » désignant les mesures devant être anticipées par le porteur de projet lors de la réalisation des études d'impact, ou encore celle de « remise en état du site » lors du démantèlement des engins EMR, n'invitent guère à penser l'activité des EMR comme ayant une fonction d'amélioration de l'environnement marin. Ce dernier est davantage appréhendé comme un paramètre dont l'activité d'exploitation des EMR doit tenir compte et sur lequel elle doit impacter le moins possible. Et pour cause, puisqu'il s'agit en définitive d'une activité économique et industrielle comportant comme telle sa part de risques¹³⁵⁶. L'article 194 du TFUE soumet néanmoins la politique énergétique de l'Union à une double exigence de protection mais aussi d'amélioration de l'environnement. L'activité des EMR, s'inscrivant dans un objectif de développement durable, se doit de ne négliger aucune des trois composantes de celui-ci, à savoir, d'une part, les composantes économique et sociale, et d'autre part, la composante environnementale. Et c'est ici que réside toute la spécificité des EMR, car cette composante environnementale concerne un milieu encore bien méconnu, le milieu marin. Ainsi, à l'incertitude liée aux interrogations sur le climat et l'avenir de la planète, incertitude dont la reconnaissance juridique a été traduite par l'avènement récent du principe de précaution¹³⁵⁷, s'ajoute l'incertitude caractérisant les risques de l'activité EMR pour l'environnement marin (**Chapitre I**).

Le marché de l'électricité EMR contraint également le milieu marin en tant qu'espace, en ce qu'il restreint, comprime celui-ci. Si en effet la multiplication des usages en mer a depuis longtemps remis en cause le principe de liberté des mers, dont la liberté de navigation, par l'accroissement des aires marines protégées notamment, la présence des parcs EMR non seulement amplifie le phénomène de compression de l'espace disponible pour l'expression des différentes libertés en mer mais contraint l'espace marin aussi dans le sens où elle lui impose de renforcer la sécurité de celui-ci en raison de l'accroissement du risque de mer (**Chapitre II**).

¹³⁵⁶ J.B. AUBY, « Le droit administratif dans la société du risque. Quelques réflexions. » in *Responsabilité et socialisation du risque*, Conseil d'État, Rapport public 2005, Études et documents n°56, La Documentation française, Paris, 2005, p.351 : citant Ulrich BECK (précité) et Anthony GIDDENS (*Les conséquences de la modernité*, L'harmattan, 2001), selon lesquels le risque est omniprésent dans nos sociétés, que ce soit le risque naturel, technologique, économique, sanitaire, alimentaire. Il est le produit des activités humaines, bien souvent essentielles au développement économique.

¹³⁵⁷ A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, 3^e éd. Coll. Themis, PUF Paris 2011, n°119, p. 97.

Chapitre I- Le marché de l'électricité EMR source de contraintes pour l'environnement marin

Dans son rapport sur les travaux du Processus consultatif informel sur les océans et le droit de la mer de 2012¹³⁵⁸, l'Assemblée générale de l'ONU recommande l'application du principe de précaution dans le cadre de la mise en œuvre des projets EMR. L'article 206 de la Convention de Montego Bay enjoint les États à évaluer les effets potentiels de leurs activités sur le milieu marin s'ils pensent que celles-ci peuvent avoir des effets nuisibles sur ce milieu. La Convention sur la diversité biologique¹³⁵⁹ intègre les écosystèmes marins dans la définition de la diversité biologique et complète la Convention de Montego Bay pour contribuer à la protection des mers dans les espaces maritimes sous compétence nationale. Elle introduit le principe de précaution, qui préconise l'adoption de mesures de précaution avant l'obtention de preuves scientifiques suffisantes démontrant l'existence d'un risque.

La Commission européenne, dans le cadre de sa Communication au Parlement européen du 20 janvier 2014 relative aux EMR¹³⁶⁰ souligne que « certaines des incidences environnementales des installations exploitant l'énergie océanique ne sont pas encore parfaitement connues à ce stade. Il sera donc nécessaire d'intensifier les travaux de recherche et de mettre en place un meilleur échange d'informations sur les incidences sur l'environnement pour comprendre et atténuer les effets négatifs que les installations exploitant l'énergie océanique peuvent avoir sur les écosystèmes marins. Les incidences cumulées avec d'autres activités humaines doivent également être évaluées dans le contexte de la réalisation d'un bon état écologique au sens de la directive-cadre « Stratégie pour le milieu marin » et de la directive-cadre sur l'eau. ».

Sans explicitement invoquer le principe de précaution, la Commission souligne le manque de certitude quant aux risques environnementaux des EMR et incite donc les États membres à poursuivre la recherche. Le principe de précaution est un principe autonome en droit européen consacré par l'article 191 § 2 du TFUE. Cet article dispose qu'il est tenu compte dans le cadre de l'exigence de protection élevée de la politique de l'Union en matière d'environnement de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. D'autre part, en l'absence

¹³⁵⁸ NATIONS UNIES, Assemblée générale, Rapport sur les travaux du Processus consultatif informel ouvert à tous sur les océans et le droit de la mer à sa treizième réunion tenue du 29 mai au 1^{er} juin 2012, A/67/120, point 35.

¹³⁵⁹ Adoptée en 1992, ratifiée par la France le 1^{er} juillet 1994.

¹³⁶⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, et au Comité des régions, Énergie bleue. Réaliser le potentiel de l'énergie océanique dans les mers et océans européens à l'horizon 2020 et au-delà / COM / 2014/ 08 final du 20 janvier 2014, point 4.

d'harmonisation des législations relatives aux EMR, les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de l'application du principe de précaution¹³⁶¹.

Ainsi, les autorités publiques nationales sont confrontées à des choix quant à l'activité des EMR, les mesures de précaution étant proportionnées au risque suspecté. Elles doivent situer celui-ci dans son contexte singulier, peser les intérêts en jeu et opérer des arbitrages. C'est toutefois la jurisprudence qui dessinera pas à pas les modalités de ces arbitrages, dans le cadre du contrôle de légalité notamment. La mise en œuvre du principe de précaution soulève aussi la question de la responsabilité éventuelle des autorités publiques. En outre, la finalité de la mise en œuvre du principe de précaution dans le cadre des EMR mérite d'être éclaircie. Elle vise les intérêts des générations présentes mais aussi futures. Or ces intérêts concernent autant la protection de l'environnement marin, que la lutte contre le réchauffement climatique, intérêts pouvant être contradictoires dans le cadre de l'exploitation des EMR. Quel intérêt des générations futures faut-il alors privilégier ? **(Section I)**.

Les enjeux de la mise en œuvre du principe de précaution dans le cadre des EMR étant ainsi mis en lumière, demeure la question de l'application concrète de ce principe. L'article 5 de la Charte de l'environnement dispose que « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution, à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin d'éviter la réalisation du dommage, ainsi qu'à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques encourus ». Il conviendra ainsi de qualifier la nature des risques de dommages susceptibles d'être causés par le marché des EMR et d'analyser les mesures concrètes prises pour l'application des mesures de précaution. **(Section II)**.

Section I- Les enjeux de la mise en œuvre du principe de précaution dans le cadre du marché de l'électricité EMR

La Résolution¹³⁶² de l'Assemblée nationale du 1^{er} février 2012 sur la mise en œuvre du principe de précaution a affirmé la nature politique de celle-ci. En effet, la décision de suspendre ou non une activité sur la base du principe de précaution se prend bien souvent sur la base d'un calcul

¹³⁶¹ J.B. AUBY et J. DUTHEIL de la ROCHERE, *Traité de droit administratif européen* 2^e éd. Bruylant Bruxelles 2014, pp.633 et 634.

¹³⁶² n° 837

en termes de bénéfice/risque. C'est pourquoi la Résolution précitée préconise la tenue d'un débat public favorisant une réflexion sur l'utilité sociale, le coût économique et environnemental et les enjeux éthiques des choix découlant de la décision relative aux risques en cause. Elle rappelle aussi que les mesures de précaution adoptées doivent mettre en balance le risque redouté et les bénéfices directs ou indirects escomptés¹³⁶³. La tenue des différents débats publics, pour l'heure dans le cadre de l'éolien offshore, n'a pas permis cette réelle mise en balance dans la mesure où la connaissance des risques potentiels n'est pas suffisamment aiguisée.

Il faut espérer que les prochains débats publics, tandis que la recherche sur les impacts progressera, sera plus efficace sur ce plan. Cette réflexion a au moins le mérite de mettre en lumière les enjeux de la mise en œuvre du principe de précaution dans le cadre des EMR¹³⁶⁴. L'appréciation de la gestion du risque peut être rattachée à la détermination de l'intérêt général, qui demeure une prérogative de l'État. Dès lors, dans quelle mesure peut-elle être contrôlée par le juge administratif dans le cadre d'un contrôle de légalité de l'acte administratif ? (§1). En outre, dans la mesure où la recherche scientifique permettant d'accroître la connaissance des risques doit être encadrée par les pouvoirs publics, la question de la responsabilité de l'État en cas d'inaction ou d'insuffisante mise en œuvre du principe de précaution se pose. (§2).

§ 1- Le contrôle de l'action administrative relative à la mise en œuvre du principe de précaution

A partir du moment où un doute quant à la gravité et l'irréversibilité des risques environnementaux causés par les EMR a été identifié¹³⁶⁵, le choix de gestion de ces risques appartient discrétionnairement à l'État, ainsi que la décision de poursuivre ou non l'activité en cause. Dans le cadre des EMR, interdire l'activité en raison de la suspicion de risques graves et irréversibles anéantirait les effets des soutiens publics nécessaires à cette activité d'intérêt

¹³⁶³ B. PARANCE, « Les entreprises face au risque de précaution », in *Développement durable et entreprise*, sous la dir. de V. MAGNIER, L. FONTBAUSTIER, Dalloz Paris 2013, p.65.

¹³⁶⁴ Cette prise de conscience de la nécessité de prendre en compte le principe de précaution dans le domaine des EMR a déjà eu lieu au Canada (*Marine Renewable Energy Legislation. A consultative process*, Report to the Government of Nova Scotia, July 18, 2011, submitted by R.O. FOURNIER, Department of Oceanography and Marine Affairs Program, Dalhousie University.), en Irlande (*Strategic Environmental Assessment of Offshore Renewable Energy Development Plan*, Coastal Concern Alliance (CCA), May 2011), aux États-Unis (*Testimony on Coastal and Marine Spatial Planning, Committee on Commerce, Science, and Transportation, Subcommittee on Oceans, Atmosphere, Fisheries, and Coast Guard*, OceanRenewableEnergyCoalition, Wednesday, November 4, 2009: ici l'application du principe de précaution ne doit pas conduire à freiner le développement des EMR, tout en intensifiant la recherche sur leurs impacts environnementaux). Voir aussi le point de vue d'une juriste espagnole de droit public: M. ABAD. CASTELOS, « *Marine renewable Énergies: Opportunities, Law, and Management* », *Ocean Development §International Law*, 45, 221-237, 2014, p. 224: « *Filling the existing knowledge gap requires testing the devices in situ and monitoring and evaluating their impacts, taking into account the precautionary approach* ».

¹³⁶⁵ L'application du principe de précaution aux EMR est étudiée dans la section II (voir infra).

général. Dès lors, quel type de contrôle le juge administratif peut-il exercer sur la décision publique (B) et sur quel acte juridique (A) ?

A- La nature de l'acte administratif contrôlé

Il doit s'agir d'un acte faisant grief (1). Il reste dès lors à identifier de tels actes dans le cadre des EMR.

1- La nécessité de l'existence d'un acte faisant grief

Outre l'existence d'un intérêt à agir du requérant¹³⁶⁶, l'action portée devant le juge de l'excès de pouvoir n'est possible qu'à la condition d'être dirigé contre un acte administratif unilatéral faisant grief¹³⁶⁷. Les mesures préparatoires et les avis ne sont pas normalement susceptibles de recours. En effet, leur contenu ne fait naître ni obligation, ni droit¹³⁶⁸. L'acte fait grief si le juge considère qu'il modifie l'état du droit. Cette condition est indépendante du droit d'action du requérant, permettant au juge de déterminer si l'acte est susceptible de recours. Après avoir vérifié si la décision fait grief par elle-même, le juge vérifie si elle fait grief au requérant.

2- L'identification des actes susceptibles de recours dans le domaine des EMR

Il s'agirait ici de contrôler le respect de l'application du principe de précaution à travers le contrôle de légalité d'un acte administratif. Le Conseil d'État a eu l'occasion de confirmer récemment, dans un arrêt d'assemblée du 12 avril 2013¹³⁶⁹, que le principe de précaution est directement invocable devant lui à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif.

Mais quel acte administratif dans le cadre des EMR ? Ce contrôle pourrait-il s'effectuer au niveau de l'arrêté que prend le ministre de l'énergie pour autoriser l'exploitation d'une installation de production d'énergie ? Les différents actes de planification des zones EMR quant à eux ne sont a priori pas des décisions faisant grief et sont donc insusceptibles de recours¹³⁷⁰. Le Conseil d'État a eu l'occasion de juger que la délibération à propos de l'approbation d'une

¹³⁶⁶ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, L.G.D.J. Lextenso Éditions Paris 2011, n°83, p.66.

¹³⁶⁷ *Jcl. Administratif*. Fasc.1140, « Conditions d'exercice du recours pour excès de pouvoir », 28 novembre 2011, n°1.

¹³⁶⁸ D. CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, 10^e éd. Lexisnexis, Paris 2013, n°179, p.94.

¹³⁶⁹ M. CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution. A propos de l'arrêt du Conseil d'État, Assemblée, 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, n°342409 au Lebon », *RFDA* 2013, p.1061.

¹³⁷⁰ Préfecture de région Bretagne, *Planification stratégique des énergies renouvelables en mer en Bretagne*, Février 2010, p.7 : « Cette planification est souple : les contours des zones pré-identifiés comme propices à l'installation d'un parc éolien sont indicatifs, ne sont ni intangibles ni juridiquement opposables (ce n'est pas un PLU de la mer) ».

carte communale d'urbanisme, était non pas une mesure préparatoire mais une décision à « effet différé » susceptible de recours ainsi qu'un arrêté préfectoral approuvant un plan de protection de l'atmosphère, parce qu'il emporte une série d'effets contraignants quant à la surveillance et la maîtrise de la qualité de l'air dans son périmètre¹³⁷¹.

Les arrêtés préfectoraux délivrant les autorisations au titre de la loi sur l'eau¹³⁷² ou portant concession d'utilisation du domaine public maritime (DPM) dans le cadre des EMR imposent la mise en place d'un protocole et d'un comité de suivi environnemental des impacts des projets sur le milieu marin tout au long de la durée de validité du titre. L'un des motifs d'illégalité interne invoqués par l'Association Vent de travers contre l'arrêté préfectoral portant concession d'utilisation du DPM au profit de la société ENERTRAG consistait dans la violation du principe de précaution, au regard des risques potentiels pour l'environnement marin¹³⁷³. Le DPM naturel se trouve en effet au cœur d'une conciliation nécessaire entre valorisation économique du domaine et protection du caractère naturel de celui-ci. L'article L.2124-1 du code général de la propriété des personnes publiques dispose en effet que les décisions d'utilisation du domaine public maritime tiennent compte des « impératifs de préservation des sites et paysages du littoral et des ressources biologiques ». L'utilité publique des projets implantés sur le DPM naturel doit d'autant plus être justifiée et prouvée que les seules exceptions portées à « l'état naturel du rivage de la mer », selon l'article L.2124-2 du même code, concernent des installations liées à l'exercice d'un service public ou l'exécution d'un travail public ayant fait l'objet d'une déclaration d'utilité publique.

B- La nature du contrôle effectué par le juge administratif

Le contrôle effectué par le juge dans le cadre d'incertitudes scientifiques concernant les impacts environnementaux de projets s'effectue principalement dans le cadre d'un bilan coûts-avantages (1), et pourrait s'appliquer aussi aux EMR (2).

1- Le contrôle du respect du principe de précaution à travers le bilan coûts-avantages

¹³⁷¹ D. CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, 10^e éd. Lexisnexis, Paris 2013, n°179, p.94 et 95 : CE, avis cont., 28 nov 2007, n°303421, *Flory* et CE 26 mars 2008, n°300952, *Assoc. Les amis de la terre*)

¹³⁷² Article L.214-1 et s. du code de l'environnement.

¹³⁷³ Recours pour excès de pouvoir devant le TA de Rouen contre l'arrêté du préfet de Seine Maritime du 16 juillet 2008 portant concession d'utilisation du Domaine public maritime en dehors des ports au profit de la société CECA SAS, Centrale Enertrag Côte d'Albâtre pour la création d'un parc éolien en mer au large de Veulettes-sur-mer.

Dans l'arrêt d'assemblée précité du 12 avril 2013¹³⁷⁴, le Conseil d'État nous en fournit un exemple. Cette décision a été rendue à l'occasion d'un recours contre un arrêté ministériel portant déclaration d'utilité publique de travaux d'établissement d'une ligne électrique aérienne à très haute tension, la ligne « Cotentin-Maine » en vue de l'institution de servitudes nécessaires à l'implantation de pylônes. Le juge administratif devait d'abord vérifier l'applicabilité du principe de précaution à l'affaire en cours, et vérifier ensuite le cas échéant si l'administration a bien mis en place les procédures d'évaluation du risque requises et les mesures de précaution appropriées, qui ne devront être ni « insuffisantes, ni excessives ».

Le Conseil d'État retient ici un contrôle normal sur l'identification et l'appréciation des risques. En effet, il procède à un contrôle classique de qualification juridique des faits et vérifie si les risques mis en avant sont suffisamment sérieux et étayés, même si non démontrés, pour justifier l'application du principe de précaution. A partir du moment où il a été décidé de l'application de ce principe, l'administration doit procéder à l'évaluation du risque retenu et prendre les mesures de précaution appropriées. Ces mesures doivent être adaptées à la gravité du risque encouru, rendant le contrôle de proportionnalité tout à fait adapté. Mais le juge ici se contente d'un contrôle de disproportion manifeste¹³⁷⁵, restreint, limité à la censure de l'erreur manifeste d'appréciation¹³⁷⁶ sur le choix des mesures destinées à y faire face, laissant à l'administration une marge de manœuvre pour apprécier l'adéquation de la mesure de précaution adoptée au regard de la nature du risque. Il ne peut en effet se substituer à l'administration¹³⁷⁷.

Bien qu'un contrôle normal eusse pu être envisagé compte tenu de la précision des dispositions constitutionnelles et législatives quant aux caractéristiques des mesures de précaution, le fait que la décision intervient dans une matière techniquement complexe contribue à justifier le contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation, contrôle préconisé par la CJUE sur les mesures de gestion des risques obéissant au principe de proportionnalité, reposant sur des choix politiques et des appréciations complexes¹³⁷⁸.

¹³⁷⁴ M. CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution. A propos de l'arrêt du Conseil d'État, Assemblée, 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, n°342409 au Lebon », *RFDA* 2013, p.1061.

¹³⁷⁵ *Ibid.*

¹³⁷⁶ A. VAN LANG, « L'application du principe de précaution à la déclaration d'utilité publique. Conseil d'État, assemblée, 12 avril 2013, n°342409, *Association coordination interrégionale Stop THT et a.* », *RDI* 2013, p.305.

¹³⁷⁷ P. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, Éditions Odile Jacob, La Documentation française, Janvier 2000, p.158 : « Il n'est pas certain que le contrôle du bien-fondé de la décision relative à la précaution doive rester limité au cas de « l'erreur manifeste », « il n'assure pas réellement le respect du « principe de proportionnalité » pourtant essentiel dans la mise en œuvre du principe de précaution ».

¹³⁷⁸ CJUE 22 décembre 2010, *Gowan Comercio Internacional*, aff. C-77/09, D.2011, 2694, obs. F.G. TREBULLE, §81.

L'intérêt majeur de cette décision réside dans la double utilisation du principe de précaution : dans un premier temps, le juge vérifie le respect de celui-ci dans le cadre d'un contrôle de légalité interne.

En effet, il affirme qu'« une opération qui méconnaît les exigences du principe de précaution ne peut légalement être déclarée d'utilité publique ». Ainsi, en cas de violation directe du principe de précaution, le juge pourrait immédiatement annuler l'arrêté litigieux, sans besoin d'aller plus loin dans son contrôle et en faisant l'économie de la théorie du bilan, appelant des appréciations subjectives délicates à opérer¹³⁷⁹. Il prend ensuite en compte ce principe à travers les mesures de précaution adoptées comme élément du bilan auquel il doit procéder pour pouvoir apprécier l'utilité publique de l'opération projetée. Il met en balance les inconvénients du projet, y compris ceux résultant de ces mesures de précaution, avec l'utilité du projet, à savoir ici la limitation des risques de surcharge d'un réseau électrique fragilisé et l'adaptation de celui-ci aux conditions de fonctionnement de l'installation nucléaire de base de « Flamanville 3 ». Il s'est avéré en l'espèce qu'au regard des nombreux avantages du projet, les inconvénients tenant à l'application du principe de précaution n'ont pas permis de remettre en cause l'utilité du projet¹³⁸⁰.

Ainsi, l'examen de l'utilité publique de l'expropriation permet de soumettre les mesures de précaution au contrôle de proportionnalité, auquel elles échappent dans la phase du contrôle juridictionnel consacré à la mise en œuvre du principe de précaution. En effet, les mesures de précaution doivent être, selon l'article 5 de la Charte, « provisoires et proportionnées », ou, selon article L.110-1 du Code de l'environnement, « effectives et proportionnées... à un coût économiquement acceptable ». Elles sont donc soumises au principe de proportionnalité, lequel implique la recherche d'un équilibre intégrant notamment les aspects économique et financier de la décision. Il faut toutefois garder à l'esprit le fait que la technique du bilan conduit à ne censurer que les opérations présentant des inconvénients excessifs, donc disproportionnés par rapport aux avantages, conduisant au final à très peu d'annulations de projet d'envergure¹³⁸¹. Ainsi, les mesures de précaution doivent être proportionnées à l'intérêt public de l'opération. En outre, la constitutionnalisation du principe de précaution permet de ne plus considérer « son respect comme une exigence parmi d'autres, fongibles avec les autres ingrédients du bilan, mais

¹³⁷⁹ M. CANEDO- PARIS *op.cit.*

¹³⁸⁰ M. GUERIN, « Principe de précaution et utilité publique : une définition précise du contrôle par le Conseil d'État », *Environnement et développement durable* n°6, juin 2013, comm.54.

¹³⁸¹ A. VAN LANG, « L'application du principe de précaution à la déclaration d'utilité publique. Conseil d'État, assemblée, 12 avril 2013, n°342409, *Association coordination interrégionale Stop THT et a.* », *RDI* 2013, p.305.

comme un prérequis conditionnant la possibilité même d'examiner l'utilité publique d'un projet¹³⁸²».

2- La transposition de ce contrôle dans le cadre du marché de l'électricité EMR

Cette réflexion conduit à une double interrogation quant au contrôle du respect du principe de précaution dans le cadre des projets EMR. Ce contrôle serait-il finalement plus efficace dans le cadre d'une procédure de type coûts-avantages, dans la mesure où l'objectif, loin d'être l'annulation systématique des projets d'implantations EMR, consiste justement à encourager et à apprécier les mesures d'évaluation des risques et les mesures de précaution qui s'en suivent ? Dès lors, dans quel cadre cette mise en balance pourrait-elle s'effectuer, dans la mesure où les projets EMR, sauf pour la construction de lignes électriques terrestres, ne font pas l'objet d'arrêtés de déclaration d'utilité publique. Ne devraient-ils pas l'être cependant ? Il a été reconnu en effet que la théorie du bilan implique la mise en balance des avantages d'un projet non seulement avec l'atteinte aux intérêts privés¹³⁸³, tels que le droit de propriété, mais aussi depuis la jurisprudence *Sainte Marie de l'Assomption* du 20 octobre 1972¹³⁸⁴, avec « l'atteinte à d'autres intérêts publics », tels que la protection de l'environnement¹³⁸⁵, voire même le droit à un environnement sain¹³⁸⁶.

L'appréciation de l'utilité publique d'un projet était destinée à l'origine à imposer à un propriétaire privé, au nom de l'intérêt général, la cession de sa propriété immobilière. La déclaration d'utilité publique, plus qu'une simple autorisation d'exproprier, a désormais avant tout pour fonction de reconnaître l'opportunité d'un projet. Son utilité publique intéresse donc, qu'elle y soit favorable ou hostile, une population nettement plus large que les seuls propriétaires¹³⁸⁷. Une belle illustration nous est donnée par le Conseil d'État dans trois décisions du 10 juillet 2006 ayant permis l'annulation d'un projet de lignes électriques aériennes à très haute tension dans le parc du Verdon¹³⁸⁸. Le Conseil d'État a en effet considéré que les atteintes graves portées par ce projet aux zones d'intérêt exceptionnel- en l'occurrence des « espaces

¹³⁸² X. DOMINO, A. BRETONNEAU, « Principe de précaution et théorie du bilan. Mille plateaux », *AJDA* 2013, p.1046.

¹³⁸³ CE Ass. 28 mai 1971, *Min. équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet*, « *Ville nouvelle Est* », *Lebon* 409.

¹³⁸⁴ CONSEIL d'ÉTAT, *L'utilité publique aujourd'hui*, La Documentation française, Paris 1999, p.20 : « Les commentateurs de cette décision n'ont pas manqué de noter que la difficulté de l'affaire résidait dans le fait qu'un intérêt général devait être mis en balance avec un autre intérêt général ».

¹³⁸⁵ Y. AGUILA, « La théorie du bilan à la lumière de l'article 6 de la Charte de l'environnement », *Constitutions* 2010, p.433 ; Voir aussi CE, 22 octobre 2003, n°231953, 231968, 232003, *AJDA* 2004, p. 1193 : En raison de ses incidences environnementales et de son coût excessif, le projet de réalisation d'un barrage-réservoir est, en application de la théorie du bilan, considéré comme dépourvu d'utilité publique

¹³⁸⁶ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^e édition, Dalloz 2011, n°74, p.79.

¹³⁸⁷ *L'utilité publique aujourd'hui*, Rapport du Conseil d'État, La Documentation française, Paris 1999, p.23.

¹³⁸⁸ M.F. DELHOSTE, « La théorie du bilan et la protection de l'environnement. Note sous Conseil d'État 10 juillet 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte Croix et autres* (Trois espèces : 288108, 289393 et 289274) », *RFDA* 2006, p.990.

remarquables du littoral et de la montagne », des zones Natura 2000 et le parc naturel régional du Verdon- « excèdent l'intérêt de l'opération et sont de nature à lui retirer son caractère d'utilité publique ».

Le Conseil d'État dans son rapport sur l'utilité publique soulignait déjà en 1999 que la déclaration d'utilité publique ne remplissait pas la fonction d'appréciation de la conformité d'un projet à l'intérêt général de manière satisfaisante. Il recommandait la création d'une procédure dite de « déclaration de projet », procédure instituée par l'article L.126-1 du code de l'environnement, selon lequel, « lorsqu'un projet public de travaux, d'aménagements ou d'ouvrages a fait l'objet d'une enquête publique, l'autorité de l'État ou l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou de l'établissement public responsable du projet se prononce, par une déclaration de projet, sur l'intérêt général de l'opération projetée ». Si cette opération nécessite une expropriation, une déclaration d'utilité publique demeure toujours obligatoire. Ainsi seuls les projets des personnes publiques sont concernés, dans la mesure où il est difficilement envisageable qu'une personne privée se prononce sur l'intérêt général d'une opération qu'elle souhaite légitimement réaliser pour son intérêt particulier¹³⁸⁹.

Or les projets d'implantation de parcs EMR sont des projets réalisés par des personnes privées mais à finalité d'utilité publique. La Cour administrative d'appel de Paris¹³⁹⁰ a eu l'occasion de préciser que la circonstance qu'un projet aurait pu être réalisé par des personnes privées, donc en l'absence de carence de l'initiative privée, ne l'empêche pas de pouvoir être reconnu d'utilité publique.

Le fait que les projets EMR soient réalisés par des personnes privées ne signifie pas pour autant qu'il existe à la base une initiative privée spontanée. Celle-ci est bien défailante, et n'existe que parce que soutenue par l'État. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le poids dans la balance d'intérêts en jeu pèse tant en faveur du maintien des projets EMR, en dépit de l'existence de doutes quant à la gravité et l'irréversibilité des risques. La liberté d'entreprise, contrepoids classique face aux risques incertains dans la décision publique relative au principe de précaution, fait ici défaut.

Le fait de soumettre les projets EMR à une procédure de déclaration de projet dans l'esprit de l'article L.126-1 du code de l'environnement permettrait de confirmer l'intérêt général de ceux-ci, bien qu'ils soient réalisés par des entités privées, mais ne les empêcherait pas par la suite d'être confrontés à d'autres intérêts publics en jeu dans le cadre du contrôle de leur utilité publique. En effet, il faut bien se garder « de confondre l'intérêt général d'un projet, qualité intrinsèque de celui-ci, avec son utilité publique, qui le contextualise, le remet en perspective

¹³⁸⁹ Rapport législatif relatif au projet de loi sur la démocratie de proximité.

¹³⁹⁰ CAA Paris 16 juin 1994 n°93PA00261, *Recueil Lebon Recueil des décisions du conseil d'État 1994*.

par rapport à d'autres éléments (...) l'intérêt général reconnu au projet n'emporte pas, en tant que telle, son utilité publique. L'intérêt général s'apprécie *in abstracto*, sans le jeu de la balance qui le confronterait à ses inconvénients : il est ou il n'est pas, en lui-même, d'intérêt général. L'utilité publique s'apprécie en revanche beaucoup plus *in concreto* et apparaît comme le résultat d'un jeu d'oppositions où les avantages qui valent au projet d'être reconnu d'intérêt général sont confrontés à ses inconvénients, lesquels peuvent être atténués par des mesures destinées à les limiter, réduire ou compenser¹³⁹¹». Ces dernières mesures étant liées à la prévention, les inconvénients des projets EMR, à savoir l'incertitude des risques pesant sur l'environnement marin, pourront être atténués ici par des mesures de précaution adaptées et proportionnées.

En outre, la théorie du bilan coûts-avantages n'est pas utilisée uniquement dans le cadre de la procédure de déclaration d'utilité publique, mais aussi en matière de contentieux des ouvrages publics irrégulièrement implantés¹³⁹².

Depuis le décret n°2016-9 du 8 janvier 2016 concernant les ouvrages de production et de transport d'énergie renouvelable en mer¹³⁹³, seule la Cour administrative d'appel de Nantes est compétente pour connaître des litiges relatifs aux projets EMR, et notamment des recours contre les autorisations préfectorales délivrées au titre de la loi sur l'eau ou du Code général de la propriété publique pour l'utilisation du DPM. Dans un arrêt du 20 juin 2017 relatif au projet éolien en mer au large de la commune de Fécamp¹³⁹⁴, un des arguments de la partie plaignante concernant la légalité interne du projet avait trait à l'application du principe de précaution. La Cour a rejeté cet argument, au motif que l'incertitude totale des risques n'avait pas été prouvée, dans la mesure où des conclusions relatives à des projets existants dans les pays du nord de l'Europe existaient. Or, comme notre étude le souligne par la suite, la littérature scientifique grise a démontré à plusieurs reprises que ces études d'impact menées dans les pays nordiques comportaient leurs limites, les écosystèmes marins danois ou suédois présentant des caractéristiques différentes des littoraux français.

¹³⁹¹ P. BILLET, « L'intérêt exceptionnel d'un site justifie l'annulation de la DUP des travaux d'une ligne électrique devant le traverser. » *JCP A et coll. terr.* n°44, 30 oct. 2006, p.1256.

¹³⁹² CE sect. 29 janvier 2003 *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes Maritimes et Cne Clans* req. n°245239 : *jurisData* n°2003-064826 ; *AJDA* 2003 p.784, note P. SABLIERE).

¹³⁹³ JORF n°0008 du 10 janvier 2016.

¹³⁹⁴ CAA Nantes 20 juin 2017 n°16NT02757 points 29 à 32.

§ 2- La responsabilité de l'État dans la mise en œuvre du principe de précaution

L'Autorité environnementale, dans son avis relatif au projet de parc éolien offshore de Courseulles-sur-Mer¹³⁹⁵, déplore que la « charge de remédier aux insuffisances de l'état des connaissances et des méthodologies » ne pèse que sur le seul maître d'ouvrage, « même si l'étude d'impact se doit de contribuer à leur amélioration sur les enjeux identifiés comme majeurs ». Elle regrette aussi que « la décision de développer l'énergie éolienne offshore n'ait pas été aussitôt accompagnée de l'effort de recherche approprié pour compléter ces connaissances ».

Selon J.B. AUBY, « la situation pourrait s'aggraver si le principe de précaution, qui, pour le moment, cantonne son empire naissant au contentieux de la légalité, venait à influencer significativement la responsabilité publique¹³⁹⁶ ». En effet, transcendant les régimes de responsabilité administrative classiques, le principe de précaution pourrait être à l'origine d'un nouveau concept de responsabilité administrative pour défaut d'anticipation des risques (A), concept qui nécessite quelques aménagements des notions de responsabilité pour risque, de faute et de dommage et élargit la perspective des personnes fondées à agir (B).

A- L'influence du principe de précaution sur les régimes classiques de responsabilité des personnes publiques

Un principe de responsabilité pour méconnaissance du principe de précaution semble, selon une partie de la doctrine, se dessiner, empruntant à la notion de responsabilité pour risque (1) mais s'apparentant davantage à la responsabilité pour faute (2).

1- De la responsabilité pour risque classique à la responsabilité pour défaut d'anticipation des risques

La responsabilité sans faute de l'État est soit fondée sur le risque, soit sur la rupture d'égalité des citoyens devant les charges publiques. Dans ce dernier cas, elle peut être mise en jeu en cas de dommage anormal et spécial subi par les administrés du fait de l'application d'une loi ou d'une décision administrative prise dans l'intérêt général. C'est le cas notamment en cas d'atteintes portées aux intérêts d'une entreprise qui voit l'autorisation de mise sur le marché de

¹³⁹⁵ Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le projet de parc éolien en mer de Courseulles-sur-Mer et son raccordement électrique, adopté lors de la séance du 25 mars 2015, n° AE 2015-003.

¹³⁹⁶ J.B. AUBY, « Le droit administratif dans la société du risque. Quelques réflexions. » in *Responsabilité et socialisation du risque*, Conseil d'État, Rapport public 2005, Études et documents n°56, La Documentation française, Paris, 2005, p.356.

son produit suspendue par les autorités en application du principe de précaution¹³⁹⁷. La responsabilité pour risque de l'État a été quant à elle reconnue dans le domaine sanitaire. En effet, dans l'affaire du sang contaminé à nouveau, là où la faute du gestionnaire du centre de transfusion sanguine ne pouvait être prouvée, les patients contaminés ont pu être indemnisés sur la base d'une mise en jeu de la responsabilité pour risque¹³⁹⁸.

Ainsi, soit l'État a pris trop de précaution, et ce sont les entreprises privées qui sont lésées, soit il lui est reproché un manque de précaution, mais dans ce cas la jurisprudence concerne plutôt le manque de prévention de risques connus et s'applique davantage au domaine sanitaire. Dès lors, comment la responsabilité de l'État pourrait-elle être engagée dans le cas de manque de précaution face aux risques incertains pesant sur l'environnement marin ?

2- La responsabilité pour faute

La responsabilité de la puissance publique est en principe une responsabilité pour faute prouvée, lourde ou simple, sauf cas particuliers de présomption de faute. A partir du moment où l'on considère que l'autorité publique est tenue à un devoir de précaution, il est difficile de ne pas considérer qu'un manquement à cette obligation constitue une faute. Ainsi, le risque suspecté et non avéré donnerait lieu ici à l'application de la responsabilité pour faute¹³⁹⁹. Il appartiendrait donc à la victime de prouver que l'État n'a pas bien apprécié un risque pourtant suspecté et identifié compte tenu des informations scientifiques disponibles¹⁴⁰⁰».

C'est ainsi que la responsabilité de l'État a déjà été engagée notamment pour manquements fautifs dans des cas de crise sanitaire, comme l'affaire du sang contaminé ou de l'amiante. Dans les deux cas, il a été reproché à l'État d'avoir tardé à utiliser ses pouvoirs de police, afin de prendre les mesures qu'imposait la connaissance d'un risque¹⁴⁰¹. Il s'agissait cependant ici davantage de manquements à la prévention, les risques étant connus, mais la frontière avec la précaution était mince. Dans l'arrêt du Conseil d'État précité du 12 avril 2013, si l'arrêté attaqué avait méconnu le principe de précaution, soit parce que l'administration n'aurait pas respecté son obligation d'évaluer les risques identifiés, soit parce qu'elle n'aurait pas préconisé les

¹³⁹⁷ P. BECHMANN, V. MANSUY, C. CHANCE, *Jurisclasseur Environnement et développement durable*, Fasc. 125 « Principe de précaution », dernière. MAJ Avril 2013, n°216 à 218.

¹³⁹⁸ P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz Paris 2011, p.666, à propos de l'arrêt du CE, ass. 26 mai 1995, *Cts N°Guyen, Jouan et Cts Pavan, Lebon 221*, concl. S. Dael)

¹³⁹⁹ M. CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution. A propos de l'arrêt du Conseil d'État, Assemblée, 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, n°342409 au Lebon », *RFDA* 2013, p.1061.

¹⁴⁰⁰ P. BECHMANN, V. MANSUY, C. CHANCE, *Jurisclasseur Environnement et développement durable*, Fasc. 125 « Principe de précaution », dernière. MAJ Avril 2013, n°216.

¹⁴⁰¹ P. BECHMANN, V. MANSUY, C. CHANCE, « Principe de précaution », dernière. MAJ Avril 2013, *Jurisclasseur Environnement et développement durable*, Fasc. 125, n°219 : affaire du sang contaminé, CE 9 avril 1993 *M.G.* req. n°138652 ; Concernant l'amiante : CAA Marseille 18 octobre 2001. *Min. emploi et solidarité c/ Cts Xueref* n°00MA0166.

mesures adaptées pour y faire face, ce manquement aurait probablement été constitutif d'une illégalité susceptible d'engager la responsabilité de son auteur pour faute¹⁴⁰².

Les cahiers des charges des appels d'offre éolien offshore prévoient l'obligation pour le candidat de présenter une note d'évaluation des impacts environnementaux du projet, contenant notamment une indication des modalités de suivi environnemental qu'il s'engage à conduire sur la durée de vie de l'installation et de remise en état du site¹⁴⁰³. Il est intéressant de relever ici que les mesures d'évitement, de réduction et de compensation des effets négatifs de ces impacts sur l'environnement ainsi que le suivi de celles-ci entrent en ligne de compte dans la notation globale du candidat.

Comment la Commission de régulation de l'énergie (CRE) peut-elle néanmoins apprécier la pertinence de ces dispositions dans la mesure où, d'une part il ne s'agit que d'une note d'impact et non de la réelle étude d'impact, et d'autre part les impacts sont encore très mal connus¹⁴⁰⁴. La prise en compte des impacts environnementaux semble ainsi factice par rapport aux volets économique et social lors de l'étape du choix du candidat. La détermination préalable des zones propices EMR permet certes de respecter la phase d'évitement des risques connus, en écartant notamment les zones protégées sensibles telles les réserves naturelles ou les sites archéologiques. Mais quelles mesures l'État prend-il réellement pour appliquer le principe de précaution ?

En lançant la phase de sélection des zones et les appels d'offre EMR, l'État respecterait davantage le principe de précaution s'il n'attendait pas de disposer de certitudes scientifiques à propos des impacts environnementaux pour approfondir les études. Le rapport de l'Autorité Environnementale remis sur le projet de parc éolien offshore de Courseulles-sur-Mer fait état de ce manque de connaissances. L'Autorité environnementale regrette à ce propos que « la décision de développer l'énergie éolienne offshore n'ait pas été aussitôt accompagnée de l'effort de recherche approprié pour compléter ces connaissances¹⁴⁰⁵».

Mais quel contrôle de l'objectivité des études d'évaluation des risques l'État peut-il exercer, dans la mesure où ces études sont principalement diligentées par les porteurs de projets eux-mêmes ? Dans une situation d'incertitude, le principe de précaution encourage un plus grand pluralisme de l'expertise¹⁴⁰⁶. Si le pouvoir politique n'attend plus que l'expert dispose de

¹⁴⁰² M. CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution. A propos de l'arrêt du Conseil d'État, Assemblée, 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, n°342409 au Lebon », *RFDA* 2013, p.1061.

¹⁴⁰³ Cahier des charges de l'appel d'offres éolien offshore Mars 2013 point 4.5.2.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.* point 5.5.2.

¹⁴⁰⁵ Avis délibéré de l'Autorité environnementale n°2015-003 du 25 mars 2015- Parc éolien en mer de Courseulles-sur-Mer et son raccordement, p.3.

¹⁴⁰⁶ A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution. Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, L'harmattan, Paris 2003, p. 166 et 167.

certitudes, il n'en reste pas moins très proche pour recueillir son avis dans des situations d'incertitude, et, « dans la pratique (...), ces décideurs publics sont également confrontés à la crainte d'une action en responsabilité dirigée contre eux. Calquer la décision publique sur l'évolution des connaissances scientifiques demeure alors un moyen de sa légitimation mais aussi d'écarter le « risque judiciaire »¹⁴⁰⁷».

La disposition récente apportée par la loi du 10 août 2018 (article 58) dite Loi pour Un Etat au service d'une société de confiance peut-elle à ce sujet être considérée comme une certaine avancée ? En effet, conscient des contraintes considérables pesant sur les candidats aux appels d'offres EMR, l'État a décidé de prendre en charge la plupart des études de risques environnementaux préalables, à l'instar du Royaume-Uni. Les lauréats sélectionnés dans le cadre des appels d'offres n'étaient jusqu'à présent confirmés qu'après une période de levée de risques pouvant s'étendre à dix-huit mois. Pendant cette période de levée de risques, le lauréat devait réaliser toutes les études nécessaires à la confirmation de la faisabilité de l'installation au prix proposé, soit les études géologiques, géotechniques, hydro-sédimentaires, météo-océaniques, les études d'incidence Natura 2000, ainsi que les études complémentaires sur la faune volante, les mammifères marins, la ressource et les habitats benthiques, la ressource halieutique ou l'étude d'impact si elle est achevée. Le dernier cahier des charges relatif à l'appel d'offres pour le parc éolien au large de Dunkerque précise que désormais ces études sont menées entre autres par le SHOM et l'Agence des Aires Marines Protégées. Dans une série de réponses aux questions des candidats, la Commission de régulation de l'énergie a toutefois précisé que ces études étaient fournies aux candidats à titre indicatif et que leurs éventuelles incomplétudes ou inexactitudes ne pouvaient engager la responsabilité de l'État.

B- Un nouveau régime de responsabilité pour défaut d'anticipation des risques liés aux EMR ?

La question de l'application du principe de précaution dans le domaine de la responsabilité publique nécessite l'aménagement de certaines notions (1) et invite à s'interroger sur la qualité des personnes ayant un intérêt à agir (2).

1- Un nouveau concept de responsabilité

Étant donné le caractère fondamental que revêt l'indemnisation intégrale des préjudices subis par la victime dans le droit de la responsabilité administrative, l'invocation du principe de

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*

précaution pour des dommages incertains à l'environnement marin paraît difficilement conciliable avec ce régime.

Selon M. DELMAS-MARTY, le principe de précaution « apparaît à la fois comme principe d'action, qui conditionne la prise de décision politique, et comme principe d'imputation, qui commande l'attribution d'un nouveau type de responsabilité. En tant que « principe d'action », il traduit un « processus d'anticipation », idée qui sous-tend « les évolutions du droit international (...) dans l'application de concepts de biens publics mondiaux à des risques de changements climatiques que les scientifiques évaluent avec un pourcentage d'incertitude qui reste élevé¹⁴⁰⁸ ». En tant que principe de responsabilité, « il surajouterait à la responsabilité-sanction, fondée sur la faute et centrée sur le coupable, et à la responsabilité-indemnisation, fondée sur le risque et centrée sur la victime, une responsabilité anticipation, fondée sur la menace de risques majeurs et centrée sur les générations futures, et sur la protection du vivant non humain¹⁴⁰⁹ ».

Elle ajoute qu'« au lieu de se conjuguer au passé (punition de la faute) ou au présent (réparation du dommage), cette responsabilité préventive se placerait dans le futur (conservation du vivant) et impliquerait des conditions non plus seulement rétrospectives mais aussi prospectives. D'où l'apparition d'un régime de preuve permettant non pas d'établir le préjudice mais d'évaluer le risque de préjudice, et de prouver non pas le lien de causalité mais le risque de causalité. Conçu comme un principe d'anticipation, le principe de précaution aurait ainsi l'ambition de faire entrer l'évaluation des degrés d'incertitude dans le champ juridique (...) ».

Naîtrait alors un nouveau concept de responsabilité pour risque¹⁴¹⁰. La responsabilité pour risque « classique » céderait ainsi la place à la responsabilité pour défaut d'anticipation des risques, c'est-à-dire à la responsabilité pour méconnaissance du principe de précaution : « Le principe de précaution, en tant qu'il s'applique dans un contexte de risque et est destiné à régir des situations à risque, est susceptible en ce sens de donner lieu, lui aussi, à une responsabilité « pour risque » : la prise en compte des risques potentiels (non scientifiquement prouvés) et l'insuffisance de mesures mises en œuvre pour en prévenir la réalisation pourraient être à l'origine d'un nouveau régime de responsabilité ».

On abandonnerait ainsi la condition du dommage certain. Le risque potentiel ici pris en compte donnerait lieu à une responsabilité pour faute : « voilà qui apparaît singulier si l'on tient compte du fait que la responsabilité « pour risque » est traditionnellement assimilée en droit

¹⁴⁰⁸ M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs. Les forces imaginantes du droit (IV)*, Éditions du Seuil, Paris 2011, p.350 et s.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*

¹⁴¹⁰ M. CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution », *RFDA* 2013, p.1061.

administratif au régime de la responsabilité sans faute... Or, à travers le principe de précaution, le risque serait à l'origine d'une responsabilité pour faute ! ». Mais ce régime ne serait pas à visée indemnitaire mais préventive : « dès lors que l'on admet que le principe de précaution est créateur de devoirs et d'obligations à l'endroit de l'administration, on pourrait soutenir que l'objet de la responsabilité fondée sur le principe de précaution n'est pas la réparation d'un dommage, par hypothèse non encore survenu d'ailleurs, mais bien plutôt la sanction d'un comportement fautif, à savoir le défaut de précaution, ce qui élude la question de l'indemnisation.

2- L'intérêt à agir

Le principe de précaution, vise tant l'intérêt des générations présentes **(a)** que futures **(b)**.

a) L'intérêt à agir des générations présentes

Ce nouveau concept de régime de responsabilité soulève immédiatement la question de la personne fondée à agir, et l'intérêt à agir de cette dernière. En effet, le contentieux lié à la responsabilité administrative en matière de principe de précaution concerne principalement le domaine de la santé¹⁴¹¹, et non la protection de l'environnement en tant que telle.

Dans une approche plus écocentrée, la question serait liée ici à la réclamation, non pas de l'indemnisation d'un dommage écologique pur¹⁴¹² à l'environnement marin, mais à la réclamation relative à un défaut d'anticipation de ce dommage. Ainsi, à la question plus classique de la personne fondée à agir pour réclamer l'indemnisation d'un dommage relevant, non pas de l'atteinte à un intérêt personnel, mais à l'intérêt général consistant dans la protection des ressources naturelles¹⁴¹³ **(a1)**, s'ajoute celle de la réclamation d'un dommage futur, incertain **(a2)**.

a-1) Les titulaires de l'action

La Charte et le droit français de l'environnement consacrent une conception anthropocentrée de l'environnement, le droit de l'environnement restant un droit de l'homme et non un droit de la faune et de la flore, mais la sauvegarde du droit de l'homme à un environnement respectant la biodiversité et la santé passe nécessairement par la protection de l'environnement lui-même,

¹⁴¹¹ Notamment la jurisprudence relative aux antennes relais des opérateurs de téléphonie mobile :

¹⁴¹² F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique des nuisances*, LGDJ 1981, p.293 : il s'agit d'un dommage causé au milieu, indépendamment des répercussions que cette atteinte au milieu peut avoir sur les personnes.

¹⁴¹³ V. RAVIT, O. SUTTERLIN, « Réflexions sur le destin du préjudice écologique pur », *Rec. Dalloz* 2012, p.2675.

du fait de l'interdépendance de l'homme et de son environnement¹⁴¹⁴. Le milieu marin ne constitue certes pas un lieu de vie pour les populations, mais le bon état écologique du milieu marin¹⁴¹⁵ contribue à leur santé, dans la mesure où celui-ci constitue un réservoir de ressources alimentaires, pharmaceutiques. Dans cette perspective la protection de l'environnement passe par la défense du « droit de chacun à un environnement sain exprimé à l'article L.110-2 du code de l'environnement et consacré à l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement. Celui proclame que « chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ». La notion d'« environnement équilibré » recouvre le maintien de la biodiversité et de l'équilibre des espaces et du milieu naturel, le bon fonctionnement des écosystèmes et à un faible niveau de pollution. Il renvoie aux considérants 1 à 5 de la Charte. L'expression « respectueux de la santé », qui a été préféré à « favorable à sa santé¹⁴¹⁶», vise à associer l'environnement à la santé en général, et non à la santé de chacun en particulier, renforçant ainsi le caractère collectif et permettant plus facilement d'agir sans avoir à prouver une atteinte personnelle à la santé¹⁴¹⁷. La reconnaissance du droit à un environnement sain par la Charte de l'environnement¹⁴¹⁸ et par le juge administratif en tant que liberté fondamentale¹⁴¹⁹ permet de pallier les lacunes dans la réclamation de l'indemnisation du préjudice écologique pur, dont le caractère personnel fait généralement défaut¹⁴²⁰. Le préjudice ne peut donc être que collectif, car c'est le patrimoine de tous qui est entamé¹⁴²¹. C'est pourquoi a été reconnu aux associations de protection de

¹⁴¹⁴ M.J. REDOR-FICHOT, « Le droit à l'environnement, une liberté fondamentale en France ? », in *Changements environnementaux globaux et Droits de l'homme*, sous la direction de C. CURNIL et C. COLARD-FABREGOULE, Bruylant Bruxelles 2012 p. 242.

¹⁴¹⁵ Selon l'article 3. 5^o de la directive 2008/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le cadre de la politique pour le milieu marin (directive-cadre « stratégie cadre pour le milieu marin »), le « bon état écologique » est défini comme « l'état écologique des eaux marines tel que celles-ci conservent la diversité écologique et le dynamisme d'océans et de mers qui soient propres, en bon état sanitaire et productifs dans le cadre de leurs conditions intrinsèques, et que l'utilisation du milieu marin soit durable, sauvegardant ainsi le potentiel de celui-ci aux fins des utilisations et activités des générations actuelles et à venir ».

¹⁴¹⁶ Assemblée nationale n°992 du 27 juin 2003 sur l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnel relatif à la Charte de l'environnement.

¹⁴¹⁷ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement. Droit durable*. Bruylant 2014, pp. 487 et 488.

¹⁴¹⁸ L'article 1^{er} de la Charte de l'environnement proclame que « chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ».

¹⁴¹⁹ TA Chalons en Champagne, 29 avril 2005, *Conservatoire du patrimoine naturel*, AJDA 2005, 1357, note H. GROUD et S. PUGEAULT.

¹⁴²⁰ Selon M. PRIEUR (*Droit de l'environnement, droit durable*, Bruylant 2014, p. 445) : « le droit à l'environnement correspond à la fois à un droit individuel à jouir d'un environnement non pollué donc sain et équilibré écologiquement, ce qui implique à la fois des droits de créance vis-à-vis de l'État et vis-à-vis des tiers, et en même temps un droit collectif, car nationale n°992 du 27 juin 2003 sur l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnel relatif à la Charte de l'environnement.

¹⁴²⁰ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement. Droit durable*. Bruylant 2014, pp. 487 et 488.

¹⁴²⁰ L'article 1^{er} de la Charte de l'environnement proclame que « chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux l'environnement est l'affaire de tous et nécessite l'exercice d'actions de défense des biens non appropriés tels que l'air, lamer ou la faune sauvage ».

¹⁴²¹ A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, 3^e édition, Collection Themis, PUF Paris, 2011, n°313 p.278 et 279 : L'arrêt de la CA de Paris du 30 mars 2010 (aff. Erika) avait élargi les possibilités d'indemnisation d'un préjudice écologique pur, également dénommé « atteinte à l'environnement naturel » ou « atteinte à l'intégrité du

l'environnement agréés ainsi qu'aux syndicats le droit d'agir en justice dans le cadre de la demande en réparation d'un dommage écologique pur.

Quant à l'État, qui semble le mieux placé pour réclamer la réparation de ce type de dommage, les lois de police prévues par l'article 714 du code civil réglementant la manière de jouir des choses communes¹⁴²², sa position est ambiguë en cas de manquement à son obligation d'anticipation des risques en vertu du principe de précaution. La comparaison avec la doctrine américaine du Public Trust est intéressante ici, dans la mesure où le propriétaire des ressources naturelles et du milieu marin, c'est-à-dire la population, aurait un droit à agir contre le trustee, l'État, qui ne veillerait pas suffisamment à anticiper les risques pour l'environnement marin.

Sur le plan international, on pourrait admettre aussi l'intérêt à agir d'un État dont l'environnement marin, en eaux territoriales ou en ZEE, risquerait d'être affecté par les effets des champs électromagnétiques des câbles sous-marins ou par le bruit généré par les installations d'un parc EMR implanté dans les eaux d'un État voisin.

Cet État pourrait ainsi agir en manquement auprès du Tribunal international du droit de la mer (TIDM) du respect du principe de précaution sur la base de l'article 206 de la Convention de Montego Bay notamment, qui oblige les États à évaluer les effets potentiels des activités relevant de leur juridiction ou leur contrôle risquant d'entraîner des modifications considérables et nuisibles du milieu marin.

a2) La réclamation de l'anticipation d'un dommage incertain

La jurisprudence a déjà admis l'idée d'une responsabilité pour risque de préjudice. Dans le contentieux des antennes-relais de téléphonie mobile, certaines juridictions de fond ont reconnu l'existence d'un trouble anormal de voisinage alors même que le risque sanitaire était douteux¹⁴²³. De telles actions ont abouti à des injonctions de faire cesser le trouble pour l'avenir¹⁴²⁴. Mais là encore, ce contentieux a trait davantage à la protection de la santé que de l'environnement. On pourrait alors considérer que l'intérêt à agir sur la base d'un manquement au principe de précaution lié aux EMR résiderait dans le risque de dommage à la santé humaine, par ricochet, notamment sur le risque de destruction de telle ou telle espèce de poisson ou

patrimoine naturel », « sans répercussion sur un intérêt humain particulier mais affect(ant) un intérêt collectif légitime » ; M.C de MONTECLER, « Dix propositions pour la réparation du préjudice écologique. Rapport pour la réparation du préjudice écologique » *Dalloz Actualités* 19 septembre 2013 ;

¹⁴²² C. HUGLO, « L'inéluctable prise en compte du dommage écologique par le juge administratif », *AJDA* 2013 p.667 : l'environnement est une chose commune.

¹⁴²³ CA Aix en Provence, 8 juin 2004, *D.* 2004, 2678, obs. M. BOUTONNET. ; CA Versailles, 4 février 2009, *D.* 2009, 819, obs. M. BOUTONNET.

¹⁴²⁴ L. NEYRET, « La réparation des préjudices aux générations futures », in *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?* sous la dir. de J.P. MARKUS, Dalloz Paris 2012, p.263 et 264.

d'algue, nécessaire à la production alimentaire ou pharmaceutique. Il est vrai qu'il est difficile de dissocier les deux¹⁴²⁵.

b) L'intérêt à agir des générations futures

Dans la mesure en outre où les risques de dommages à l'environnement marin sont susceptibles d'intervenir à long, voire très long terme, ce n'est plus le requérant lui-même qui est affecté mais les générations à venir, ce qui soulève la question de la responsabilité envers les générations futures¹⁴²⁶. En l'état actuel du droit, l'exercice d'une action en responsabilité devant le juge administratif en faveur des générations futures paraît inenvisageable, sauf à introduire dans la loi une mention selon laquelle toute association agréée de défense des générations futures justifie d'un intérêt pour agir contre toute décision administrative ayant un rapport direct avec son objet et ses activités statutaires et produisant des effets dommageables pour les générations futures »¹⁴²⁷.

Dans une approche anthropocentrique, l'intérêt des générations futures à défendre leur droit à un environnement sain serait légitime. Les articles 1^{er} et 2 de la Charte de l'environnement affirment respectivement que « chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » et que « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ». L'article L.110-1-II du code de l'environnement dans sa définition du développement durable vise également les générations futures.

Selon M. DELMAS-MARTY¹⁴²⁸, le titulaire de l'action en responsabilité n'est autre en principe que celui à qui on répond, « répondre à la victime, du dommage ou de la faute, dont les droits ont été lésés, n'a pas le même sens que répondre au nom d'un devoir de préservation de valeurs universelles qui concernent l'humanité présente et à venir, et englobent la protection

¹⁴²⁵ Voir toutefois D. SHELTON, « Réflexion introductive : environnement international et patrimoine commun de l'humanité », in *Marché et environnement*, sous la dir. de J. SOHNLE et M.P. CAMPROUX DUFFRENE, Bruylant Bruxelles 2014, pp. 10 et 11 : « Le droit à un environnement sain peut être compris comme incluant le droit pour la nature d'être en bonne santé et pas simplement celui des êtres humains à jouir d'un environnement adapté à leur propre santé. Comprise de cette façon non anthropocentrique, la Nature devient le sujet de droit, comme cela s'est déjà produit pour l'humanité ». Elle cite ainsi la nouvelle constitution de l'Equateur de 2008, qui consacre la Nature comme sujet de droit, et un accord signé le 30 août 2012 entre le groupe maori de Whanganui River et la Couronne qui a reconnu le fleuve Whanganui comme sujet de droit, comme une personne juridique.

¹⁴²⁶ M. CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution. A propos de l'arrêt du Conseil d'État, Assemblée, 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, n°342409 au Lebon », *RFDA* 2013, p.1061.

¹⁴²⁷ M. CANEDO-PARIS, « L'action en responsabilité dans l'intérêt des générations futures devant le juge administratif » in *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?* sous la dir. de J.P. MARKUS, Dalloz Paris 2012, p.193.

¹⁴²⁸ M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs. Les forces imaginantes du droit (IV)*, Éditions du Seuil, Paris 2011, pp.374 et 375.

du non-humain. C'est ce changement de signification que traduit la multiplication des titulaires d'une action en responsabilité qui, en devenant action en solidarité, pourrait contribuer à l'émergence d'une communauté de valeurs ».

L'admission d'une réparation pour les générations futures demande de dépasser l'exigence d'une victime dotée de la qualité de sujet de droit au moment de la reconnaissance de la créance de réparation. Les générations futures n'ont certes pas la personnalité juridique mais elles font l'objet d'une protection de la part du droit objectif. Ainsi, selon L. NEYRET, « dans le prolongement de la notion de « non-sujet » de droit, les générations futures pourraient être qualifiées de « non-victimes » (...) les générations futures pourraient s'apparenter à des « victimes de fait », certes dépourvues de la personnalité juridique mais douées d'intérêt au regard du droit et objets de devoirs pour la génération présente¹⁴²⁹».

Toutefois, sans aller jusqu'à reconnaître des droits aux générations futures, les générations présentes auraient des obligations vis-à-vis des générations futures¹⁴³⁰. Quel serait le fondement de ces obligations ? H. JONAS en appelait au « courage d'assumer la responsabilité » à l'égard des générations futures, responsabilité conçue comme une « heuristique de la peur », traduisant, non pas une angoisse pour soi-même, mais la crainte qu'un « héritage dégradé dégrade en même temps les héritiers¹⁴³¹». Afin d'éviter cependant de « transformer le principe de précaution en principe d'anxiété et les sociétés du risque en sociétés de la peur », on peut simplement admettre une extension de la responsabilité en « responsabilité-prévention¹⁴³²». Le respect de ces obligations, basées sur le concept de justice environnementale, pourrait être assuré par des institutions, qui tiendraient compte de la possibilité de défendre un certain droit à agir en justice pour les générations futures dans le cas où les obligations des générations présentes de préserver l'environnement et les ressources ne seraient pas respectées. Il ne s'agit donc pas ici d'attribuer des droits pour ceux qui ne sont pas encore nés, mais de leur donner la possibilité, à travers le bon usage des institutions, de plaider pour leur droit à un environnement sain¹⁴³³.

¹⁴²⁹ L. NEYRET, « La réparation des préjudices aux générations futures », in *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?* sous la dir. de J.P. MARKUS, Dalloz Paris 2012, p.265.

¹⁴³⁰ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruylant 2014 p.329 : « La Cour suprême des Philippines (30 juillet 1993, Juan Antonio Oposa et autres) admet la recevabilité d'un recours contre des autorisations de défrichement de forêts par des enfants mineurs représentés par leurs parents, au nom du droit des générations futures, la constitution de 1987 reconnaissant le droit à un environnement sain ».

¹⁴³¹ H. JONAS, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique* Flammarion, 3^e éd. 1995, pp. 16 et 424.

¹⁴³² M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs. Les forces imaginantes du droit (IV)*, Éditions du Seuil, Paris 2011, p.357.

¹⁴³³ M. TORRE-SCHAUB, « Quelques apports à l'étude de la notion de justice environnementale », in *Changements environnementaux globaux et Droits de l'homme* sous la direction de C. COUNIL et C. COLARD-FABREGOULE, Bruylant Bruxelles 2012, p. 79 et s.

Le bouleversement juridique causé par l'introduction du principe de précaution dans le régime de la responsabilité des personnes publiques semble si conséquent que son utilisation dans le cadre du contrôle de légalité paraît plus aisée à mettre en œuvre. Les enjeux de cette mise en œuvre étant mis en lumière, il s'agit à présent d'analyser l'application concrète du principe de précaution dans le cadre des EMR.

Section II- L'application du principe de précaution dans le cadre du marché de l'électricité EMR

L'article 5 de la Charte de l'environnement dispose que « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution, à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin d'éviter la réalisation du dommage, ainsi qu'à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques encourus ». Les risques d'altération de l'environnement marin causés par la mise en valeur des EMR demeurent encore incertains, conduisant à l'adoption de mesures en vue d'améliorer leur connaissance (§2). Il convient auparavant de vérifier l'applicabilité du principe de précaution aux EMR (§ 1).

§1 – L'applicabilité du principe de précaution

Elle se vérifie par l'existence probable de risques de dommages graves et irréversibles (A), probabilité qui doit être étayée par des études scientifiques (B).

A- La probabilité de risques et de dommages graves et irréversibles

Le principe de précaution s'applique dans le cas de doute scientifique quant à l'existence de risques et de dommages (1) graves et irréversibles (2).

1- L'incertitude des risques et des dommages

La difficulté liée à la connaissance des impacts des EMR sur l'environnement marin réside dans plusieurs facteurs. D'une part, les impacts étudiés lors de l'essai de prototypes ou de fermes pilotes ne peuvent préjuger de ceux qui pourront découler du fonctionnement de fermes commerciales. En effet, l'ampleur de ces dernières risque d'accroître la probabilité d'occurrence des risques potentiels. D'autre part, la quasi-impossibilité de généraliser les résultats des études d'impact menées dans telle ou telle « région » marine, et d'en constituer des standards ou des références en la matière¹⁴³⁴. En effet, les études d'impact et de suivi

¹⁴³⁴ « L'impact environnemental de l'hydrolien reste difficile à définir », Le Monde Planète, 19 Octobre 2012.

environnemental menées sur les parcs éoliens en mer fonctionnant depuis plusieurs années au Danemark ou en Belgique notamment ne peuvent être transposées intégralement pour étudier les impacts des parcs en France¹⁴³⁵. L'article L.110-1-II 1° du code de l'environnement explicitant le principe de précaution, dispose que « l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ».

C'est « dans l'eau » que le principe de précaution a commencé à se développer, sur le plan international, principe dont l'affirmation par la Convention de Montego Bay laisse à désirer¹⁴³⁶, donnant lieu à quelques décisions du TIDM¹⁴³⁷. L'application de ce principe a connu parallèlement un développement important au niveau régional, notamment dans la Convention de Paris pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du nord-est du 22 septembre 1992 en son article 2 alinéa 2a)¹⁴³⁸. L'incertitude des risques inhérents aux EMR et à la méconnaissance du milieu marin constitueront probablement une source de contentieux relativement à l'application du principe de précaution. Dans la mesure où l'incertitude peut porter autant sur le risque que sur le dommage, il faut distinguer ces deux notions en droit **(a)** et vérifier cette distinction dans le cas des EMR **(b)**.

a) Distinction sémantique du risque et du dommage

¹⁴³⁵ C'est pourtant cet argument qui a été avancé par la CAA de Nantes le 2 octobre 2017 (*Association Libre Horizon et autres* n°16NT03382) pour rejeter l'argument de la partie plaignante reposant sur le non-respect du principe de précaution (voir le point 40 : « Considérant, d'une part, que si l'installation de parcs éoliens en mer constitue un projet inédit sur le littoral maritime français, il n'en demeure pas moins que des conclusions peuvent être tirées des exploitations de ce type déjà en fonctionnement sur les rivages maritimes de l'Europe du nord ; qu'ainsi les associations requérantes ne sont pas fondées à invoquer une totale incertitude quant aux effets de l'implantation et de l'exploitation du parc éolien en mer autorisé par l'arrêté contesté »).

¹⁴³⁶ A.M. SMOLINSKA, *Le droit de la mer entre universalisme et régionalisme*, Cahiers de droit international, Bruylant, Bruxelles, 2014, p.121: l'article 206 CMB instaure seulement à la charge des États une obligation d'évaluation des effets potentiels des activités qui risquent de provoquer « une pollution importante ou des modifications considérables et nuisibles du milieu marin » et d'information des autres États, sans plus de précisions sur la portée de ces obligations.

¹⁴³⁷ J. CAZALA, « Le principe de précaution dans le contentieux relatif au droit de la mer », *Observateur des Nations Unies*, 2007, n°1, pp.69-87 : notamment : *Affaire de l'usine Mox (Irlande c. Royaume Uni)*, *Affaire des thons à nageoire bleue (Australie et Nouvelle Zélande c. Japon)*, mais sans expressément énoncer le principe de précaution.

¹⁴³⁸ A.M. SMOLINSKA *op.cit.* p.121 : cet article mentionne « le principe de précaution, selon lequel des mesures de prévention doivent être prises lorsqu'il y a des motifs raisonnables de s'inquiéter du fait que des substances ou de l'énergie introduite, directement ou indirectement, dans le milieu marin, puissent entraîner des risques pour la santé de l'Homme, nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes marins, porter atteinte aux valeurs d'agrément ou entraver d'autres utilisations légitimes de la mer, même s'il n'y a pas de preuves concluantes d'un rapport de causalité entre les apports et les effets ». Formule reprise quasiment à l'identique de la Convention d'Helsinki sur la protection de l'environnement marin de la zone de la mer Baltique de 1992, art. 3, l. 2.

Selon le dictionnaire de l'Académie française, le risque est un « péril possible, un hasard dangereux¹⁴³⁹ ». Le risque est défini comme un événement préjudiciable dépendant du hasard¹⁴⁴⁰. Le risque « mesure l'importance d'un danger en associant à l'évaluation de la probabilité d'apparition d'un événement indésirable (aléa), l'évaluation de ses effets et de ses conséquences¹⁴⁴¹ ».

Il provient de l'espagnol *riesgo* ou de l'italien *risco* et du latin *resecum*, « ce qui coupe », pour désigner d'abord l'écueil menaçant les navires, puis par extension tout danger encouru par les marchandises en mer. Il tire son origine aussi du roman *rixicare*, « se quereller », (qui a donné « rixe »), qui évoquait l'idée de combat, donc de danger. L'histoire de la notion de risque est étroitement associée au développement des systèmes d'assurance qui visent à socialiser les dangers¹⁴⁴². Le risque apparaît comme un « mode de représentation qui confère à un événement donné le statut d'accident, puis lui applique un traitement assurantiel. La notion de risque emprunte à l'assurance le principe d'une quantification systématique des deux versants de l'accident, à savoir l'aléa et le dommage. Un risque est un dommage dont on peut évaluer la probabilité d'occurrence¹⁴⁴³».

Le dictionnaire de G. CORNU¹⁴⁴⁴ quant à lui définit le risque comme « un événement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation ou à la date de cette réalisation ; se dit aussi bien de l'éventualité d'un tel événement en général, que de l'événement spécifié dont la survenance est envisagée ». Le dommage quant à lui se voit appréhendé ainsi par ce même dictionnaire : « atteinte subie par une personne dans son corps (dommage corporel), dans son patrimoine (dommage matériel ou économique) ou dans ses droits extrapatrimoniaux (perte d'un être cher, atteinte à l'honneur) qui ouvre à la victime un droit à réparation ».

La notion d'incertitude contenue dans l'énoncé du principe de précaution par l'article L.110-1 du code de l'environnement, qui se rapporte à l'existence d'un « doute légitime¹⁴⁴⁵», désigne autant l'existence de l'aléa que la réalisation du dommage. L'étude de l'applicabilité du principe de précaution nécessite cependant de distinguer les notions puisqu'il invite à une anticipation

¹⁴³⁹ Dictionnaire de l'Académie française 8^e éd : <http://www.atilf.fr/Les-ressources/Ressources-informatisees/Dictionnaires-de-l-Academie,81/>

¹⁴⁴⁰ V. LASSERRE, « Le risque », *Rec. Dalloz* 2011, p.1632.

¹⁴⁴¹ M. MOISE MBENGUE, *Essai sur une théorie du risque en droit international public. L'anticipation du risque environnemental et sanitaire*, Ed. Pédone, Paris 2009, pp. 4 et 5.

¹⁴⁴² P. PERETTI-WATEL, *Sociologie du risque*, Armand Colin, Paris 2000, p.10.

¹⁴⁴³ *Ibid* p.54.

¹⁴⁴⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 4^e éd. PUF Paris 2003 p.801

¹⁴⁴⁵ G.J. MARTIN, « Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quel avenir ? », *AJDA* 2005, p.2222 ; G.J. MARTIN, « Apparition et définition du principe de précaution, *Petites affiches*, 2000, n°239, p.7 et s.

du risque ou plutôt de l'aléa en amont du dommage alors même qu'il n'existe aucune certitude quant à sa survenance ou à sa nature, son ampleur¹⁴⁴⁶.

C'est pourquoi le principe de précaution se distingue du principe de prévention qui s'applique en présence d'un risque dont l'existence est certaine et démontrée mais dont la réalisation est aléatoire. Le principe de prévention ne suppose, pour son application, qu'une incertitude -la réalisation du dommage découlant du risque sciemment couru- tandis que le principe de précaution en exige deux- l'existence du risque et la réalisation du dommage qui y est attaché¹⁴⁴⁷. Dans le domaine de l'environnement, la réalité du dommage peut notamment se révéler difficile à démontrer avec certitude lorsqu'elle ne se voit qu'au-delà d'un certain seuil. En effet, l'environnement supporte certaines atteintes sans que celles-ci soient nécessairement des dommages. Toute activité humaine engendre une altération de l'environnement sans nécessairement entraîner la perte de l'espèce. L'incertitude peut porter aussi sur l'ampleur du dommage, tels les dommages futurs causés par les émissions de gaz à effet de serre¹⁴⁴⁸.

L'incertitude peut aussi frapper le risque tandis que le dommage est certain. C'est le cas notamment des substances chimiques nouvelles présentant des caractéristiques similaires à certains polluants organiques persistants, connus pour leurs dommages irréversibles sur l'environnement. Les risques liés à la création de ces nouvelles substances chimiques demeurent incertains. Il n'est pas sûr par exemple qu'ils présentent les caractéristiques de non-biodégradabilité des polluants organiques persistants déjà répertoriés à l'échelle internationale¹⁴⁴⁹.

Ainsi la précaution fait référence à la fois à l'aléa et au dommage, et part du postulat selon lequel, lorsqu'il y a incertitude sur l'aléa ou l'éventualité de la survenance de tel ou tel événement dommageable, celle-ci doit suffire à enclencher de prime abord un mécanisme d'anticipation de la part des États¹⁴⁵⁰.

b) Les risques et dommages potentiels des EMR

¹⁴⁴⁶ A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution. Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, L'harmattan, Paris 2003, p. 386.

¹⁴⁴⁷ M. CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution. A propos de l'arrêt du Conseil d'État, Assemblée, 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres* », *RFDA* 2012, p.1061.

¹⁴⁴⁸ M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ Paris 2005, n°449 et s. pp. 223 et s.

¹⁴⁴⁹ M. MOISE MBENGUE, *Essai sur une théorie du risque en droit international public. L'anticipation du risque environnemental et sanitaire*, Ed. Pédone, Paris 2009, p. 201.

¹⁴⁵⁰ *Ibid.* p. 195.

Dans le cas des EMR, l'incertitude caractérise autant l'aléa que le dommage. Deux biologistes américain et anglais¹⁴⁵¹ ont invité à nuancer les termes « *effect* », qui renvoie au risque ou évènement à l'origine d'un dommage et « *impact* », qui constitue le dommage, souvent confondus. Ils précisent que l'*effect* ne traduit pas l'idée de magnitude ou d'importance, contrairement à l'*impact*, qui peut être grave ou intense.

Le risque de collision entre les rotors d'hydroliennes et les mammifères marins par exemple demeure encore mal connu. Un exercice de modélisation a montré que dans le contexte de l'implantation de 100 hydroliennes à deux pales d'un rayon de 8 mètres et d'une vitesse périphérique des pales de 2m/s, au large de la côte ouest de l'Ecosse, 10,7% de la population de marsouins (soit environ 1 300 individus) serait confronté à une pale en rotation, en l'espace d'un an et que le risque de collision s'accroît avec la taille de l'animal¹⁴⁵².

Les risques et dommages de collision des oiseaux avec les éoliennes offshore sont eux aussi incertains¹⁴⁵³. D'une part, les études montrent que les oiseaux peuvent être dérangés par la présence des turbines, mais cette gêne peut se manifester de deux manières. Il peut y avoir soit un risque de collision, risque accru de nuit ou par mauvais temps, l'oiseau étant attiré par les éclairages requis pour la sécurité des navires, collision qui peut entraîner des blessures ou la mort de l'animal, soit un risque d'évitement du site, un effet barrière produit par les éoliennes. Celles-ci peuvent non seulement l'empêcher de se reposer et de se nourrir si le parc se situe sur des voies de déplacements privilégiées, voies connectant des zones d'alimentation, de repos et de nidification. Elles sont susceptibles aussi d'allonger la distance à parcourir pour l'oiseau migrateur¹⁴⁵⁴. Le risque de collision des oiseaux avec les engins houlomoteurs, bien que localisés en surface de la mer n'est pas à écarter pour autant, ni celui des oiseaux plongeurs avec les hydroliennes¹⁴⁵⁵.

Les impacts relatifs aux champs électromagnétiques générés par les câbles sous-marins en courant continu sont significatifs pour illustrer le cas d'incertitude tant du risque que des dommages¹⁴⁵⁶. Il faut préciser au préalable que l'utilisation du courant alternatif, avec des

¹⁴⁵¹ G.W. BOEHLERT, A.B. GILL, "Environmental and ecologic effects of ocean renewable energy development. A current synthesis.", *Oceanography*, vol.23, n°2, 2010.

¹⁴⁵² *Synthèse documentaire des impacts environnementaux des énergies marines renouvelables*. Rapport préparé dans le cadre du projet MERIFIC sept.2012 p.52.

¹⁴⁵³ *Ibid.* p.55 : les risques de collision dans les parcs éoliens terrestres sont plus faciles à quantifier, en récupérant notamment les carcasses d'oiseaux, ce qui est impossible en mer.

¹⁴⁵⁴ A.C. VAISSIERE, H. LEVREL, S. PIOCH, A. CARLIER, « Biodiversity offsets for offshore wind farm project: The current situation in Europe », *Marine Policy* September 2014, Vol.48, pp.172-183.

¹⁴⁵⁵ *Synthèse documentaire des impacts environnementaux des énergies marines renouvelables*. Rapport préparé dans le cadre du projet MERIFIC sept.2012 p.53 et 54 (L'altitude de vol des oiseaux migrateurs est généralement plus faible au large qu'à l'intérieur des terres. Pour la plupart des oiseaux de mer, l'altitude de vol moyenne est comprise entre 0 et 50 mètres).

¹⁴⁵⁶ Hormis les effets des champs électromagnétiques, il n'y a pas pour l'heure eu d'étude poussée sur les impacts environnementaux dus à la seule présence des câbles électriques sous-marins, bien que ceux-ci soient plus larges (jusqu'à 300 mm) et plus lourds (jusqu'à 140 Kg/m) que les câbles à fibre optique utilisés dans les

câbles dotés d'un écran métallique coaxial extérieur relié à la terre, pour le raccordement des futurs parcs éoliens offshore sur le DPM français limite les risques puisqu'il n'y a pas en principe d'émission de champ électromagnétique¹⁴⁵⁷. L'emploi du courant continu sera amené toutefois à se développer à l'avenir avec l'éloignement de l'implantation des parcs en ZEE. Or, les champs électromagnétiques émis par les câbles en courant continu sont significatifs¹⁴⁵⁸.

Leurs impacts sur les poissons benthiques (davantage que les espèces pélagiques) et les mammifères marins sont encore peu connus à l'heure actuelle. Les scientifiques concluent dans leurs études que ceux-ci peuvent y être sensibles et que les effets de ces champs peuvent être nuisibles à leur santé. Mais dans l'éventualité où ils le sont effectivement, les dommages éventuels demeurent incertains dans la mesure où tant les poissons que les mammifères marins auraient tendance dans ce cas à éviter le site. L'incertitude porte donc ici tout autant sur le risque que sur le dommage¹⁴⁵⁹. La liste des espèces potentiellement sensibles à ces effets comprend notamment les requins et les raies, soit les élasmobranches, et certaines espèces de poissons-maquereaux, morues, saumons-, les tortues de mer, ainsi que les baleines. Les champs électromagnétiques sont susceptibles ainsi de perturber leur navigation, leur alimentation, leur orientation, et leur détection d'autres espèces. Il existe un manque évident de connaissance de ces effets sur les espèces, et toute conclusion à leur propos doit être considérée comme spéculative¹⁴⁶⁰. Quant aux impacts sur la faune marine du bruit généré par les engins EMR, quels qu'ils soient, ils demeurent encore très peu connus, et les conséquences potentielles sur les organismes n'ont pas été identifiées¹⁴⁶¹.

Les impacts relatifs à la phase de démantèlement, peuvent s'avérer négatifs. Ils sont décrits comme similaires à la phase de construction, soit une détérioration du sol marin et de la faune benthique. L'enlèvement complet des fondations des éoliennes et des câbles risquent de détruire les habitats artificiels de la faune sous-marine¹⁴⁶².

télécommunications ou dans l'industrie pétrolière offshore (de 17 à 50 mm et pesant de 0,7kg/m à 4,8 kg/m). Une étude conduite en 2003 sur le système SwePol, la liaison électrique sous-marine entre la Suède et la Pologne, n'avait pas relevé de changements visibles de la surface des fonds marins (W.F. NIELSEN and T. DAVENPORT, « *Submarine cables and offshore energy* », in *Submarine cables-The Handbook of Law and Policy* Edited by D.R. BURNETT, R.C. BECKMAN and T.M. DAVENPORT, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2014, pp. 369 et 370.

¹⁴⁵⁷ Voir les trois avis de l'AE rendus à propos des parcs éoliens offshore de Fécamp (Ae 2015-24), Courseulles-sur-Mer (Ae 2015-003) et Saint Nazaire (Ae 2015-11)

¹⁴⁵⁸ CETMEF, *Canalisations et câbles sous-marins. État des connaissances. Préconisations relatives à la pose, au suivi et à la dépose de ces ouvrages sur le Domaine public maritime français*. Juin 2010, p.107.

¹⁴⁵⁹ A.C. VAISSIERE, H. LEVREL, S. PIOCH, A. CARLIER, « *Biodiversity offsets for offshore wind farm project: The current situation in Europe* », *Marine Policy* September 2014, Vol.48, pp.172-183.

¹⁴⁶⁰ L. CARTER, D. BURNETT, and T. DAVENPORT, "Relationship between submarine cables and marine environment" in *Submarine Cables. The handbook of law and policy*", edited by D.R. BURNETT, R.C. BECKMAN and T.M. DAVENPORT, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2014, p. 194 et 195.

¹⁴⁶¹ *Développement des énergies marines renouvelables et préservation de la biodiversité. Synthèse à l'usage des décideurs, Les énergies renouvelables* Vol.2. UICN, Comité français, Septembre 2014, pp. 35 et s.

¹⁴⁶² A.C. VAISSIERE, H. LEVREL, S. PIOCH, A. CARLIER *op.cit.*

2- Le caractère grave et irréversible des dommages

Le code de l'environnement et la Charte de l'environnement, en exigeant que le dommage soit à la fois grave et irréversible, sont plus restrictifs que le droit international quant aux conditions d'application du principe. En effet, la convention des Nations Unies sur le changement climatique¹⁴⁶³ vise les « risques de perturbation graves *ou* irréversibles ». La Convention sur la diversité biologique¹⁴⁶⁴ évoque plutôt dans son Préambule la « menace de réduction sensible *ou* de perte de la diversité biologique ».

L'incertitude sur la probabilité de survenance du risque peut être compensée par la certitude de la gravité **(a)** et de l'irréversibilité **(b)** du dommage dans le cas de sa réalisation¹⁴⁶⁵.

a) La gravité du dommage

En matière environnementale, le dommage grave est fréquemment associé au risque technologique majeur. Plus la technologie est avancée et complexe, plus l'erreur humaine est susceptible de graves accidents, dans le cadre d'activités industrielles notamment. Le dommage grave est aussi associé à la catastrophe. En désignant le caractère d'une chose importante ou dangereuse, la gravité laisse penser que les dommages résultant du risque technologique doivent être significatifs. La gravité est une notion subjective, celle-ci étant perçue différemment selon le lieu, les personnes affectées et l'époque.

Elle concerne des dommages dont l'ampleur peut être considérable¹⁴⁶⁶. Dans une affaire opposant l'Irlande et le Royaume Uni à propos de l'autorisation donnée par ce dernier à la mise en service d'une usine MOX sur les côtes de la mer d'Irlande, le TIDM a rendu une décision favorable à la protection du milieu marin, en adoptant une mesure conservatoire obligeant le Royaume-Uni à surveiller les risques induits, à échanger les informations nécessaires et à prendre des mesures de protection adaptées. Ces mesures sont basées sur l'article 290 §1 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, en cas de menace de dommages graves à l'environnement marin¹⁴⁶⁷, bien que dans cette affaire il s'agisse plutôt de risques certains.

¹⁴⁶³ Convention cadre des NU sur les changements climatiques du 9 mai 1992, art.3-3.

¹⁴⁶⁴ Signée le 5 juin 1992.

¹⁴⁶⁵ V. LASSERRE, « Le risque », *Rec. Dalloz* 2011, p.1632.

¹⁴⁶⁶ M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ Paris 2005, n°381 et s. pp. 190 et s : faisant référence notamment au drame de Minamata au Japon dans les années 60 lié aux rejets de chlorure de mercure dans la mer nourrissant les habitants de la baie ; celui de Seveso le 10 juillet 1976, dû à une émission de dioxine ; celui de Bophal en Inde, le 2 décembre 1984, considéré comme la plus grande catastrophe industrielle, sans compter l'explosion du réacteur nucléaire de la centrale de Tchernobyl en 1986.

¹⁴⁶⁷ Ordonnance du 3 décembre 2001 du TIDM, *Aff. Usine MOX Irlande c. RU*, 63° considérant ; R. ROMI, *Droit international et européen de l'environnement*, 2° éd. Montchrestien, Lextenso Éditions Paris 2013, n°106, p.160.

b) Irréversibilité

Une irréversibilité n'est pas nécessairement grave, seules certaines irréversibilités sont dommageables. L'irréversibilité est un concept neutre, « elle n'est ni bonne ni fâcheuse », elle dit simplement « le temps qui passe »¹⁴⁶⁸. Le dommage irréversible réside dans la perte du potentiel de reproduction. En d'autres termes, « ce qui caractérise l'irréversibilité, ce n'est pas la perte en soi d'une plante, d'un animal ou d'un être humain, mais ce que signifie cette atteinte : le frein à la capacité de perpétuation qui en découle, la continuité d'une forme de vie¹⁴⁶⁹. Ainsi, l'émergence du concept d'irréversibilité peut être associée à la notion de durabilité, au développement du principe de l'utilisation durable¹⁴⁷⁰.

Selon M. PRIEUR¹⁴⁷¹ « est irréversible une action dont les effets sur l'environnement ne peuvent être réparés par la nature ou par des mesures techniques. L'acte irréversible entraîne des dégâts auxquels il est impossible de remédier ou qui ne sont réparables qu'à très long terme ». Une fois le dommage réalisé (destruction totale d'une espèce en voie d'extinction, épuisement d'une ressource naturelle rare) le retour à l'état antérieur est impossible¹⁴⁷².

L'irréversibilité présente trois caractères¹⁴⁷³. Premièrement, elle résulte souvent d'une activité humaine. S'intéresser à l'irréversibilité demande alors à rechercher les activités susceptibles de menacer la perpétuation d'un processus, d'engendrer l'extinction d'une espèce de faune, de flore ou encore d'un peuple lorsque le dommage présente des doses radiologiques nuisant à la santé humaine ou animale. Deuxièmement, l'irréversibilité implique la notion de durée. Jamais absolue, l'irréversibilité ne s'apprécie que de manière relative : il y a irréversibilité quand le processus est irrémédiable à l'échelle de la durée d'une génération¹⁴⁷⁴. Troisièmement, l'irréversibilité est indissociable de la notion de seuil. Elle demande à déterminer le seuil au-delà duquel la dégradation atteint un point de non-retour, un caractère inéluctable¹⁴⁷⁵.

Les risques et dommages que peuvent générer l'activité des EMR, tant durant la phase de construction, d'exploitation ou de démantèlement, sont susceptibles de s'avérer graves, de par

¹⁴⁶⁸ M. REMOND-GOULLIQUOD « L'irréversibilité, de l'optimisme dans l'environnement, *RJE* n° spécial 1998 p.7.

¹⁴⁶⁹ M. REMOND-GOULLIQUOD, « Du préjudice écologique », *D* 1989, chron. p.260.

¹⁴⁷⁰ A. MICHELOT, « Utilisation durable et irréversibilité. Du « jeu » de la temporalité aux enjeux de la durabilité », in *L'irréversibilité* n° spécial *RJE* 1998, p. 16.

¹⁴⁷¹ M. PRIEUR, « L'irréversibilité et la gestion des déchets radioactifs dans la loi du 30 décembre 1990 », in *L'irréversibilité*, n° spécial *RJE* 1998 p.125.

¹⁴⁷² A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, 3^e éd. Coll. Themis, PUF Paris 2011, n°309, p. 275; et n°220, p.190.

¹⁴⁷³ J. THEVENOT, « Introduction au concept d'irréversibilité, approche en droit international de l'environnement », *R.J.E* n° spécial 1998 p.33.

¹⁴⁷⁴ M. REMOND GOULLIQUOD *op.cit.* p.260.

¹⁴⁷⁵ M. REMOND-GOULLIQUOD « L'irréversibilité, de l'optimisme dans l'environnement, *op.cit.* p.9.

l'ampleur de l'emprise maritime des parcs, et irréversibles, en entraînant la destruction d'espèces à plus ou moins long terme.

B- La confirmation de la probabilité de risques et de dommages

L'existence probable de risques et de dommages graves et irréversibles ne peut être révélée que grâce à des études scientifiques, théoriquement indépendantes (1), ce qui semble pour l'heure difficile à réaliser dans le cadre des EMR (2).

1- La nécessité d'une expertise scientifique indépendante

Dans la mesure où l'incertitude relative à l'existence du risque écarte le simple risque virtuel, purement hypothétique¹⁴⁷⁶, le principe de précaution implique donc que le risque potentiel soit préalablement évalué. L'efficacité de la démarche qu'implique le principe de précaution est conditionnée par la séparation des fonctions d'évaluation et de gestion des risques, et ce afin de garantir une meilleure objectivité à l'expertise. L'objectivité de l'expertise est toutefois fréquemment contestée. L'opacité des procédures, le manque d'indépendance des experts vis-à-vis des décideurs et le caractère discrétionnaire des décisions prises sur le fondement de la précaution sont mis en cause¹⁴⁷⁷.

2- Le cas spécifique des EMR

Les cahiers des charges des différents appels d'offres éolien offshore lancés en France prévoient une procédure d'évaluation des impacts environnementaux, avant la réalisation de l'étude d'impact proprement dite. Il est précisé que le candidat à l'appel d'offre doit fournir une note d'évaluation des impacts attendus de son projet sur la faune, la flore, les milieux naturels et le paysage. Le candidat doit à cette occasion indiquer quels sont les prestataires compétents en matière de réalisation d'études d'impact environnemental avec lesquels un accord a été conclu ou simplement envisagé. Ainsi aucune garantie de l'indépendance de ces prestataires n'est fournie. L'indépendance ne se décrète pas, il faut s'en donner les moyens juridiques et financiers¹⁴⁷⁸. Cette évaluation des impacts environnementaux est différente de l'étude

¹⁴⁷⁶ M. CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution. A propos de l'arrêt du Conseil d'État, Assemblée, 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres* », *RFDA* 2013, p.1061.

¹⁴⁷⁷ *Jurisclasser Environnement et développement durable*, Fasc. 125 « Principe de précaution », dern. MAJ Avril 2013, n°147 et s ; M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ Paris 2005, n°851 et s. pp. 417 et s.

¹⁴⁷⁸ R. ENCINAS de MUNAGORRI, « Expertise scientifique et décision de précaution », *RJE* 2000, n° spécial, p. 71 : « Si l'indépendance des experts est au moins aussi illusoire que celle des juges, elle peut néanmoins être recherchée comme un objectif à atteindre (...) Quelles sont les garanties d'indépendance apportées aux experts intervenant pour le compte d'une autorité publique dans le cadre du principe de précaution ? D'emblée on peut dire qu'elles sont à peu près nulles ».

d'impact dont relèvent de façon systématique les projets d'installation de production d'énergie en mer¹⁴⁷⁹ en vertu des articles L.122-1 à L.122-3-3 du code de l'environnement, et plus spécifiquement l'article R. 122-2 du code de l'environnement¹⁴⁸⁰. Parmi les éléments obligatoires de cette étude d'impact mentionnés aux articles L.122-3, R.122-4 et R.122-5 du même code, figure l'analyse des effets sur l'environnement du projet. Il s'agit d'une des mesures principales permettant de respecter le principe de prévention. Chacun des effets prévisibles devra être étudié¹⁴⁸¹. Or nombre de ces effets ou risques demeurent encore trop incertains. La réalisation d'études complémentaires est primordiale pour évaluer les effets réels des EMR¹⁴⁸².

Dans le cadre de l'implantation des parcs EMR, cette indépendance des experts n'est pas garantie, dans la mesure où cette évaluation se fait en général lors des études d'impact, outils de prévention des risques par excellence, et que ces études d'impact sont bien souvent réalisées par les services techniques ou de recherche des porteurs de projets. Bien que certaines parties de ces études pour lesquelles ils ne disposent pas de données soient parfois sous traitées, c'est le maître d'ouvrage qui a la responsabilité de l'étude d'impact et qui est donc juge et partie. Pour leur assurer une meilleure impartialité et un niveau scientifique suffisant, il suffirait d'imposer des critères d'agrément des rédacteurs et d'instituer un contrôle sérieux du contenu de l'étude par les pouvoirs publics en liaison avec des instituts scientifiques indépendants.

Une véritable étude d'impact, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'un milieu encore peu connu comme le milieu marin, implique des recherches pluridisciplinaires. C'est pourquoi les instituts de recherche et les universités paraissent être les organes les plus compétents et les plus adaptés pour réunir des équipes pluridisciplinaires offrant le maximum de garantie, d'objectivité et de sérieux. Parmi les quelques arrêtés préfectoraux délivrés dans le cadre des EMR, seul l'arrêté délivré le 30 mars 2011¹⁴⁸³ au titre de la loi sur l'eau à EDF dans le cadre de la mise en place d'un parc démonstrateur d'hydroliennes au large de Paimpol impose de réaliser le suivi

¹⁴⁷⁹ Il faut préciser qu'une étude des impacts est égale requise dans le cadre de la délivrance des titres d'occupation du DPM. L'article R.2124-2 dispose que le dossier doit contenir « les modalités proposées, à partir de l'état initial des lieux, de suivi du projet et de leur installation et de leur impact sur l'environnement et les ressources naturelles, et le cas échéant, la nature des opérations nécessaires à la réversibilité des modifications apportées au milieu naturel et au site, ainsi qu'à la remise en état, la restauration ou la réhabilitation des lieux en fin de titre ou en fin d'utilisation ». Il précise que l'étude d'impact imposée par le code de l'environnement peut aussi être jointe au dossier DPM. Ajoutons que les projets EMR « susceptibles d'affecter de manière significative un site Natura 2000, individuellement ou en raison de leurs effets cumulés » doivent aussi faire l'objet d'une évaluation au regard des objectifs de conservation du site (art. L414-4 I 2° C. env.

Une étude des incidences du projet sur l'environnement marin est également demandée dans le cadre de la demande d'autorisation au titre de la loi sur l'eau (Articles R.214-6 du code de l'environnement).

¹⁴⁸⁰ Suivant tableau annexé à l'art. R.122-2 du code de l'env. Rubrique n°27.

¹⁴⁸¹ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^e édition, Précis Dalloz, Paris 2011, n°96, p. 105 et s.

¹⁴⁸² *Développement des énergies marines renouvelables et préservation de la biodiversité. Synthèse à l'usage des décideurs, Les énergies renouvelables* Vol.2. UICN, Comité français, Septembre 2014, pp. 35 et s.

¹⁴⁸³ Arrêté n°2011089-0011 délivré par le préfet des Côtes d'Armor, article 3.5.

environnemental des impacts en concertation avec des scientifiques compétents dans les différents domaines concernés. Quel contrôle de l'indépendance de ces experts est assuré toutefois ?

A défaut d'avoir imposé aux auteurs d'étude d'impact un agrément officiel garant de leurs compétences scientifiques, depuis un décret du 25 février 1993, le pétitionnaire doit mentionner la dénomination précise et complète du ou des auteurs de l'étude (art. R.122-1 al.2 C. env.)¹⁴⁸⁴. Une étude récente a démontré que les exploitants des parcs EMR en Europe ont généralement tendance à minimiser les impacts négatifs de leurs projets sur l'environnement, et à plutôt mettre en avant les impacts positifs attendus, tel l'effet récifal, dans leurs études d'impact. A l'inverse, les articles scientifiques sont beaucoup plus objectifs. Ils mettent au jour la potentielle gravité des impacts, et discutent l'aspect positif de cet effet récifal, qui pourrait causer des perturbations de l'écosystème marin¹⁴⁸⁵. L'Autorité environnementale souligne dans son rapport¹⁴⁸⁶ relatif au projet de parc éolien en mer de Fécamp que « le caractère très affirmatif » du raisonnement du maître d'ouvrage conduisant à « des conclusions sur la nature négligeable ou faible des impacts (...) ne satisfait pas à la rigueur technique et scientifique et ne laisse pas une place suffisante à l'incertitude devant conduire à des conclusions mieux pondérées ».

Il serait nécessaire d'organiser une contre-expertise indépendante de l'exploitant ou du fabricant pour mieux mettre en avant l'incertitude scientifique¹⁴⁸⁷. Dans le rapport au Premier Ministre sur le principe de précaution¹⁴⁸⁸, l'expertise a été présentée comme la « clé de voute qui donne toute sa solidité à la prise de décision et qui permettra de trancher de façon équitable les litiges que celle-ci peut, à plus ou moins longue échéance, provoquer ».

Le principe de précaution étant ainsi applicable aux EMR, il convient dès lors d'en étudier l'application concrète.

§2- L'application du principe de précaution

Après avoir vérifié l'applicabilité du principe de précaution, l'administration doit procéder en deux temps : mettre en œuvre des procédures d'évaluation des risques lesquelles permettront de prendre des mesures de précaution appropriées. Or, dans le domaine des EMR, la confusion règne entre mesures de précaution et de prévention. Cette confusion se manifeste tant dans la

¹⁴⁸⁴ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^e édition, Précis Dalloz, Paris 2011, n°95, p. 104 et 105.

¹⁴⁸⁵ A.C. VAISSIERE, H. LEVREL, S. PIOCH, A. CARLIER, « *Biodiversity offsets for offshore wind farm project: The current situation in Europe* », *Marine Policy* September 2014, Vol.48, pp.172-183.

¹⁴⁸⁶ Avis délibéré de l'Autorité environnementale n° AE 2015-24, adopté lors de la séance du 24 juin 2015, « Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le projet de parc éolien en mer de Fécamp, incluant le raccordement électrique, la base de maintenance et le site de fabrication des fondations gravitaires (76) », p.15.

¹⁴⁸⁷ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^e édition, Précis Dalloz, Paris 2011, n°174, p. 186.

¹⁴⁸⁸ P. KOURILSKY, G. VINEY, *Le principe de précaution. Rapport au premier ministre*, La Documentation française, 2000 p.213.

phase d'amélioration de la connaissance des risques potentiels (A) que dans la phase d'édiction de mesures de précaution (B).

A- L'accroissement de la connaissance des risques potentiels

Les risques et dommages induits par l'implantation et l'exploitation des EMR demeurent encore aujourd'hui frappés par le sceau de l'incertitude, et certains d'entre eux pourraient s'avérer graves et irréversibles. Dès lors, comment appliquer le principe de précaution ?

L'administration doit mettre en œuvre des procédures d'évaluation des risques. Or elle s'est déjà livrée à une phase d'évaluation des risques pour déterminer l'applicabilité du principe de précaution. La difficulté consiste donc à séparer en pratique la phase d'évaluation des risques de celle des mesures de précaution. Au moment d'apprécier la réalité des procédures d'évaluation mises en œuvre, le Conseil d'État, dans son arrêt d'assemblée du 12 avril 2013¹⁴⁸⁹, s'appuie sur des dispositifs qui pourraient déjà s'analyser comme des mesures de précaution. Le considérant 39 met ainsi en avant le fait que l'étude d'impact « prend en compte de manière complète et objective l'état actuel des connaissances scientifiques relatives au risque potentiel » que présente la ligne à haute tension, et que le « maître d'ouvrage de la ligne électrique aérienne à très haute tension « Cotentin Maine » a prévu, en plus du dispositif de surveillance et de mesure des ondes électromagnétiques par des organismes indépendants accrédités (...)un dispositif spécifique de mesure de l'intensité du champ électromagnétique et de suivi médical après la mise en service de la ligne ».

L'incertitude des risques ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures visant à prévenir la dégradation de l'environnement. Il vaut mieux prendre de suite des mesures de protection sévères à titre de précaution que de ne rien faire en attendant que se révèlent des dommages. Le principe de précaution, s'il n'empêche pas l'action, suppose en revanche de poursuivre les recherches qui permettront d'une part, soit de confirmer ou infirmer le risque invoqué, d'autre part, d'adapter les mesures d'accompagnement nécessaires à la prévention des dommages qui pourraient découler de la réalisation du risque, en tenant compte de l'évolution des connaissances scientifiques¹⁴⁹⁰. La précaution est d'abord une gestion de l'attente d'information, quand la prévention est une gestion du risque¹⁴⁹¹. Le principe de précaution, en ne visant que les risques de dommages graves et irréversibles, soit le seul

¹⁴⁸⁹ M. CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution. A propos de l'arrêt du Conseil d'État, Assemblée, 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres* », req. 342409, *RFDA* 2013, p.1061.

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*

¹⁴⁹¹ P. BONTEMS, G. ROTILLON, *L'économie de l'environnement*, 4^e édition, Éditions La Découverte, Paris 2013, p. 108 et s.

« risque-danger », n'a pas pour objet tous les risques et n'oblige donc pas à un strict immobilisme ou à l'abandon de toute recherche scientifique¹⁴⁹².

Dans le cadre du marché de l'électricité EMR, les risques induits sont incertains et peuvent se révéler graves et irréversibles, mais leur degré de gravité est moindre par rapport à d'autres formes d'exploitation d'énergie en mer telles que l'exploitation pétrolière. L'application du principe de précaution doit donc se traduire par des actions, contrairement à la pratique malheureusement courante d'immobilisme dans le monde de la recherche, qui a conduit à l'adoption d'une proposition de loi le 13 juin 2014¹⁴⁹³ visant à retirer purement et simplement le principe de précaution du bloc de constitutionnalité. Selon les arguments des députés à l'origine de cette proposition de loi, le principe de précaution, en étant défini par le législateur et sorti du carcan de sa sacralisation constitutionnelle, gagnerait en souplesse et en efficacité. Il serait associé à un principe d'innovation. Or « rien dans la doctrine institutionnelle européenne ni dans la loi française n'accrédite une confusion entre principe de précaution et principe d'abstention¹⁴⁹⁴».

La Commission européenne, dans sa Communication au Parlement européen du 20 janvier 2014 relative aux EMR¹⁴⁹⁵ reconnaît que la collecte des données environnementales de base fait peser une lourde charge sur les promoteurs de projets individuels par rapport à la taille des projets. Ce volet vise à encourager le travail en collaboration en ce qui concerne le suivi des incidences sur l'environnement des installations existantes et en projet, et les méthodes innovantes permettant d'atténuer les effets de l'exploitation de l'énergie océanique sur le milieu marin. Les données sur les incidences environnementales et le suivi doivent être communiqués aux autorités nationales de manière systématique, dans le cadre de la directive-cadre sur l'eau¹⁴⁹⁶ et de la directive-cadre « Stratégie pour le milieu marin¹⁴⁹⁷ ». Tandis que la recherche technologique dans le domaine des EMR progresse à grands pas, celle qui concerne ses impacts

¹⁴⁹² A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution. Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, L'harmattan, Paris 2003, p. 386.

¹⁴⁹³ Proposition de loi constitutionnelle n°2033 du 13 juin 2014 visant à retirer le principe de précaution du bloc de constitutionnalité.

¹⁴⁹⁴ O. GODARD, « Le principe de précaution et la proportionnalité face à l'incertitude scientifique » *in Responsabilité et socialisation du risque*, Conseil d'État, Rapport public 2005 Études et documents n°56, La documentation française, p.386.

¹⁴⁹⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, et au Comité des régions, Énergie bleue. Réaliser le potentiel de l'énergie océanique dans les mers et océans européens à l'horizon 2020 et au-delà / COM / 2014/ 08 final du 20 janvier 2014 (point 5.1 c)

¹⁴⁹⁶ Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau. (JOUE n° L 327 du 22 décembre 2000 p. 0001- 0073)

¹⁴⁹⁷ Directive 2008/56/CE du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin (directive-cadre stratégie pour le milieu marin).

environnementaux potentiels reste à la traîne¹⁴⁹⁸. Il est nécessaire de développer et d'améliorer la qualité des modèles prédictifs, pour prévoir l'évolution des impacts environnementaux dans un contexte plus large du développement des activités en mer et du changement climatique¹⁴⁹⁹.

L'Autorité environnementale¹⁵⁰⁰ a mis en évidence, dans le cadre de sa consultation sur le projet de parc éolien offshore de Courseulles-sur-Mer¹⁵⁰¹, « le niveau significativement plus réduit en mer qu'à terre des connaissances et des méthodologies disponibles pour établir le dossier d'évaluation environnementale ». Elle reconnaît qu'« il ne paraît pas justifié de faire peser sur le seul maître d'ouvrage la charge de remédier aux insuffisances de l'état des connaissances et des méthodologies, même si l'étude d'impact se doit de contribuer à leur amélioration sur les enjeux identifiés comme majeurs ». Elle « regrette que la décision de développer l'énergie éolienne offshore n'ait pas été *aussitôt* (c'est nous qui soulignons) accompagnée de l'effort de recherche approprié pour compléter ces connaissances¹⁵⁰² ». On peut cependant s'interroger sur l'indépendance de son jugement¹⁵⁰³. En effet, dans son avis relatif au projet de parc éolien offshore de Fécamp, elle semble opérer un revirement dans l'appréciation de la situation. Après avoir constaté à nouveau « le niveau significativement plus réduit en mer qu'à terre des connaissances », elle précise alors que « la charge de remédier à ces insuffisances ne peut relever que du seul maître d'ouvrage¹⁵⁰⁴ ».

¹⁴⁹⁸ G.W. BOEHLERT, A.B. GILL, "Environmental and ecologic effects of ocean renewable energy development. A current synthesis", *Oceanography*, vol.23, n°2, 2010.

¹⁴⁹⁹ *Synthèse documentaire des impacts environnementaux des énergies marines renouvelables*. Rapport préparé dans le cadre du projet MERIFIC sept.2012 p. 74; A. LINLEY, K. LAFFONT, B. WILSON, M. ELLIOTT, PERZ-DOMINGUEZ R., BURDON D. "Offshore and Coastal Renewable Energy: Potential ecological benefits and impacts of large-scale offshore and coastal renewable energy projects". NERC Marine Renewables Scoping Study, Final report. 2009.

¹⁵⁰⁰ Article L.122-1 et R.122-6 à R.122-8 du code de l'environnement. Dans le cadre des projets EMR, l'autorité compétente pour rendre les avis sur la base de ces articles est la Formation d'Autorité environnementale du Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD). Le CGEDD a pour mission de conseiller le gouvernement notamment dans les domaines de l'environnement et de la mer, du changement climatique et de l'aménagement et du développement durables des territoires. (<http://www.cgedd.developpement-durable.gouv.fr/les-missions-du-cgedd>)

¹⁵⁰¹ Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le projet de parc éolien en mer de Courseulles-sur-Mer et son raccordement électrique, adopté lors de la séance du 25 mars 2015, n°Ae 2015-003.

¹⁵⁰² Avis précité p.12 ; Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le projet de parc éolien en mer de Saint Nazaire, n° AE 2015-011, adopté lors de la séance du 6 mai 2015, p.14.

¹⁵⁰³ M. BADRE, « L'Autorité environnementale du Conseil général de l'environnement et du développement durable », in *La régulation environnementale*, sous la dir. de G.MARTIN et B.PARANACE, LGDJ, Paris, 2012, p.22 et 23 : « La question de son indépendance de jugement (de l'Autorité environnementale) a été régulièrement posée dès le début, et on ne peut s'en étonner : restée dans l'orbite du MEEDDM, et composée aux deux tiers de fonctionnaires qui en sont issus, l'AE pouvait être légitimement soupçonnée de ne pas être capable de prendre le recul nécessaire pour rendre des avis impartiaux ».

Voir arrêt du CE du 26 juin 2015, n°360212 : le Conseil d'État a jugé qu'il devait y avoir séparation *fonctionnelle* et non nécessairement organique au sein de l'Autorité environnementale pour assurer son indépendance effective.

¹⁵⁰⁴ Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le projet de parc éolien en mer de Fécamp, incluant le raccordement électrique, la base de maintenance et le site de fabrication des fondations gravitaires, n°2015-24, adopté lors de la séance du 24 juin 2015, p.15.

L'Autorité environnementale recommande au maître d'ouvrage, dans son avis rendu sur le projet de parc éolien en mer de Fécamp¹⁵⁰⁵, de faire un « usage raisonné et critique des expériences auxquelles il peut avoir accès », notamment précise-t-elle, les données de suivi de parcs éoliens offshore dans les autres pays européens (Danemark et Royaume Uni principalement). En effet, ces études ont été menées dans « des contextes non strictement identiques à celui de Fécamp ».

B- Les mesures de précaution envisagées

La particularité à souligner ici dans le domaine des EMR réside dans l'application de mesures de précaution de manière indirecte. La confusion règne entre principe de prévention et principe de précaution. En effet, des économistes ayant étudié l'existence éventuelle de mesures de compensation dans le cadre de l'implantation de parcs éoliens offshore en Europe ont souligné le fait que dans le cas d'impacts méconnus, certains développeurs de projets EMR proposent de mettre en place des dispositifs de surveillance et de contrôle en les présentant comme des mesures de compensation.

Le principe de compensation en droit de l'environnement a été consacré par la loi du 10 juillet 1976 en imposant que les études d'impact intègrent les mesures envisagées pour « compenser » les conséquences dommageables pour l'environnement¹⁵⁰⁶. Cette notion a été complétée par l'article 20 de la loi Grenelle 1. Certains auteurs ont dénoncé cette idée de chercher à tout comptabiliser, y compris la nature, la qualifiant de « supercherie¹⁵⁰⁷ ». M. PRIEUR¹⁵⁰⁸ souligne que « faute de préserver l'environnement dans son intégrité, on s'efforce depuis peu d'organiser et de marchandiser la compensation en organisant des mécanismes financiers spécifiques pour rendre effectifs les engagements des pétitionnaires figurant dans l'étude d'impact ». Le porteur de projet achète ainsi le « droit à détruire un milieu naturel » en finançant la restauration d'un milieu dans un autre site ou l'acquisition d'un espace naturel. Ce nouveau marché, dont la filiale de la Caisse des dépôts (CDC-Biodiversité) est un des acteurs principaux en France sont inspirés

¹⁵⁰⁵ *Ibid.*

¹⁵⁰⁶ Selon l'article L.122-3 du code de l'environnement, l'étude d'impact doit comporter sept rubriques : la description du projet, l'analyse de l'état initial de la zone susceptible d'être affectée et de son environnement, l'analyse des effets sur l'environnement ou la santé y compris les effets cumulés, l'esquisse des principales solutions de substitution examinées et les raisons du choix du maître d'ouvrage, les mesures proportionnées pour éviter, réduire et si possible compenser les effets négatifs notables du projet, la présentation des principales modalités de suivi des mesures envisagées et du suivi de leurs effets sur l'environnement ou la santé humaine – l'étude d'impact devenant ainsi un outil permanent d'évaluation- et enfin les méthodes utilisées, les difficultés rencontrées et le résumé non technique. (M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^e édition, Précis Dalloz, Paris 2011, n°96 p. 105 et s.).

¹⁵⁰⁷ J. UNTERMAIER, « Le droit de l'environnement, réflexions pour un premier bilan », *Année de l'environnement* 1980, 116. p.108 ; du même auteur : « De la compensation comme principe général du droit », *RJ Envir.* 1986, 381.

¹⁵⁰⁸ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement* 6e éd. Précis Dalloz Paris 2011, n°172, p.184.

du système américain du *Clean water Act* de 1972¹⁵⁰⁹. Il devrait selon M. PRIEUR être rapidement réglementé avant d'engendrer des abus préjudiciables à l'environnement.

Ces dispositifs de surveillance peuvent certes contribuer à améliorer la connaissance de l'environnement marin, mais dans ce cas, il ne s'agit pas d'une mesure de compensation, mais plutôt de précaution. D'autres mesures de compensation relatives aux parcs éoliens terrestres sont proposées pour les parcs éoliens en mer, aux Pays Bas notamment, mais ne sont pas appropriées, les fonctions écosystémiques terrestres ou même côtières étant différentes des fonctions marines. En effet, selon l'article L.122-3 du code de l'environnement¹⁵¹⁰, l'étude d'impact doit comporter sept rubriques : la description du projet, l'analyse de l'état initial de la zone susceptible d'être affectée et de son environnement, l'analyse des effets sur l'environnement ou la santé y compris les effets cumulés, l'esquisse des principales solutions de substitution examinées et les raisons du choix du maître d'ouvrage, les mesures proportionnées pour éviter, réduire et si possible compenser les effets négatifs notables du projet, la présentation des principales modalités de suivi des mesures envisagées et du suivi de leurs effets sur l'environnement ou la santé humaine –l'étude d'impact devenant ainsi un outil permanent d'évaluation- et enfin les méthodes utilisées, les difficultés rencontrées et le résumé non technique.

D'autres développeurs présentent les éventuels impacts positifs des EMR comme des mesures de compensation des impacts résiduels négatifs. Or ni le montant des pertes des services écosystémiques dues aux impacts négatifs, ni le montant des gains de ces mêmes services engendrés par les impacts positifs ne sont estimés à l'heure actuelle. Au Danemark notamment le rapport d'étude d'impact du parc éolien offshore de Middelgrunden défendait l'idée que les impacts négatifs dus à l'évitement des turbines par les oiseaux- pouvaient être compensés par un impact positif, à savoir un accroissement de la population de mollusques autour des fondations dont les canards plongeurs peuvent se nourrir. Cet impact positif de l'effet récifal est par ailleurs très controversé, celui-ci étant parfois qualifié de « piège écologique¹⁵¹¹ ». L'absence de réelles mesures de compensation pour les parcs éoliens offshore en Europe s'explique principalement par le manque de connaissances du milieu marin¹⁵¹², ce qui justifie l'application du principe de précaution.

¹⁵⁰⁹ *Ibid* : Ce système est appliqué dans 39 pays selon l'ONG *Ecosystem market place*.

¹⁵¹⁰ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^e édition, Précis Dalloz, Paris 2011, n°96 p. 105 et s.

¹⁵¹¹ *Synthèse documentaire des impacts environnementaux des énergies marines renouvelables*. Rapport préparé dans le cadre du projet MERIFIC sept.2012 p.52 : le piège écologique est une « préférence contrainte » pour un habitat inadéquat mais rendu faussement et artificiellement attractif. Les conséquences peuvent se traduire par un évitement des habitats de meilleure qualité à proximité, ou à l'introduction de nouvelles espèces.

¹⁵¹² A.C. VAISSIERE, H. LEVREL, S. PIOCH, A. CARLIER, « Biodiversity offsets for offshore wind farm project: The current situation in Europe », *Marine Policy* September 2014, Vol.48, pp.172-183.

La Cour administrative d'appel de Nantes semble elle aussi appliquer les mesures propres au principe de prévention au principe de précaution. En effet, dans son arrêt du 20 juin 2017 relatif au projet éolien en mer de Fécamp¹⁵¹³, elle précise, pour rejeter l'argument lié à un manque de respect du principe de précaution, que « considérant, (...) que les associations requérantes ne démontrent pas que les travaux ou le fonctionnement des aérogénérateurs seraient susceptibles d'occasionner des dommages graves et irréversibles à l'environnement, d'autant plus que l'arrêté d'autorisation attaqué définit l'ensemble des mesures d'évitement, de réduction et de compensation propres à atténuer ses effets sur l'environnement tant en phase travaux qu'en phase exploitation ».

On constate ainsi que les mesures de prévention imposées aux développeurs de projets, bien que nécessaires pour gérer les risques connus liés à l'activité des EMR, ne sont pas adaptés pour gérer les risques encore mal connus. Cette difficulté de distinction entre le risque connu et le risque incertain a été soulignée par D. TRUCHET. Selon lui, il y aurait en réalité « une échelle qui, de manière continue, va du risque très mal connu au risque bien connu¹⁵¹⁴».

En outre, l'article L.110-1-II 1° du code de l'environnement précise que l'adoption des mesures visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles doit se faire « à un coût économiquement acceptable ». Ainsi la mise en œuvre des mesures de précaution est tributaire d'une analyse purement économique, ce qui limite inévitablement la portée du principe. Pourtant, et bien que l'inscription du principe de précaution dans la Charte de l'environnement se soit faite dans un climat d'hésitation, voire de franche opposition, il est le seul à bénéficier du label « principe constitutionnel » et de l'applicabilité directe, contrairement aux principes de prévention et de réparation, dont l'effectivité est explicitement conditionnée à l'intervention du législateur¹⁵¹⁵.

L'environnement marin n'est pas le seul élément contraint par le marché de l'électricité EMR. Le milieu marin en tant qu'espace de liberté, liberté de navigation principalement, subit lui aussi les contingences liées à la présence de parcs EMR.

¹⁵¹³ CAA Nantes 20 juin 2017 n°16NT02757 point 31.

¹⁵¹⁴ *RJE* n° spécial 2000, « Le principe de précaution », p.123.

¹⁵¹⁵ A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, 3^e édition, Collection Themis, PUF Paris, 2011, n° 124 et 125, pp.100 et 101.

Chapitre II- Le marché de l'électricité EMR source de contraintes pour l'espace marin

Après avoir été pendant longtemps nomades, les activités maritimes ont commencé leur « sédentarisation » il y a une trentaine d'années avec l'exploitation pétrolière offshore. Il existe actuellement près de 700 plateformes pétrolières offshore en service dans le monde ¹⁵¹⁶. L'activité de production d'énergie marine poursuit et amplifie ce mouvement. Elle contraint l'espace marin en lui imposant la présence d'engins toujours plus nombreux. Plus de 2 300 éoliennes sont actuellement implantées dans l'espace maritime européen¹⁵¹⁷, sans compter celles qui sont en projet de construction¹⁵¹⁸. La Chine ne dispose que de 510 MW en puissance installée mais ambitionne 30 GW d'ici à 2020¹⁵¹⁹. Aux États Unis, 10 GW devraient être installés d'ici à 2020 et 54 GW d'ici à 2030¹⁵²⁰. La capacité mondiale de l'éolien en mer pourrait plus que quintupler pour passer de 7,1 GW en 2013 à 39,9 GW d'ici 2020¹⁵²¹. Ils constitueront en mer territoriale, en ZEE, voire en haute mer, des unités fixes de production industrielle bouleversant les usages traditionnels de l'espace marin, et nécessitant un savant dosage entre le respect du principe de liberté des mers et la sécurité maritime. Celle-ci concerne autant la sécurité de la navigation que celle des parcs EMR. Comme l'a souligné le vice-amiral d'escadre B. NIELLY¹⁵²², « le développement des champs d'éoliennes en mer exigera des équipements supplémentaires pour assurer leur sécurité et celle des bâtiments qui naviguent à proximité¹⁵²³».

S'il n'y a pas de liberté sans sécurité, trop de sécurité peut nuire à l'exercice de la liberté. Bien que l'on ne puisse plus évoquer aujourd'hui un principe de liberté absolue des mers, il demeure un principe fondamental¹⁵²⁴, devant être concilié avec l'objectif de sauvegarde de l'ordre public en mer, dont la sécurité constitue une composante¹⁵²⁵. La contrainte que font peser les EMR sur l'espace marin se traduit par une accélération du phénomène de compression, de réduction de l'espace de liberté, mouvement amorcé par la multiplication des aires marines protégées. Ce

¹⁵¹⁶ Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées au nom du groupe de travail sur la maritimisation. Sénat – Session extraordinaire de 2011-2012, n°674, enregistré le 17 juillet 2012, p.49.

¹⁵¹⁷ En Europe, selon l'EWEA, au 1^{er} juillet 2014, on ne comptait pas moins de 73 parcs au total dans 11 pays, représentant une puissance connectée au réseau de 7 343 MW. Source : www.ewea.org

¹⁵¹⁸ Toujours selon l'EWEA, l'éolien en mer en Europe devrait atteindre 40 GW en 2020 et 150 GW en 2030, c'est-à-dire 14% de la demande européenne d'électricité en 2030, soit l'alimentation de 130 millions de foyers.

¹⁵¹⁹ La Chine a créé des *Ocean Economic Development Zones*.

¹⁵²⁰ Source IFP Énergies nouvelles, Panorama 2013, le point sur l'éolien offshore.

¹⁵²¹ Étude réalisée par Global Data et présentée le 16 septembre 2014 : croissance principalement tirée par l'Allemagne, le Royaume Uni et la Chine.

¹⁵²² Préfet maritime de la Manche et de la Mer du Nord, commandant de la zone maritime Manche et de la mer du Nord et commandant de l'arrondissement maritime de la Manche et de la Mer du Nord.

¹⁵²³ Rapport sur la maritimisation précité p.114.

¹⁵²⁴ H. GROTIUS, *Mare liberum- La liberté des mers*, Ed. Panthéon-Assas, Paris 2013.

¹⁵²⁵ A. CUDENNEC, « L'ordre public et la mer », in *Ordre public et mer. Actes du colloque de Brest 12 et 13 mai 2011*, sous la direction d'A.CUDENNEC, Pédone, Paris 2012, p.8.

phénomène s'observe à travers l'emprise maritime considérable des parcs EMR, pouvant atteindre des centaines de km² et dépassant celle des plateformes pétrolières. L'emprise des parcs est d'autant plus importante en raison des zones de sécurité, à l'intérieur desquelles les libertés, notamment celle de navigation, sont restreintes, voire supprimées. Toutefois cette conciliation entre liberté et sécurité se manifeste différemment selon le régime juridique de l'espace maritime concerné et selon le type de liberté en jeu. Les parcs EMR représentent une contrainte supplémentaire et un nouveau défi pour la sécurité dans les espaces maritimes. **(Section I).**

En dépit des mesures de sécurité prises pour la sécurité de la navigation et des parcs EMR¹⁵²⁶, dont les choix d'implantation ont généralement évité les principaux couloirs de navigation, le risque de collision ne peut être écarté. En effet, le trafic mondial en mer ne cesse de croître¹⁵²⁷, sans compter le projet des autoroutes de la mer¹⁵²⁸. Éoliennes offshore, plantées ou flottantes, parcs houlomoteurs¹⁵²⁹ et autres engins EMR multiplieront ainsi les occurrences de collision en mer¹⁵³⁰. Quel régime de responsabilité entre alors en jeu ? Le droit maritime s'applique-t-il à une activité qui participe à la sédentarisation du monde marin ? En outre le caractère d'intérêt général de l'activité de production d'énergie en mer est susceptible d'impliquer le régime de responsabilité relatif aux ouvrages publics, ce qui complexifie le régime d'indemnisation des dommages liés aux engins EMR **(Section II).**

Section I- La nécessité d'un nouvel équilibre entre sécurité et liberté des mers

La tentative de conciliation entre liberté et sécurité a profondément marqué le débat politique et juridique français depuis trente ans, depuis la loi « Sécurité et Liberté » de 1981¹⁵³¹. S'il n'y

¹⁵²⁶ Depuis le 1^{er} mars 2010, les parcs éoliens doivent respecter les dispositions de l'arrêté du 13 novembre 2009 relatif à la réalisation du balisage des éoliennes situées en dehors des zones grevées de servitudes aéronautiques. Les parcs éoliens en mer doivent aussi être équipés de balisages vis-à-vis de la navigation maritime. Les deux balisages ne doivent pas interférer entre eux. Le point 4.1.3. du cahier des charges éolien offshore du 21/11/11 impose au candidat d'équiper l'installation d'un dispositif de balisage conforme aux recommandations O139 de l'AIMS et à la réglementation nationale.

¹⁵²⁷ 100 ans après le naufrage du Titanic, la flotte du transport maritime mondial a triplé pour passer à plus de 100 000 vaisseaux. www.agcs.allianz.com, « Sécurité et transport maritime 1912-2012 : du Titanic au Costa Concordia » ; Rapport du Sénat sur la maritimisation, Juillet 2012, p.13 : « Le trafic maritime mondial a augmenté en volume de 67% entre 1970 et 2000 pour dépasser les 7 milliards de tonnes en 2008. La flotte marchande a vu son tonnage multiplié par 2,5 sur la même période ».

¹⁵²⁸ Ce projet répond à deux priorités du Grenelle de l'environnement : désengorger les axes routiers et réduire les émissions de GES. Il sera principalement dédié au transport international de fret au sein de l'Union européenne et des pays voisins.

¹⁵²⁹ Certaines techniques d'exploitation de l'énergie des vagues constituent une source de danger supplémentaire dans la mesure où elles sont plus difficiles à détecter d'une passerelle car positionnés à la surface de l'eau.

¹⁵³⁰ Les accidents sont d'autant plus redoutés que le tonnage des navires a lourdement augmenté, que ces navires transportent de plus en plus de cargaisons dangereuses, et que les installations proches des côtes s'étant multipliées, des risques accrus de collision en résultent (L. LUCCHINI, « Passage et sécurité », in *Le passage*, Colloque international Monaco, 6-7 Février 2009, Pédone, Paris, p. 155).

¹⁵³¹ Loi n°81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

a certes pas de liberté dans l'insécurité, on ne peut toutefois affirmer, comme le confirme O. SCHRAMECK¹⁵³², que la sécurité est la condition de la liberté, « l'exigence de liberté condui(san)t à se garder de magnifier la sécurité ».

Pour lui, « la liberté est un idéal saisi par le droit, (tandis que) la sécurité est la recherche d'une tranquillité à la fragile merci des faits ». La liberté doit cependant être assurée au risque de la sécurité et la sécurité ne saurait être garantie en tout temps et en tous lieux au risque de la liberté. En mer, la recherche de ce juste équilibre se fait d'autant plus pressante en raison de la multiplication des parcs EMR, qui viennent non seulement rogner les espaces de liberté, amplifiant ainsi le phénomène amorcé par la mise en place des aires marines protégées, mais présentant en outre une menace supplémentaire pour la sécurité de la navigation, menace dont l'ampleur dépasse celle des plateformes pétrolières. Le principe énoncé à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » s'applique en tout lieu, y compris en mer¹⁵³³. Dès lors, comment cette conciliation s'opère-t-elle en mer territoriale, où se trouve principalement concernée la liberté d'usage du public (§1), et en ZEE ainsi qu'en haute mer, où la sécurité doit se concilier avec la liberté des pays tiers (§2) ?

§1- Sécurité et libertés en mer territoriale

Bien que les choix d'implantation des parcs EMR évitent dans la mesure du possible les principaux rails de navigation, ils constituent néanmoins une menace tant pour la liberté du public de naviguer ou pêcher, que pour la liberté de passage des navires étrangers. L'emprise conséquente¹⁵³⁴ des futurs parcs EMR nécessite de protéger les engins tout en sauvegardant au maximum les libertés caractérisant l'espace marin, en droit interne comme en droit international. Ainsi, la présence et la protection des parcs EMR lancent un défi pour la liberté du public (**A**) et pour le droit de passage inoffensif des navires (**B**).

A- Sécurité et libre usage du public

La présence des parcs EMR affecte inévitablement le libre usage du public et principalement la liberté de navigation. Avant d'analyser plus en détail les atteintes portées à cette liberté par la

¹⁵³² O. SCHRAMECK, « Sécurité et liberté », *RFDA* 2011, p. 1093.

¹⁵³³ R. REZENTHEL, « La liberté sur le littoral et la prise de risques », *DMF* 2001, p.619.

¹⁵³⁴ Par exemple, le futur parc éolien offshore de Courseulles-sur-Mer a une emprise de 50 km², comprenant 75 éoliennes espacées d'1 km, celui de Saint Brieuc s'étendra sur 77 km² avec 100 éoliennes espacées de 800 à 1km, celui de Saint Nazaire 78 km² avec 80 éoliennes, de Fécamp de 65 km² avec 83 éoliennes.

présence des parcs EMR (2), la nature juridique du libre usage du public mérite d'être précisée (1).

1- Nature juridique du libre usage du public

Le territoire, « c'est ce qui est de l'ordre du public. Les personnes privées n'ont pas de territoire¹⁵³⁵ ». La mer territoriale est un espace public, soit un « lieu dont tout un chacun a, par principe, le libre usage¹⁵³⁶ », dans le respect du droit international. Comment se définit précisément ce principe de libre usage du public en droit interne, sur le domaine public maritime naturel d'une part (a) ainsi que sur les eaux surjacentes d'autre part (b) ?

a) Libre usage du domaine public maritime naturel

Domaine public naturel et liberté d'aller et venir sont intrinsèquement liés. Le domaine public naturel est le lieu par excellence de la communication et de la circulation¹⁵³⁷. Droit de première génération, la liberté d'aller et venir constitue l'une des composantes les plus visibles de la liberté individuelle, et a été consacrée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 juillet 1979 dite *Ponts à péage*¹⁵³⁸, puis dans sa décision du 13 mars 2003¹⁵³⁹. Elle constitue une liberté fondamentale¹⁵⁴⁰. Selon M. WALINE, « la liberté de circuler est une véritable liberté publique » et il en déduit dès lors qu'elle ne doit « supporter que les restrictions nécessaires pour qu'elle ne dégénère pas en abus au profit des plus forts¹⁵⁴¹ ».

Cette liberté d'usage du domaine public maritime se traduit davantage par l'accès aux plages¹⁵⁴² que par l'accès aux autres parties du domaine public maritime, comme le sol de la mer territoriale. L'article L.2124-4 du CG3P dispose que l'accès du public aux plages permettant leur usage libre et gratuit est régi par l'article L.321-9 du code de l'environnement. Celui-ci énonce que l'usage libre et gratuit du public constitue la destination fondamentale des

¹⁵³⁵ J.M. PONTIER, « La problématique du territoire et du droit », in *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, sous la dir. de M. DOAT, J. LE GOFF et P. PEDROT, Presses Universitaires de Rennes, 2007, p.39.

¹⁵³⁶ A. SERIAUX, « L'espace public », in *Études à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds* Litec Paris 2007, p.433.

¹⁵³⁷ J.-P. BROUANT, « Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie ou atteinte ? », *L.P.A* n°84, 15 juillet 1994, p.22.

¹⁵³⁸ Cons. Const., 12 juillet 1979, n°79-107 DC, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, J.O. 13 Juillet 1979, *Rec. C.C.* 1979, p.31.

¹⁵³⁹ Cons. Const., 13 mars 2003, n°2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, *Rec. C.C.* 2003, p.211.

¹⁵⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ. 28 novembre 1984, (3 arrêts), *Bonnet, Buisson, Lisztman*, *Bull.civ.* 1984, I, n°321 ; Cons. Const. 22 avril 1997 n°97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, *Rec. C.C.* 1997, p.45.

¹⁵⁴¹ A.-C. BEZZINA, « Marcel Waline et la théorie du domaine public : les prémonitions des notes d'arrêt », *RFDA* 2014, p.151, M. WALINE, arrêt n°291, CE 18 mai 1928, *Laurens*, D.1928, 65, concl. Rivet p.91.

¹⁵⁴² R. REZENTHEL, « La liberté sur le littoral et la prise de risques », *DMF* 2001, p.619 : la loi relative au littoral précise que l'accès aux plages intervient au même titre que l'affectation aux activités de pêche et de cultures marines. Il s'agit donc d'une liberté partagée, tandis que les baigneurs eux jouissent d'une liberté surveillée.

plages¹⁵⁴³. Bien que la liberté d'aller et venir soit une liberté fondamentale, le Conseil d'État¹⁵⁴⁴ a pourtant eu l'occasion de juger que l'accès du public au domaine public maritime ne figure pas au nombre des libertés fondamentales dont la sauvegarde est susceptible de donner lieu au prononcé de mesures sur le fondement de l'article L.521-2 du Code de justice administrative. Cet article permet au juge des référés, saisi d'une demande justifiée par l'urgence, d'ordonner sous 48 heures « toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale ».

En effet, si le domaine public constitue une garantie pour l'exercice de certaines libertés, la doctrine ne manque pas de relever la faiblesse normative de ces garanties : « malgré l'infériorité des règles domaniales dans la hiérarchie des normes par rapport à certaines libertés publiques fondamentales, ces règles vont permettre la restriction de libertés publiques¹⁵⁴⁵ ». La police de conservation du domaine est autant à même de favoriser la liberté d'aller et venir que de justifier une interdiction d'accès, ce qui est justifiable pour des raisons tenant au maintien de l'ordre public, mais qui l'est moins quand il s'agit d'utilisation du domaine. C'est toutefois « par la généralisation du motif d'intérêt général que l'action publique s'est émancipée du champ de la police et a introduit les considérations d'exploitation du domaine, auxquelles le domaine naturel n'échappe de toute évidence pas totalement¹⁵⁴⁶ ». Le juge exerce à ce propos un contrôle beaucoup plus distant à l'égard du pouvoir de gestion que de celui de police du domaine.

b) Libre usage des eaux surjacentes

La liberté de navigation constitue, selon Y. GAUDEMET, une liberté régissant l'usage direct du public au domaine public maritime, comme l'accès aux plages¹⁵⁴⁷. Les eaux surjacentes ne font toutefois pas partie du domaine public maritime¹⁵⁴⁸. La liberté de navigation constitue pour la jurisprudence communautaire une liberté fondamentale¹⁵⁴⁹, celle-ci étant le pendant de la

¹⁵⁴³ F. TARLET, *La liberté d'aller et venir à l'épreuve du domaine public naturel*, Univ. Jean Moulin Lyon III, 2010, n°13, p. 37 : « Si le domaine naturel est classiquement affecté à l'usage du public, le public s'est vu spécifiquement reconnaître une liberté d'accès aux rivages de la mer dès 1863 (CE 30 avril 1863, *Bourgeois c Ville de Boulogne-sur-Mer*, D. 1863, III, p.64, conclusions Robert.)

¹⁵⁴⁴ CE 4 Juin 2004, *Assoc. La Londe Environnement*, req. n°260956.

¹⁵⁴⁵ J.-P. BROUANT, « Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie, atteinte ? *L.P.A.* 15 juillet 1994, p.24.

¹⁵⁴⁶ F. TARLET, *La liberté d'aller et venir à l'épreuve du domaine public naturel*, Univ. Jean Moulin Lyon III, 2010, n°13, p. 86.

¹⁵⁴⁷ Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, Tome 2, 15^e édition, LGDJ, Paris 2014, n°426, p.259.

¹⁵⁴⁸ Voir *supra* Titre I Chapitre I

¹⁵⁴⁹ Sous réserve du droit de passage inoffensif analysé *infra*.

liberté de circulation garantie par le titre IV du TFUE. Dans un arrêt du 15 mars 2007¹⁵⁵⁰ la CJUE a rappelé que : « la libre circulation est un droit dont l'exercice ne peut dépendre d'un pouvoir discrétionnaire ou d'une tolérance de l'administration nationale ». La liberté de circulation en droit communautaire constitue le corollaire de la liberté d'aller et venir.

La liberté de navigation peut toutefois être restreinte par des contraintes administratives ou pour des considérations environnementales, sous réserve que ces entraves restent proportionnées à l'objectif poursuivi¹⁵⁵¹. L'existence d'aires marines protégées peut justifier cette restriction. Le Conseil d'État a eu l'occasion de le confirmer¹⁵⁵². L'exercice de cette liberté peut aussi être limité pour des raisons de sécurité des personnes ou des biens, des navires mais aussi des engins EMR. La sécurité correspond à une raison impérieuse d'intérêt général permettant une restriction d'une liberté individuelle¹⁵⁵³. Les pouvoirs publics doivent aussi respecter le principe de proportionnalité. Ainsi, les mesures de sécurité prises pour protéger les parcs EMR et la navigation doivent être aptes à réaliser l'objectif visé et ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre¹⁵⁵⁴.

Lors du démantèlement des installations EMR, la priorité absolue n'est pas accordée à la liberté du public de naviguer. Bien que les cahiers des charges des appels d'offres éolien offshore¹⁵⁵⁵ imposent de tenir compte des enjeux liés à la sécurité maritime lors du démantèlement des éoliennes, les concessions d'utilisation du domaine public maritime disposent que le préfet peut décider du maintien partiel des éoliennes en fin de titre¹⁵⁵⁶.

Au Royaume-Uni, l'article 36 B de l'*Energy Act* de 2004 assure le respect du public (*public right*) de naviguer et accorde la priorité aux principaux couloirs de navigation reconnus en droit international sur l'implantation des parcs EMR : “*Neither the Secretary of State, nor the Scottish Ministers may grant a consent in relation to any particular offshore generating activities if he considers, or (as the case may be) they consider that interference with the use of recognized sea lanes essential to international navigation is likely to be caused by the carrying on of those activities, or is likely to result from their having been carried on*”.

¹⁵⁵⁰ CJUE 15 mars 2007, Commission c/Finlande Aff. C-54/05 point 36

¹⁵⁵¹ R. REZENTHEL, « La navigation de plaisance : une conciliation de la liberté et de l'intérêt général » *DMF* 2007, p.684. ; R. REZENTHEL, « La navigation de plaisance : une liberté fondamentale conciliable avec la protection de l'environnement », *DMF* 2012, p. 736 : réf à une décision du Cons. Const., 22 avril 1997 n°80-127 DC.

¹⁵⁵² CE. 19 mars 2003, *Fédération départementale des chasseurs de la Charente-Maritime*, req. n°212029, à propos de la restriction de naviguer au sein d'une réserve naturelle.

¹⁵⁵³ R. REZENTHEL, « La navigation de plaisance : une liberté fondamentale conciliable avec la protection de l'environnement », *DMF* 2012, p. 736 : visant l'arrêt de la CEDH du 12 juillet 1978, *X...c/Royaume Uni*, req. n°7992/77 §4 et celui du 4 décembre 2008, *Dogru c/France*, req. n°27058/05 §73.

¹⁵⁵⁴ CJCE 12 novembre 1996, *Royaume Uni c/Conseil*, Aff. C-84/94, *Rec.* p. I-5755.

¹⁵⁵⁵ Voir notamment le cahier des charges de l'appel d'offres éolien offshore de mars 2013, point 6.4.

¹⁵⁵⁶ Voir l'arrêt préfectoral du 16 juillet 2008 portant concession d'utilisation du domaine public maritime en dehors des ports au profit de la société CECA SAS Central ENERTRAG Côte d'Albâtre pour la création d'un parc éolien en mer au large de Veulettes-sur-Mer.

La propriété détenue par la Couronne sur le sol de la mer territoriale, ainsi que tout titre accordé selon ce droit, sont soumis aux droits du public, y compris ceux de pêcher et de naviguer¹⁵⁵⁷. L'exercice de ces droits peut toutefois se voir restreint. C'est le cas notamment dans l'*Energy Act* de 2004, qui, en introduisant un nouvel article 36 A à l'*Electricity Act* de 1989, permet de restreindre, suspendre ou supprimer les droits du public relatif à la navigation qui interfèrent négativement avec des parcs EMR. L'atteinte à ces droits n'est toutefois légale que si elle est justifiée par *the public interest*, et le gouvernement britannique a reconnu que « *the loss of access to fishing grounds by fishermen might in individual cases give rise to an entitlement to compensation*¹⁵⁵⁸ ». La compensation de la diminution ou la perte des droits des usagers de la mer est effectivement encouragée au Royaume-Uni¹⁵⁵⁹. Au sein des *safety zones*, certaines activités peuvent être interdites, mais les droits du public ne peuvent en principe être affectés. Toutefois, l'accroissement du nombre de parcs EMR au Royaume-Uni est susceptible de porter atteinte significativement à ces droits. Au Royaume Uni les zones de sécurité pendant les travaux sont de 500 m et de 50 m pendant l'exploitation¹⁵⁶⁰. Il faut préciser que le bénéfice de ces droits du public ne se limite pas aux citoyens britanniques. Un parc EMR dont l'emprise maritime serait conséquente pourrait affecter aussi les droits des citoyens de l'UE¹⁵⁶¹.

2- Le traitement des atteintes portées par la présence des parcs EMR au libre usage du public

Le libre usage du public, notamment celui de naviguer, peut être soit restreint de fait, par la présence proche d'un parc EMR, ou limité, voire interdit, au sein d'un parc EMR et de sa zone de sécurité. En vertu de son rôle de maintien de l'ordre public en mer¹⁵⁶², le préfet maritime peut interdire l'implantation de parcs EMR dans les dispositifs de séparation de trafic et aux abords des accès aux ports et la soumettre ailleurs au respect des différentes servitudes maritimes (câbles sous-marins, gazoducs, zones non déminées...). La Commission nautique locale ou la Grande commission nautique doivent être consultées en vue d'établir des dispositifs

¹⁵⁵⁷ P. TODD, « *Marine renewable energy and public rights* », *Marine Policy* 36, 2012, 667-672 : il précise que les droits du public relatif à la navigation et la pêche s'appliquent aussi, en l'absence de législation contraire, dans la ZEE, et doivent être respectés par les développeurs de projets EMR (*A-G for British Columbia v A-G for the Dominion of Canada*, 1914, AC 153,173).

¹⁵⁵⁸ G. PLANT, « *Offshore renewable energy development and the Energy Bill* » 2004, JPL 868-881.

¹⁵⁵⁹ P. TODD, « *Marine renewable energy and public rights* », *Marine Policy* 36, 2012, p.671.

¹⁵⁶⁰ *The Electricity (Offshore Generating Stations) (Safety Zones) (Application Procedures and Control of Access) Regulations* 2007 (SI No 2007/1948).

¹⁵⁶¹ P. TODD, « *Marine renewable energy and public rights* », *Marine Policy* 36, 2012, p.670.

¹⁵⁶² Décret n°2004-112 du 6 février 2004 relatif à l'organisation de l'action de l'État en mer (JORF n°32 du 7 février 2004 page 2616), article 1^{er}.

de signalisation¹⁵⁶³. L'avis de la Marine nationale et de l'Aviation civile, en raison des possibles perturbations radioélectriques, peuvent aussi être demandés¹⁵⁶⁴.

Parmi les exemples d'atteintes portées au libre usage du public figure le cas de la zone du futur parc éolien de Saint Nazaire, qui se situe à la jonction de deux bassins de plaisance très actifs : Bretagne Sud (Lorient, Quiberon, Belle-Île, Golfe du Morbihan, La Baule-Pornichet) et Vendée (Ile d'Yeu, L'Herbaudière, St Gilles-Croix-de-vie et les Sables d'Olonne). Bien que les flux principaux passent au sud du site, cette zone est néanmoins fréquentée par des bateaux de plaisance de plus de 8 m. Elle est régulièrement utilisée pour des manifestations nautiques (Tour de France à la Voile). La zone est également assez fréquentée par la pêche (arts dormants essentiellement).

La Grande Commission nautique recommandait dans un avis¹⁵⁶⁵ relatif au projet abandonné de parc offshore porté par Enertrag à Veulettes-sur-Mer d'interdire la circulation des navires, y compris de pêche, dont la taille est supérieure à 30 m et de limiter la vitesse à 8 nœuds, l'espacement inter-éoliennes de 1400 et 800 m permettant une libre circulation des usagers de la mer à l'intérieur du parc, sous réserve que les navigateurs respectent le Règlement international pour prévenir les abordages en mer (COLREG 72). Elle préconisait également l'établissement d'un périmètre de 50 m autour de chaque éolienne à l'intérieur duquel toute activité, que ce soit la circulation la baignade, le transit, plongée sous-marine, est interdite et ce afin de garantir l'intégrité des éoliennes et d'éviter l'accostage des navires de plaisance. Le chalutage était également proscrit.

Quels sont les voies de recours du public pour défendre la liberté de naviguer ? Une action sur la base d'une atteinte à l'usage commun de la chose commune est-elle envisageable ? Selon M-A CHARDEAUX, la faculté de jouir des choses communes étant attribuée de façon égalitaire à tous, elle ne semble pas un droit subjectif. Elle s'apparente plus à une liberté qu'à un droit¹⁵⁶⁶. Elle ajoute que « si la possibilité de jouir des choses communes est sans aucun doute une liberté, il n'en demeure pas moins que celui qui se voit empêché d'en jouir par un tiers peut très

¹⁵⁶³ Décret n°86-606 du 14 mars 1986 (JO 19 mars 1986) modifié par le décret n°88-199 du 29 février 1988 (JO 2 mars 1988)

¹⁵⁶⁴ Lamy Environnement Eau, Partie V- Eaux marines, Éoliennes en mer, Étude 557 Implantation des parcs éolien en mer, Section III Dispositions prises par la France au regard de l'éolien offshore, Sous-section IV Cadre juridique, n°557-80 Situation au regard de la navigation maritime.

¹⁵⁶⁵ PV n°012 SHOM/GCN/NP.

¹⁵⁶⁶ S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 1^{ère} éd. Dalloz 2013, p.7 et s. n°3 et s : Le droit ne peut résulter que de l'ordre juridique : il est créé par le droit et non antérieur à lui, tandis qu'une liberté est conçue comme antérieure à la règle juridique. Elle est entérinée par l'ordre juridique, et non constituée par lui : les hommes naissent libres et le droit leur reconnaît cette liberté. Une autre différence consiste dans le fait qu'il existe nécessairement une condition d'altérité dans la notion de droit. Le droit suppose deux personnes, le titulaire du droit, qui l'exerce, et le débiteur de l'obligation, auquel il est opposé, alors que l'exercice de la liberté peut être solitaire.

probablement -s'il justifie d'un intérêt légitime basé sur l'article 31 du NCPC¹⁵⁶⁷, agir en justice sur le fondement de l'art 714 (du code civil) ».

C. ATIAS¹⁵⁶⁸ associe la transgression de l'usage commun de l'article 714 à la théorie des troubles anormaux de voisinage. D'après lui, l'article 714 pourrait fonder la référence à l'anormalité de l'usage, qui constituerait une forme d'appropriation. La théorie des troubles anormaux de voisinage peut s'appliquer aux relations entre simples usagers d'un bien, entre locataires, et non pas seulement entre propriétaires, et trouve application également lorsque le trouble anormal de voisinage est causé par un entrepreneur¹⁵⁶⁹, ce qui pourrait éventuellement fonder une action intentée par un usager de la mer lésé lors de la phase de construction d'un parc EMR.

Au Royaume Uni, la Couronne est considérée comme le *trustee* ou le fiduciaire des *public rights*. Elle a le devoir de protéger ces droits¹⁵⁷⁰ et peut intenter une action quand ces droits sont bafoués, par l'intermédiaire du *Lord advocate*¹⁵⁷¹. La double casquette portée par la Couronne peut toutefois conduire à des conflits d'intérêts. En effet, elle peut être amenée à vouloir privilégier ses intérêts économiques en tant que propriétaire du sol de la mer territoriale. Les tribunaux ont parfois tendance à minimiser l'importance des droits du public de profiter librement de la mer afin d'éviter une confrontation directe entre ces intérêts divergents. La Commission des lois écossaise s'est interrogée sur la pertinence de soumettre au contrôle du juge le pouvoir de la Couronne de décider ou non d'une action afin de défendre ces droits du public¹⁵⁷². L'usager de la mer ne peut agir directement pour les défendre que via *l'actio popularis*¹⁵⁷³. Il doit prouver l'existence d'un dommage¹⁵⁷⁴.

Ainsi, si chaque parc EMR est susceptible d'interférer avec la navigation et la pêche, cela ne signifie pas que toute interférence pourra donner lieu à revendication¹⁵⁷⁵. S'il est admis que le

¹⁵⁶⁷ Nouveau code de procédure civile.

¹⁵⁶⁸ C. ATIAS, « Modes d'acquisition de la propriété-Choses communes », *Jcl civ.* Art. 714, Fasc. Unique. Juillet 2011, n°27 et s.

¹⁵⁶⁹ F.-G. TREBULLE, « Le simple occupant d'un immeuble peut invoquer le bénéfice de la théorie des troubles de voisinage », *RDI* 2005, 197 ; H. PERINET-MARQUET, « Remarques sur l'extension du champ d'application de la théorie des troubles du voisinage », *RDI* 2005, 161 ; H. BOUCARD, « Troubles anormaux de voisinage et Convention européenne des droits de l'homme », *AJDI*, 2004, 189.

¹⁵⁷⁰ *Smith v Lerwick Harbour Trs* (1903) 5F 680 per Lord Kinnear at 691. *Crown Estate Commissioners v Fairlie Yacht Slip Ltd* at 1979 SC 156 per the Lord President (Emslie) at 178.

¹⁵⁷¹ Ex: *Lord Advocate v Clyde Navigation Trs* (1891) 19R 174; *Lord Advocate v Wemyss* (1899) 2F (HL) 1.

¹⁵⁷² Scottish Law Commission, *Discussion paper on Law of the foreshore and seabed*, Discussion Paper n°113, April 2001.

¹⁵⁷³ Ex: *Colquhoun's Trs v Orr Ewing & Co* (1877) 4R 344; revsd (1877) 4R (HL) 116; *Walford v David* 1989 SLT 876.

¹⁵⁷⁴ *Whelan v Hewson* (1871) IR 6 CL 283.

¹⁵⁷⁵ E.g., *Denaby and Cadeby Main Collieries Ltd v Anson* (1911) 1 KB 171, 207 (Fletcher Moulton LJ on navigation rights).

droit du public de pêcher n'est pas limité à la quantité de poissons qui peut être capturée¹⁵⁷⁶, il a été observé que le droit de naviguer ne s'applique pas nécessairement dans chaque recoin de la mer et qu'il n'y a violation de ce droit que s'il y a une interférence matérielle avec ce droit¹⁵⁷⁷. On peut noter ainsi la spécificité de ce régime par rapport à celui du domaine public maritime en France. En effet, l'action de poursuite des contraventions de grande voirie, qui constitue le moyen de garantir la liberté d'aller et venir sur le domaine public maritime naturel, ne peut être introduite que par le préfet et non par un usager lésé dans son droit à l'affectation dont il est le bénéficiaire. En outre, le régime des contraventions de grande voirie ne s'applique pas à la circulation sur les eaux territoriales, bien que l'impossibilité de circuler sur ces eaux prive d'effectivité les efforts entrepris pour favoriser la liberté d'aller et venir sur le domaine public maritime¹⁵⁷⁸. En revanche, l'invocation de la théorie des troubles anormaux de voisinage par un usager de la mer français peut s'appliquer en cas de simple risque de dommage¹⁵⁷⁹, tandis que le droit anglais exige la matérialité de celui-ci.

Dans la mesure où l'effectivité réelle de *l'actio popularis* est mise en cause, le parlement écossais a voté le *Land Reform (Scotland) Act* en 2003¹⁵⁸⁰ créant des *access rights* directement détenus par le public, contrairement aux *public rights*. Ils peuvent être défendus devant les tribunaux par les usagers eux-mêmes. Ils n'affectent en rien les *public rights* détenus par ailleurs par le public via la Couronne (art.5.4). Mais ces *access rights* ne s'appliquent pas au sol de la mer territoriale. Le groupe de travail sur la *Land Reform Review* a émis un rapport en mai 2014 préconisant de remplacer les *public rights* relatif à la navigation et la pêche, régis actuellement par la *common law*, en *public rights* régis, comme les *access rights*, par une loi afin de mieux les protéger dans le *public interest*¹⁵⁸¹. L'Ecosse, projetant de développer massivement les EMR¹⁵⁸² souhaite vivement une décentralisation de la gestion de son domaine, qu'il soit terrestre ou maritime, et déplore que ce soit toujours le *Crown Estate* qui garde la mainmise sur la gestion de celui-ci, qu'elle juge trop commerciale et pas suffisamment protectrice des intérêts

¹⁵⁷⁶ *Adair v National Trust* (1998) NI 33, cited by Appleby T. *The Public right to fish-Is it Fit for Purpose?* (2005) 16 JWL 201.

¹⁵⁷⁷ *Crown Estate Commissioners v Fairlie Yacht Slip Ltd* 1979 SC 156.

¹⁵⁷⁸ CE 24 mai 1935, *Thireault, S.*, 1936, III, p.1 : impossibilité de sanctionner par contravention de grande voirie le propriétaire d'un radeau entravant la circulation.

¹⁵⁷⁹ P. JOURDAIN, « Le risque de dommage est un trouble anormal du voisinage », *RTD civ* 2004, 738.

¹⁵⁸⁰ *Land Reform (Scotland) Act 2003*. The Bill for this Act of the Scottish Parliament was passed by the Parliament on 23rd January 2003 and received Royal Assent on 25th February 2003.

¹⁵⁸¹ Land Reform Review Group Final Report - The Land of Scotland and the Common Good, section 29, Public access, May 2014, <http://www.scotland.gov.uk/Publications/2014/05/2852/298184>.

¹⁵⁸² Dans le contexte de tentative d'indépendance, le ministre de l'énergie écossais, Fergus Ewing, a approuvé d'un seul coup 4 parcs éoliens offshore représentant 2,3 GW, reprochant au Royaume Uni de désavantager ce secteur au profit du nucléaire : www.greenunivers.com, 16 octobre 2014.

du public¹⁵⁸³. Le droit communautaire pourrait venir en aide aux usagers de la mer lésés dans leurs *public rights*¹⁵⁸⁴.

B- Sécurité et droit de passage inoffensif

La liberté de navigation s'exprime en mer territoriale par le droit de passage inoffensif des navires étrangers. Ce droit peut-il être menacé par la présence de parcs EMR ? (1). Quelles sont les restrictions possibles à l'exercice de ce droit ? (2)

1- Droit de passage inoffensif des navires étrangers et présence des parcs EMR

La mer, espace de liberté, est progressivement devenue un espace de plus en plus fortement marqué par les souverainetés étatiques¹⁵⁸⁵. La souveraineté, tant en matière économique que de police, exercée par l'État riverain en mer territoriale se voit temporisée du fait des nécessités que suppose l'exercice de la navigation maritime. Les navires étrangers disposent ainsi d'un droit de passage dans la mer territoriale, pourvu qu'il soit inoffensif¹⁵⁸⁶, selon les articles 17 à 32 de la CMB. L'article 19 qualifie d'inoffensif le passage qui « ne porte pas atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État côtier ».

¹⁵⁸³ A. LESLIE, « Why Scotland needs to manage its own seabed ? », 5 juin 2014, <http://www.businessforScotland.co.uk/why-scotland-needs-to-manage-its-own-seabed/>: "Putting operating control over Scotland's seabed into Scottish hands would open up 'huge opportunities for improvements.' No longer would the CEC (Crown Estate Commissioners) be running its own unaccountable system of approvals on a commercial basis. Instead, there could be co-ordinated planning covering permissions and leases with the overall objective of operating for the common good in the public interest".

¹⁵⁸⁴ *Traité de droit administratif européen*, 2^e édition, sous la direction de J.B. AUBY et J.DUTHEIL de la ROCHERE, Bruylant, Bruxelles, 2014, p.765 : dans *Johnson v. Chief Constable RUC (1986)*, 3 All ER 135, le pouvoir pour les autorités exécutives d'empêcher un juge, pour des raisons liées à la sécurité nationale, d'examiner une requête fondée sur une discrimination en matière d'emploi introduite par une femme candidate à un emploi dans la police a été jugé contraire au droit de l'Union européenne. Pour le juge, le fait de déroger au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, sans possibilité de recours, priverait la requérante de son droit à la protection juridictionnelle effective-un principe général du droit des États membres-garantie par la directive applicable, conformément à l'article 6 de la CEDH. Les juridictions nationales n'avaient jusque-là jamais remis en cause l'affirmation par la Couronne que la sécurité nationale était en jeu, écartant tout contrôle juridictionnel sur l'action de l'exécutif. Ce jugement a contribué à développer la prise de conscience de l'importance de la protection juridictionnelle de l'individu dans les domaines sensibles. La liberté fondamentale de circulation en droit communautaire pourrait ainsi être invoquée.

¹⁵⁸⁵ A.M SMOLINSKA, *Le droit de la mer. Entre universalisme et régionalisme*, Bruylant Bruxelles 2014 p.241.S

¹⁵⁸⁶ J.-P. BEURIER, *Droits maritimes, 2006-2007*, Dalloz Paris 2006, n°112-53, p.87 et 88 : Il existe trois types de passages. Les passages d'entrée et de sortie, qui sont perpendiculaires à la côte et destinés à rendre possible les communications avec les ports du riverain. Ces deux passages sont destinés à pénétrer ou à sortir des eaux intérieures vers ou de la haute mer. Le troisième passage dit passage latéral s'effectue parallèlement à la côte, il n'est pas destiné à commercer avec le riverain, mais à utiliser le droit de passage à travers la mer territoriale d'un tiers comme étant le plus court trajet en direction de la destination du navire. C'est à son sujet que le passage inoffensif prend toute sa dimension car il représente une obligation pesant sur le riverain sans contrepartie immédiate. Le passage inoffensif est continu et rapide, mais comprend le stoppage et le mouillage si ces manœuvres traduisent des incidents ordinaires de navigation ou sont nécessaires pour des raisons de sécurité comme la relâche forcée ou la détresse.

La présence annoncée de parcs éoliens offshore aura indubitablement des impacts sur l'exercice de ce droit. Le futur parc éolien offshore de Fécamp notamment sera situé en Manche (mer territoriale), soit l'un des axes maritimes les plus fréquentés au monde, 20% du trafic mondial y circulant. Environ 2000 navires ont emprunté la route traversant la zone de l'appel d'offre en 2007, soit 6 navires par jour. Cette zone est située à plus de 40 km du rail de navigation. Les instructions nautiques concernant la Manche signalent la mise en place par l'OMI de trois dispositifs de séparation de trafic (DST). La zone du parc se situe au sud de la voie montante Ouest-Est du « rail » de navigation longitudinal dans la Manche entre le DST du Pas de Calais et celui des Casquets.

L'état actuel des connaissances de la navigation dans la zone du parc est insuffisant pour apprécier complètement tous les impacts du projet sur la navigation maritime, même s'il permet quand même de quantifier les risques. Sur plus de 1000 incidents et accidents recensés dans la base de données internationale CIWF survenus entre 2000 et 2011, 126 concernent la zone de l'UE ; 31 ont un rapport avec la navigation (une collision, une collision évitée, 8 chutes de pièces et débris, 21 incidents pendant la construction)¹⁵⁸⁷. En Allemagne, un guide méthodologique pour l'évaluation des risques de navigation, nécessaires pour se voir délivrer une autorisation par le BSH, a été édité par le *Germanischer Lloyd* (GL), qui a conduit des études de risques de collision sur le projet *Kriegers Flak*, en se basant notamment sur des procédés d'évaluation de l'OMI fondés sur les principes de l'Évaluation formelle de la sécurité (FSA).

Dans quelle mesure les risques induits par le trafic maritime sont-ils de nature à justifier les restrictions apportées à l'exercice du droit de passage inoffensif au regard de la présence des parcs EMR ?

2- Restrictions possibles au droit de passage inoffensif pour la sécurité des parcs EMR

Dans la mer territoriale, l'obligation de respecter le passage inoffensif des navires est la seule limite à la juridiction de l'État côtier, qui peut, dans le cadre de ses compétences, réglementer le passage des navires. Si le droit d'un État côtier s'impose à ses navires nationaux en vertu de leur immatriculation, le dispositif de la CMB lui confère la possibilité de réglementer le passage inoffensif des navires étrangers. La sécurité maritime fait partie, avec la protection de

¹⁵⁸⁷ Étude d'impact et mesures compensatoires sur la sécurité et la sûreté maritime relative au développement du projet de parc éolien au large de Fécamp. Étude de recensement des moyens de surveillance et des modalités d'intervention opérationnelles aux abords de Fécamp. Signalis, DNV, Risques pour la navigation du projet de ferme éolienne offshore, Novembre 2011.

l'environnement et la sûreté, des domaines de compétence de l'État côtier sur des navires étrangers prévus par la CMB.

L'article 19.2.k de la CMB considère que le passage d'un navire étranger y porte atteinte s'il perturbe le fonctionnement de tout équipement ou installation de l'État côtier dans sa mer territoriale. L'État côtier ne peut entraver le passage inoffensif des navires étrangers dans la mer territoriale en dehors des cas prévus par la Convention (art.24). La question se pose ainsi de savoir si l'implantation des engins EMR est possible si elle interfère avec le principe du passage inoffensif, question qui a déjà été soulevée à propos des plateformes pétrolières. Un État côtier est libre d'autoriser la construction d'ouvrages dans sa mer territoriale tant que ceux-ci n'empêchent ni n'interfèrent raisonnablement avec le droit de passage inoffensif des navires étrangers¹⁵⁸⁸. Il en va de même pour les engins EMR.

Le régime du passage inoffensif réclame un savant dosage entre les droits de l'État côtier et les droits des pays tiers de naviguer dans ses eaux territoriales. L'État côtier dispose ainsi du droit de réguler les aspects du passage inoffensif, incluant notamment, selon l'article 21 de la CMB, la sécurité de la navigation, la régulation du trafic maritime et la protection de l'environnement. Afin de garantir cette dernière, l'État côtier a le pouvoir d'établir des aires marines protégées à condition de respecter le passage inoffensif¹⁵⁸⁹. Une loi italienne autorise toutefois le ministre compétent à interdire totalement la navigation dans les réserves marines¹⁵⁹⁰. La Principauté de Monaco a interdit la navigation dans ses deux réserves marines. Il est aussi interdit à certaines catégories de navires de « passer » dans les Bouches de Bonifacio¹⁵⁹¹. Cette initiative régionale a pu être étendue au niveau universel grâce à l'intervention de l'OMI. Elle a dans un premier temps invité les autres États à adopter une législation qui décourage le passage des cargaisons dangereuses dans cette zone, puis a adopté un système de notification obligatoire, pour enfin en 2011 classer les Bouches de Bonifacio comme une zone maritime particulièrement vulnérable¹⁵⁹².

¹⁵⁸⁸ H. ESMAELI, *The Legal Regime of Offshore Oil Rigs in International Law*, Ashgate Dartmouth Aldershot, 2001, pp.72 et 73.

¹⁵⁸⁹ J. BEER-GABEL, « Préservation de l'environnement marin et passage des navires », in *Le passage. Colloque international. Monaco 6-7 Février 2009*, Pédone, p. 69.

L'article 20 § 2 de la loi belge du 20 janvier 1999 (Loi visant la protection du milieu marin dans les espaces marins sous juridiction de la Belgique) énonce que « l'établissement d'aires marines protégées dans la mer territoriale ne peut avoir pour effet d'empêcher ou de restreindre l'exercice du droit de passage inoffensif des navires étrangers dans la mer territoriale ».

¹⁵⁹⁰ Loi n° 979, *Provisions for the protection of the sea* (31 décembre 1982), article 27.

¹⁵⁹¹ Arrêté préfectoral n°1/93 pris par le préfet maritime de Toulon le 15 février 1993 interdisant la circulation dans les Bouches de Bonifacio de navires citernes transportant des hydrocarbures et de navires transportant des substances dangereuses ou toxiques.

¹⁵⁹² A.M. SMOLINSKA, *Le droit de la mer. Entre universalisme et régionalisme*. Bruylant Bruxelles 2014, p.215 : Entre 1990 et 2012, 12 régions maritimes ont été désignées comme bénéficiaires du statut juridique de Z.M.P.V. dans le cadre de l'OMI. Pour une liste complète, cf le site internet de l'Organisation : <http://www.imo.org/ourwork/environment/pollutionprevention/pssas/Pages/Default.aspx>.

L'article 22 autorise l'État côtier à imposer aux navires étrangers exerçant leur droit de passage inoffensif d'emprunter les voies de circulation désignées par lui si la sécurité de la navigation l'exige. Le secrétariat général de l'OMI a notamment encouragé les États membres à revoir leur système d'organisation du trafic maritime en fonction des nouveaux usages des zones côtières et notamment le développement des projets d'énergie marine, tout en assurant la sécurité de la navigation¹⁵⁹³. L'État côtier prend ainsi en compte les recommandations de l'OMI et assure la publicité des cartes marines sur lesquelles ses voies de circulation figurent. L'appréciation des raisons de sécurité relève du pouvoir de l'État côtier et ne peut être contrôlée que dans des situations exceptionnelles où cette appréciation serait manifestement abusive ou manifestement déraisonnable¹⁵⁹⁴. Son pouvoir discrétionnaire en la matière peut s'apparenter à celui qui fait l'objet du contrôle du juge administratif dans le cadre de la déclaration d'utilité publique ou de la déclaration de projet. En effet, l'État côtier opère une sorte de balance entre l'intérêt économique que représente la présence des parcs EMR et le respect du droit de passage inoffensif. C'est la raison pour laquelle l'État côtier ne peut interdire totalement la circulation des navires à l'intérieur des parcs EMR.

La grande commission nautique recommandait lors de sa consultation sur le projet de parc éolien offshore de Veulettes-sur-Mer de n'interdire la circulation qu'aux navires de plus de 30 mètres à l'intérieur du parc¹⁵⁹⁵. L'arrêté préfectoral délivré au titre de la loi sur l'eau pour le même projet le 14 janvier 2008 prescrivait à l'exploitant d'établir des règles de sécurité conformément aux recommandations de la grande commission nautique et de la préfecture maritime. L'arrêté préfectoral délivré à EDF pour son parc d'hydroliennes¹⁵⁹⁶ précise que le permissionnaire met en œuvre les mesures de signalisation et de sécurité sur la zone du projet conformément aux recommandations de la grande commission nautique¹⁵⁹⁷. Le cahier des charges des appels d'offre éolien offshore en France exige des candidats d'équiper les installations de dispositifs et aménagements de sécurité garantissant pendant et après la construction des installations l'identification du parc éolien par les systèmes d'identification automatique (AIS) des navires des CROSS ainsi qu'un réseau de vidéo surveillance de la

¹⁵⁹³ "Address of the secretary-General at the Opening of the Fifty-Eighth Session of the Sub-Committee on Safety of navigation", 2 July 2012, available at [www.imo.org/MediaCentre/SecretaryGeneral/Secretary-GeneralsSpeeches/Meetings/Pages/Sub-Committee-on-Safety-of-Navigation-\(NAV\)-58th-session.aspx](http://www.imo.org/MediaCentre/SecretaryGeneral/Secretary-GeneralsSpeeches/Meetings/Pages/Sub-Committee-on-Safety-of-Navigation-(NAV)-58th-session.aspx).

¹⁵⁹⁴ E. SCALIERIS, *L'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'État côtier en droit de la mer* Pédone Paris 2011, p.56.

¹⁵⁹⁵ PV n°012 SHOM/GCN/NP des travaux de la grande commission nautique tenue le 20 juin 2007 dans les locaux de la direction départementale des affaires maritimes de Seine maritime et de l'Eure.

¹⁵⁹⁶ N°2011089-0011, art.3.3.

¹⁵⁹⁷ Voir la note du 5 février 2015 relative à la consultation des commissions nautiques dans le cadre de la création d'installation liées aux énergies marines renouvelables (NOR DEVT 1501468N) : « La grande commission nautique est systématiquement consultée au titre de la signalisation maritime conformément à l'alinéa dernier de l'article 2 du décret n°86-606 du 14 mars 1986 (relatif aux commissions nautiques) ».

navigation maritime au sein et en périphérie du parc et relié aux CROSS géographiquement compétents¹⁵⁹⁸. Mais l'État français pourrait, sur la base notamment de l'article 25.3 de la CMB, suspendre temporairement dans la zone des parcs EMR l'exercice du droit de passage inoffensif des navires étrangers.

En Belgique, l'arrêté royal du 11 avril 2012 interdit l'accès aux zones de sécurité entourant les parcs éoliens offshore, sauf aux navires de guerre, aux moyens des concessionnaires, aux moyens destinés à la recherche scientifique, aux moyens mis en œuvre pour l'entretien des communications télégraphiques et téléphoniques, des câbles de haute intensité et des pipelines sous-marins, aux navires en détresse, lors du sauvetage ou tentatives de sauvetage de vies humaines et des biens, et en cas de force majeure. Quant au démantèlement des engins EMR, aucune disposition ne l'impose en droit international. Le démantèlement des ouvrages EMR est prévu par les dispositions figurant dans les concessions d'utilisation du DPM délivrées par le préfet, et rappelé dans les cahiers des charges des appels d'offres éolien offshore¹⁵⁹⁹. Nous pouvons noter que ces derniers font état à la fois du démantèlement *et* de la remise en état des sites, tandis que les conventions d'utilisation du DPM délivrées pour les projets Enertrag ou EDF (hydrolienne Arcouest) évoquent, aux fins de remise en état, de restauration et réhabilitation du site en fin d'exploitation, la possibilité pour le préfet d'exiger le démantèlement total ou partiel des ouvrages¹⁶⁰⁰.

Serait-il possible pour l'OMI de classer les parcs EMR et leurs zones de sécurité comme des zones marines particulièrement vulnérables¹⁶⁰¹ (PSSA : *Particularly Sensitive Sea Areas*) ? Une PSSA est définie comme « ...une zone qui en raison de l'importance reconnue de ses caractéristiques écologiques, socio-économiques ou scientifiques et de son éventuelle vulnérabilité aux dommages causés par les activités des transports maritimes internationaux devrait bénéficier d'une protection particulière par le biais de mesures prises par l'OMI. » Ces zones sont généralement localisées dans des régions de trafic maritime dense. Ainsi pour qu'une zone entre dans cette catégorie, l'État côtier doit montrer son éligibilité selon trois critères alternatifs. Outre les critères écologique et scientifique, le critère socio-économique tient compte de l'utilisation fondamentale de la zone. Il peut concerner l'exploitation des ressources maritimes, l'intérêt touristique ou encore la forte dépendance de la population au milieu marin. Il convient à présent d'analyser la combinaison des questions de sécurité avec l'exercice des libertés dans le cadre de la mise en valeur des EMR en ZEE et en haute mer.

¹⁵⁹⁸ Cahier des charges de l'appel d'offres éolien offshore de Mars 2013 point 3.1.3.

¹⁵⁹⁹ *Ibid.* point 6.1 (relatif aux garanties financières constituées par le candidat assurant le démantèlement des installations et la remise en état du site) et point 6.4.

¹⁶⁰⁰ Article R. 2124-8 CGPPP.

¹⁶⁰¹ H. LEFEBVRE-CHALAIN, *La stratégie normative de l'organisation maritime internationale (OMI)*, PUAM, 2012, n°585 et s. pp. 416 et s.

§2- Sécurité et libertés au-delà de la mer territoriale

La Commission environnement de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans son rapport¹⁶⁰² sur la pollution des mers exhortait déjà en 2005 de « revenir sur le principe trop absolu de liberté de navigation, (qui) ne correspond plus au contexte des flux de transport contemporains ». La CNUDM prévoit plusieurs limitations à la liberté de navigation dans les espaces au-delà de la mer territoriale. **(A)**. La présence des parcs EMR est toutefois susceptible d'affecter d'autres libertés, telles que la pose de câbles **(B)**.

A- Sécurité et liberté de la navigation au-delà de la mer territoriale

La relation sécurité et liberté sera analysée successivement en ZEE **(1)** ainsi qu'en haute mer **(2)**.

1- En ZEE

La Zone Économique Exclusive est une zone *sui generis*, s'insérant entre la mer territoriale et la haute mer, dans laquelle l'État exerce des droits exclusifs finalisés. Il s'agit d'une zone fonctionnelle constituant en mer « un dégradé juridique en trois catégories : les zones de souveraineté, la zone de droits finalisés et la zone de liberté », dégradé correspondant au vœu de G. SCHELLE selon qui « la réglementation des compétences varie avec la proximité des côtes¹⁶⁰³ ». En ZEE, l'État côtier dispose du droit exclusif d'autoriser la construction et l'utilisation d'ouvrages affectés à l'exploitation des EMR (art.60 CMB). La construction de ces ouvrages « doit être dûment notifiée et l'entretien de moyens permanents pour signaler leur présence doit être assuré » (art.60.3). L'État côtier a la faculté d'instaurer des zones de sécurité autour de ces installations, dans la limite de 500 m (art.60.5), zones dans lesquelles il « peut prendre des mesures appropriées pour assurer la sécurité de la navigation » (art.60.4).

L'article 16 du décret du 10 juillet 2013¹⁶⁰⁴ permet au préfet maritime de suspendre ou d'abroger l'autorisation d'implantation d'ouvrages dans la ZEE en cas de manquement du titulaire à ses obligations relatives à la sécurité maritime. La CMB confère toutefois une certaine priorité à la liberté de navigation sur les installations. L'article 60.7 interdit en effet la mise en place d'installations en ZEE et de zones de sécurité autour de celles-ci en cas de risque pour

¹⁶⁰² Rapport du 30 mars 2005.

¹⁶⁰³ G. SCHELLE, *Droit international public*, Montchrestien, 1948, p.279 cité par J.P. BEURIER, *Droits maritimes* Dalloz Paris 2006, n°114.33 p.110.

¹⁶⁰⁴ Décret n°2013-611 du 10 juillet 2013.

l'utilisation des principales voies de circulation essentielles à la navigation internationale¹⁶⁰⁵. Les engins EMR ne peuvent ainsi pas être implantés dans des Dispositifs de Séparation du Trafic (DST)¹⁶⁰⁶. Au Danemark une analyse des risques de collision dans le cadre de l'évaluation des impacts environnementaux est requise par les autorités avant de délivrer une autorisation d'implantation d'un parc éolien offshore¹⁶⁰⁷. A partir du moment où l'implantation des parcs EMR en ZEE respecte ces voies essentielles à la navigation, le droit de l'État côtier d'implanter de tels ouvrages devrait avoir la priorité sur la liberté de navigation¹⁶⁰⁸. D'éventuels conflits à ce titre sont réglés selon le principe d'équité (art.59). L'article 58.3 de la CMB oblige les États tiers à respecter la réglementation de l'État côtier adoptée conformément à la Convention et dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec celle-ci à d'autres règles internationales. Il est soutenu dans la doctrine qu'en cas de compétences concurrentes cette disposition indique la prééminence de la compétence normative de l'État côtier dans les domaines où il exerce ses compétences. L'exercice des libertés des États tiers dans la ZEE de l'État côtier doit respecter le principe de compatibilité avec le régime des compétences de l'État côtier¹⁶⁰⁹.

Le pouvoir discrétionnaire de l'État côtier d'instaurer des zones de sécurité est toutefois mal défini. En effet, la question subsiste de savoir si l'État côtier a le droit d'interdire à des navires étrangers l'entrée dans la zone, de limiter les types de navires autorisés à entrer dans la zone ou même d'y désigner des voies de circulation. Néanmoins, ce pouvoir doit s'exercer de façon proportionnée, et les « zones doivent raisonnablement répondre à leur nature et aux fonctions des installations (art.60.5) ainsi qu'aux besoins de ces installations.

Le terme des mesures « appropriées » (art.60.4) doit être entendu dans le sens de ce qui est raisonnable et justifié par les circonstances de l'espèce. Une interférence injustifiable avec la navigation dans les zones de sécurité peut faire l'objet de la procédure obligatoire de règlement des différends de la CMB¹⁶¹⁰. Toutefois, interdire la navigation dans la zone de sécurité d'un

¹⁶⁰⁵ H. ESMAELI, *The Legal Regime of Offshore Oil Rigs in International Law*, Ashgate Dartmouth Aldershot, 2001, p.240: des questionnements demeurent quant au fait de savoir qui détermine ces voies essentielles à la navigation.

¹⁶⁰⁶ H. LEFEBVRE-CHALAIN, *La stratégie normative de l'organisation maritime internationale (OMI)*, PUAM, 2012, n°437, p.323 et 324 : les DST sont adoptés par l'OMCI (Organisation maritime consultative intergouvernementale) par voie de recommandation. Leur objectif est de définir des couloirs de circulation afin de séparer les navires se déplaçant dans des directions opposées. La zone maritime européenne compte 50 DST adoptés par l'OMI en vertu de la Convention de 1972 (COLREG). Ces mesures sont prises en fonction de la densité du trafic et des risques d'abordage. Dans le monde, il existe 247 DST, dont 136 ont été adoptés par l'OMI.

¹⁶⁰⁷ Voir notamment le rapport réalisé pour le projet de parc éolien offshore Anholt : *Anholt Offshore Wind Farm, Analysis of risks to ship traffic*, Décembre 2009, energinet.dk. Voir aussi le projet financé par la Commission européenne *Safeship* mené de 2003 à 2005 (NNE5/2001/521).

¹⁶⁰⁸ H. ESMAELI *op.cit.* pp.238 et 239 ; E. SCALIERIS, *L'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'État côtier en droit de la mer*, Pédone Paris 2011, n°380 et 381, p.290.

¹⁶⁰⁹ E. SCALIERIS, *L'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'État côtier en droit de la mer*, Pédone Paris 2011, n°448, p.334.

¹⁶¹⁰ *Ibid.* p.76.

parc EMR signifie nécessairement interdire celle-ci aussi à l'intérieur du parc lui-même, dont la superficie peut atteindre plusieurs km². La contrainte exercée par l'exploitation des parcs EMR sur l'espace de liberté que constitue l'espace marin est ainsi considérable, en comparaison avec celle liée à la présence des zones de sécurité entourant les plateformes pétrolières offshore. En effet, les zones de sécurité EMR sont susceptibles de s'étendre jusqu'à 500 m à partir de chaque point de la frontière extérieure du parc EMR. L'arrêté royal belge du 11 avril 2012¹⁶¹¹ définit ce qu'il entend par frontière extérieure des ouvrages. Ainsi, non seulement la zone de 500 m peut être instituée autour de chaque éolienne, autour du parc d'éoliennes mais aussi autour d'une zone composée de plusieurs parcs éoliens. Au Royaume Uni les zones de sécurité pendant les travaux sont de 500 m et de 50 m pendant l'exploitation¹⁶¹².

L'article 60.3 de la CMB redonne des couleurs à la liberté de navigation en imposant l'enlèvement des ouvrages désaffectés dans le respect des normes internationales en vigueur. Sécurité et liberté de la navigation sont ici étroitement liées. Dans la mesure où les ouvrages ne sont plus affectés à l'exercice d'une activité économique, ils doivent être enlevés pour ne pas entraver ce qui constitue la vocation première de l'espace marin, la liberté de navigation. L'obligation de démantèlement total a toutefois laissé place à une obligation de démantèlement partiel des plateformes offshore. La Convention de Londres¹⁶¹³ avait atténué quelque peu le principe de démantèlement total. Les négociations de la IIIe conférence des Nations Unies sur le droit de la mer ont été l'occasion d'entériner cette évolution. Les négociateurs britanniques pourtant fervents défenseurs de la navigation libre et donc sans obstacle se sont ralliés à la cause des opérateurs pétroliers, étant donné les coûts exorbitants d'un démantèlement total des plateformes. Le Royaume-Uni soucieux de conserver des recettes fiscales menacées par une éventuelle augmentation du prix du baril liée à la répercussion des coûts de démantèlement est devenu sensible aux intérêts de ses compagnies nationales bien implantées dans ses eaux de la Mer du Nord.

La France n'ayant pas les mêmes intérêts pétroliers que le Royaume Uni et possédant des sous-marins militaires, en tant que puissance nucléaire, était moins favorable à cet assouplissement, craignant des répercussions sur la pêche ou la sécurité de la navigation. Finalement, après avoir imposé des critères de profondeur, elle s'est ralliée au Royaume Uni. Il semble très probable

¹⁶¹¹ Arrêté royal établissant une zone de sécurité autour des îles artificielles, installations et ouvrages pour une production d'énergie à partir de l'eau, des courants et des vents dans les espaces marins sous juridiction de la Belgique, n°2012011172.

¹⁶¹² *The Electricity (Offshore Generating Stations) (Safety Zones) (Application Procedures and Control of Access) Regulations 2007* (SI No 2007/1948).

¹⁶¹³ Convention de Londres sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets adoptée le 13 novembre 1972 et entrée en vigueur le 30 août 1975.

que le démantèlement partiel soit aussi privilégié en éolien offshore ou autres EMR, et que celui-ci soit choisi pour des raisons davantage économiques qu'environnementales ou sécuritaires. En effet, au Royaume Uni, le coût de démantèlement des éoliennes offshore implantées dans le cadre des *Rounds 1* et *2* a été estimé à 335 millions de livres sterling¹⁶¹⁴.

C'est ainsi que l'article 60.3 de la CMB poursuit en précisant que le démantèlement doit s'effectuer en respectant la pêche, la protection du milieu marin et les droits et obligations des autres États. Le démantèlement partiel est évoqué lorsqu'il est précisé qu'« une publicité adéquate est donnée à la position, aux dimensions et à la profondeur des éléments restant d'une installation ou d'un ouvrage qui n'a pas été complètement enlevé ». L'article 13 du décret¹⁶¹⁵ français régissant l'implantation des ouvrages en ZEE impose au titulaire de l'autorisation de cette implantation de constituer des garanties financières dès le début des travaux sous forme d'une consignation auprès de la Caisse des dépôts, afin d'assurer le respect de la navigation et la réversibilité effective des modifications apportées au milieu naturel et aux ressources biologiques en fin de titre. L'article 17 prévoit la possibilité pour le préfet de décider du maintien sur site de certains éléments s'ils bénéficient aux écosystèmes et ne portent pas atteinte à la sécurité de la navigation. Ainsi, même dans le cas où la question environnementale pèse dans la balance d'intérêts en jeu, la sécurité de la navigation, et donc la liberté de la navigation, présente toujours un certain poids.

2- En haute mer

L'article 87.2 de la CMB dispose que les États exercent leurs libertés en haute mer tout en respectant l'intérêt que représente l'exercice de la même liberté pour les autres États. Ainsi, un État peut, selon l'article 87.1 d), construire des ouvrages autorisés par le droit international sous réserve de la partie VI de la CMB¹⁶¹⁶. Mais l'État doit en parallèle respecter la liberté de navigation des autres États. Comment déterminer en revanche le juste équilibre entre l'exercice de ces libertés ? L'article ne précise en effet pas si l'État peut établir des zones de sécurité autour des installations, ni ne fixe aucune distance maximale pour celles-ci.

¹⁶¹⁴ Ce qui correspond à environ 460 millions d'euros, pour l'ensemble des éoliennes offshore en service, en construction et autorisées dans le cadre des *Round 1* et *2*. Estimation basée sur l'hypothèse de l'installation des 7,2 GW prévus d'ici 2020 dans le cadre du *Round 2* (Climate Change Capital, *Offshore Renewable Energy Installation Decommissioning Study Final Report*, 17 november 2010).

¹⁶¹⁵ Décret n°2013-611 du 10 juillet 2013 relatif à la réglementation applicable aux îles artificielles, aux installations, aux ouvrages et à leurs installations connexes dans la zone économique exclusive, sur le plateau continental dans la zone économique et la zone de protection écologique ainsi qu'au tracé des câbles et pipelines sous-marins.

¹⁶¹⁶ La partie VI concerne le plateau continental. L'article 80 notamment spécifie que l'article 60 s'applique aux ouvrages situés sur le plateau continental.

L'État n'est pas libre de fixer, de manière unilatérale et discrétionnaire, l'étendue de ses libertés. Le principe de la liberté de la haute mer est la règle fondamentale du régime de la haute mer sur la base de laquelle doit être évaluée la licéité de tout acte qui y est exercé. La liberté de la haute mer n'est pas résiduelle par rapport au pouvoir de l'État côtier. La haute mer peut être utilisée à n'importe quelle fin qui n'est pas expressément interdite par le droit international. La charge de la preuve incombe à l'État qui invoque l'existence d'une règle prohibitive à l'exercice de cette activité¹⁶¹⁷. On pourrait dire ainsi qu'une zone de sécurité établie autour d'un parc EMR en haute mer est licite si elle n'entrave pas les activités de pêche, ni la liberté de navigation et ne provoque pas de dommages à l'environnement. A contrario, tout exercice qui implique l'exclusion de l'exercice des droits des autres États est illicite, s'il s'étend dans l'espace et dans le temps, au-delà de ce qui est nécessaire ou normal pour l'exercice en cause.

Le standard du raisonnable sert en principe à évaluer les prétentions opposées et conflictuelles en haute mer et consiste à déterminer dans quelle mesure une prétention interfère avec les libertés des autres États¹⁶¹⁸. La règle de l'interférence raisonnable se réfère à l'interférence entre deux utilisations légitimes de la haute mer¹⁶¹⁹. La liberté de navigation et la liberté d'installer des ouvrages en haute mer sont des activités légitimes. La licéité de l'exercice de la liberté sera appréciée aussi sur la base de l'interprétation du terme « tenir dûment compte » (art.87 CMB)¹⁶²⁰.

L'article 300 de la CMB impose aussi aux États d'exercer leurs libertés d'une manière qui ne constitue pas un abus de droit. La notion d'abus de droit implique souvent une balance d'intérêts. En ce sens, si l'avantage qu'un État tire de l'exercice d'une liberté est inférieur au préjudice causé aux libertés des autres États, il y a abus de droit, notamment si l'on considère qu'il y a sacrifice d'un intérêt général ou collectif par l'exercice d'un intérêt individuel¹⁶²¹.

L'établissement par un État d'une aire marine protégée en haute mer limitant de façon conséquente la liberté de navigation a-t-elle davantage de chance d'échapper à la règle de l'abus de droit que la mise en place d'une zone de sécurité autour d'un parc EMR ? Il est vrai que si l'article 192 de la CMB impose aux États de protéger et de préserver le milieu marin, aucune disposition de droit international ne les oblige à installer des ouvrages de production d'énergie en haute mer et de les protéger grâce à des zones de sécurité. Le critère du raisonnable ne peut

¹⁶¹⁷ E. SCALIERIS, *L'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'État côtier en droit de la mer*, Pédone Paris 2011, p.348 et s.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*, n°150 et s. pp.130 et 131 ; n°385 et s. pp.293 et s.

¹⁶¹⁹ *Ibid.* n°389 p.296: citant R. KOLB, selon qui un principe du moins onéreux se forme : si un État a le choix entre plusieurs manières d'exercer son droit en haute mer, il doit adopter le moyen le moins onéreux pour l'exercice des droits concurrents par des tiers, « Note sur l'émergence d'une maxime de l'utilisation du moyen le moins fort (Civilliteruti) en droit international public », *RBDI* 2006, p.617.

¹⁶²⁰ *Ibid.* n°474, p.352.

¹⁶²¹ *Ibid.* n°419, p.316.

remplacer l'existence d'une réglementation manquante. La portée du *raisonnable* en matière de comblement des lacunes est limitée. L'intervention de l'OMI à ce titre serait certainement judicieuse afin de réglementer les zones de sécurité des parcs EMR en haute mer dans le respect de la liberté de navigation¹⁶²².

Au-delà du simple exercice par l'État côtier d'une liberté en haute mer, on peut imaginer une volonté de sa part d'y étendre ses droits souverains pour la production d'énergie. Cela est possible s'il y a acquiescement à l'exercice d'une telle extension par acceptation tacite ou absence de protestation de la part des autres États¹⁶²³.

Il faut se référer aux articles relatifs au régime de la Zone des grands fonds marins pour trouver quelques dispositions concernant la sécurité des installations en haute mer et les interférences de celles-ci avec la liberté de la navigation. L'article 147 de la CMB recommande de ne pas mettre en place d'installations « là où elles risquent d'entraver l'utilisation des voies de circulation reconnues essentielles pour la navigation internationale, ni dans des zones où se pratique une pêche intensive ».

On peut se demander si cet article, qui vise les activités relatives à la Zone des grands fonds marins, peut s'appliquer aux parcs EMR, dans la mesure où les engins de production d'énergie marine en haute mer seront tous probablement flottants et non fixés au sol marin comme peuvent l'être les plateformes pétrolières offshore, même si certaines d'entre elles sont aussi flottantes. Le propos doit être nuancé dans le cas d'implantation d'hydroliennes posées sur le sol marin. Le cas échéant, les installations, selon l'article 147 2 c), doivent être dûment signalées et entourées de zones de sécurité convenablement balisées afin d'assurer tant la sécurité des installations que de la navigation. La configuration et l'emplacement de ces zones de sécurité sont déterminés de telle sorte qu'elles ne forment pas un cordon empêchant l'accès licite des navires à certaines zones marines ou la navigation dans des voies servant à la navigation internationale.

D'une part, aucune distance maximale n'est indiquée pour l'établissement des zones de sécurité, contrairement au régime de la ZEE, et d'autre part, il n'est pas non plus précisé, pas plus qu'en ZEE, si ces zones sont établies autour de chaque engin EMR ou autour du parc lui-même. En outre, l'article 147 1 et 3 impose aux activités menées dans la zone et aux autres activités exercées dans le milieu marin de tenir « raisonnablement » compte les unes des autres, sans

¹⁶²² J.F. LACHAUME, « Les espaces maritimes vus à travers quelques décisions des juges constitutionnel et administratif », in *La mer et son droit. Mélanges offerts à Laurent Lucchini et J.P. Quéneudec*. Pédone 2003, p.378 : le juge administratif a déjà refusé de contrôler la légalité d'un décret créant sur la partie de la haute mer contiguë à la mer territoriale une zone de sécurité dans laquelle la circulation des navires français et étrangers était interdite provisoirement pour des raisons de sécurité, estimant que l'on se trouvait en présence d'un acte de gouvernement car se rattachant aux relations internationales de la France. (CE 1^{er} juillet 1976, *Paris de Bollardière* et autres, *Recueil*, p.423 ; *AJDA* 1975, p.455, Chr. Franc et Boyon).

¹⁶²³ *Ibid.* p.351.

spécifier aucune priorité entre elles. On retrouve le critère du « raisonnable » pour arbitrer entre les activités.

B- Sécurité et liberté de pose de câbles sous-marins au-delà de la mer territoriale

Parmi les autres libertés des États tiers prévues par la CMB figure la liberté de pose de câbles sous-marins, que ce soit en ZEE (art.58), sur le plateau continental (art.79) ou en haute mer (art.87 CMB). L'article 79.3 de la CMB dispose que le tracé des pipelines sur le plateau continental doit être agréé par l'État côtier. Des interférences peuvent survenir entre l'implantation des parcs éoliens offshore et la présence de câbles de télécommunications posés dans le même voisinage¹⁶²⁴. Dans la mesure où la technologie des EMR est plus récente, les fermes EMR auront tendance à être localisées là où ces câbles auront déjà été posés. La pose d'une éolienne à proximité d'un câble sous-marin accroît la probabilité d'exposer celui-ci à des dommages en raison du risque de raclage du sol marin produit par l'érosion sédimentaire aux alentours de la structure¹⁶²⁵.

La présence de parcs EMR peut aussi rendre plus difficile l'accès des navires venant réparer les câbles de télécommunication. L'article 79.5 de la CMB précise que lorsqu'ils posent des câbles sous-marins sur le plateau continental les États tiennent dument compte des câbles déjà en place et veillent à ne pas compromettre la possibilité de réparer ceux-ci.

Au Royaume Uni, le *Crown Estate*, *Subsea Cables UK*, l'organisation régionale de protection des câbles et *Renewable UK* ont émis des recommandations sur les distances à respecter entre les parcs EMR et les câbles sous-marins. Si la distance est supérieure à un mille nautique, aucun accord de proximité n'est requis. Si elle est inférieure, les parties en jeu doivent commencer à trouver un accord en se basant sur une distance minimale de 750 m. Une distance inférieure à 500 m est considérée comme dangereuse¹⁶²⁶. *L'International Cable Protection Committee* (ICPC) a aussi émis des recommandations¹⁶²⁷ à ce sujet. Dans des eaux d'une profondeur de 40 m par exemple, la distance préconisée est de 1 100 m, distance qui peut être augmentée ou

¹⁶²⁴ W.F. NIELSEN and T. DAVENPORT, "Submarine cables and offshore energy" in *Submarine Cables. The handbook of law and policy*. Edited by Douglas R. Burret, Robert C. Beckman and Tara M. Davenport, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2014, p. 371 et s.

¹⁶²⁵ Comments of the North American Submarine Cable Association (NASCA) Before the Bureau of Ocean Management, US. Department of the Interior In the Matter of Atlantic OCS Proposed Geological and Geophysical Activities, Mid-Atlantic and South Atlantic Planning Areas Draft Programmatic Environmental Impact Statement, 30 May 2012, OCS EIS/EA BOEM 2012-005 available online at <http://www.wiltshiregrannis.com/siteFiles/News/F7FE3C69FE76D28CD58D601E45D5C56B.pdf> 20 (Statement of NASCA).

¹⁶²⁶ Subsea Cables UK Guideline n°6 on the *Proximity of Offshore Renewable Energy Installations and Submarine Cable Infrastructure in Waters*, Issue 4 (August 2012).

¹⁶²⁷ ICPC Recommendation n°13 *Proximity of Wind Farm Developments and Submarine Cables* (27 September 2010).

diminuée selon les circonstances géographiques, bathymétriques, les courants...tous les facteurs nécessaires à un navire pour pouvoir accéder aux câbles à réparer.

Des interférences peuvent survenir aussi entre les services de réparation des câbles électriques reliant le parc EMR et les câbles de télécommunication. La *North American Submarine Cables Association* a pu observer à ce propos : “*For an undersea telecommunications cable owner planning to install a new undersea telecommunications cable that will cross an energy export cable, installation costs (for negotiating multiple cable crossing agreements) and risks both to the cable and to its commercial agreements in the event of delay have dramatically increased*”. Elle recommande ainsi la conclusion de “*reasonable crossing agreements*” afin de limiter de tels risques.

En dépit des mesures de sécurité prises pour assurer l’exercice des libertés, des accidents, provoqués notamment par des collisions entre ouvrages EMR et navires, peuvent survenir. Quels sont alors les régimes de responsabilité mis en œuvre ?

Section II- La complexification du régime de responsabilité des dommages survenus dans l’espace marin

Bien que la sédentarisation croissante des activités maritimes se double d’une meilleure prévisibilité des accidents et des collisions, et que le droit de la sécurité maritime se soit profondément transformé ces dernières années, prenant davantage en compte le facteur humain et non plus seulement des critères techniques¹⁶²⁸, « le critère de la prévisibilité s’avère impraticable en droit maritime¹⁶²⁹ ». Protection, zones de sécurité, prévisibilité, d’une part, aléas maritimes, risque de mer, périls de la mer¹⁶³⁰, d’autre part, autant de notions a priori antithétiques. Ce particularisme du droit maritime justifie l’existence de dispositifs singuliers tels que le régime de faute prouvée de l’abordage et la limitation de responsabilité du propriétaire du navire. La mise en jeu de ces régimes de responsabilité dépend de la nature juridique des engins EMR, dont certains sont susceptibles d’être assimilés à des navires.

En outre, les engins EMR peuvent se voir qualifiés d’ouvrages publics. En effet, bien que l’objet

¹⁶²⁸ A. LEFRANCOIS, *L’usage de la certification. Nouvelle approche de la sécurité dans les transports maritimes*, PUAM 2011, n°78 p.70. n°541 p.314.

¹⁶²⁹ A. MONTAS, « La responsabilité du fait de la mer, Étude de la causalité », in *Mer et responsabilité*, A. CUDENNEC, C. DE CET BERTIN, éd. Pédone 2009.

¹⁶³⁰ Notion définie en anglais par l’action extraordinaire du vent et des vagues dans le *Marine Insurance Act* de 1906, citée par Y. TASSEL, « Risque et responsabilité dans les assurances maritimes » in *Mer et responsabilité*, A. CUDENNEC, C. DE CET BERTIN, éd. Pédone 2009.

de la production d'électricité EMR soit commercial¹⁶³¹, l'électricité est un bien essentiel, provenant de sources d'énergie renouvelables, et contribuant ainsi à la lutte contre le réchauffement climatique. Cette activité est susceptible de participer au service public de l'électricité, et les installations EMR d'être qualifiées d'ouvrages publics. La qualification juridique est ici fondamentale en raison de ses conséquences vis-à-vis de la protection des tiers en cas de dommages causés par ces ouvrages et dépend aussi de la clarification quant à la nature mobilière ou immobilière des engins, autre cause d'incertitude. La technologie des engins EMR exerce une influence certaine sur l'évolution des notions juridiques. Selon Carbonnier, « donner à un fait, à un objet le nom qui lui revient légalement, c'est procéder à sa qualification¹⁶³²». L'enjeu consiste donc à qualifier les engins de production d'électricité EMR afin de déterminer le régime juridique de responsabilité applicable, relativement aux dommages causés par les ouvrages ou travaux publics (§1) ainsi qu'en droit maritime (§2).

§ 1 – L'application du régime de responsabilité liée aux dommages causés par les ouvrages ou travaux publics

L'application du régime de responsabilité relatif aux ouvrages publics (**B**) dépend de l'existence de critères de qualification d'ouvrages publics (**A**)

A- Les critères de qualification d'ouvrages ou travaux publics

Les critères retenus par la jurisprudence pour qualifier un ouvrage public sont notamment¹⁶³³ sa nature immobilière (**1**) et son affectation à l'utilité publique¹⁶³⁴, ce dernier critère devant s'intensifier quand le propriétaire est une personne privée¹⁶³⁵. En effet, un ouvrage public peut être la propriété d'une personne privée et réalisé par une personne privée contrairement au travail public (**3**). Il convient de préciser en outre que les notions de travail public et d'ouvrage public sont autonomes par rapport à celle de domaine public (**2**).

¹⁶³¹ L'activité de production et de vente d'énergie est un acte de commerce au sens de l'art. L.110-1 C.com. CA Reims Ch. Civ. Sect. 1, 4 avril 1984, *de T./Sté WECO*, n°197/84 ; CA Paris 21/02/2008, n°07/07858 ; C. cass. 1^{ère} civ. 14/05/2009, n°08/13422 ; Circulaire du 27 avril 2011 (DGPAAT/SDEA/C2011-3032) du ministre de l'agriculture.

¹⁶³² J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd. Dalloz 2012, p.226.

¹⁶³³ Elle exige aussi l'existence d'un aménagement spécial, soit le résultat d'un travail de l'homme. Les biens demeurés dans leur état naturel, telles les plages par exemple, échappent à cette qualification. (*Jcl Propriétés pub.* J. PETIT, Fasc.8 « Ouvrage public-Notion » Mars 2005.)

¹⁶³⁴ Soit à l'usage du public, soit à un service public. Les ouvrages EMR ne sont pas à l'usage du public mais peuvent être considérés selon les cas comme affectés à un service public : voir la première partie Titre II *supra*.

¹⁶³⁵ Selon M. GUYOMAR, cité par S.J. LIEBER et D. BOTTEGHI, « Une question sous tension, la nature des ouvrages appartenant à EDF », *AJDA* 2010 p.1642, à propos de l'avis du CE ass, 29 avril 2010, *Béligaud*, n°323179, selon lequel les ouvrages détenus par EDF sont des ouvrages publics bien que n'appartenant plus à une personne publique.

1- Le caractère immobilier de l'ouvrage

Cette exigence d'un bien immobilier est commune au travail public et à l'ouvrage public¹⁶³⁶. En principe, seuls les immeubles par nature peuvent être qualifiés d'ouvrages publics, sur le critère d'immobilité, le juge administratif retenant implicitement la définition des articles 517 à 526 du code civil. Ainsi, les installations fixées au sol peuvent recevoir cette qualification, et non les choses mobiles qui sont seulement posées sur lui¹⁶³⁷. Une éolienne fixée au sol marin pourrait être qualifiée d'ouvrage public, mais qu'en est-il de l'hydrolienne simplement posée au fond de la mer ? Ce critère immobilier est cependant relativement extensible. En effet, le Conseil d'État¹⁶³⁸ avait déjà jugé en 1970 qu'une cible flottante de l'armée de l'air située au large de Biscarosse constituait un ouvrage public dès lors qu'elle avait une attache avec le sol. Une éolienne flottante « attachée » au sol par un câble pourrait-elle être reconnue comme un ouvrage public ? Le critère de fixité et le caractère immobilier semblent pourtant ici faire défaut, à moins que l'on applique la notion d'immeuble par destination¹⁶³⁹. C'est ainsi que la pose d'un câble sous-marin dont les extrémités sont fixées au rivage a été qualifiée de travaux publics¹⁶⁴⁰. L'arrêt du Conseil d'État précité est intéressant aussi à un autre titre, celui de la compétence de la juridiction administrative dans des zones situées hors de la souveraineté de l'État. La collision entre le flotteur de cette cible et le yacht victime du naufrage s'était en effet produite au-delà de la mer territoriale, dont la limite était encore fixée à l'époque à 3 milles marins.

Le Conseil d'État s'est estimé compétent pour juger de cette affaire, à la place des tribunaux administratifs. En effet, « le lieu du fait générateur du dommage allégué se situait en dehors des limites du sol de la mer territoriale et l'ouvrage public incriminé étant fixé au sol du plateau continental (...) et se trouvant ainsi en dehors du territoire soumis à la souveraineté de l'État français ». Désormais c'est le Tribunal administratif de Paris¹⁶⁴¹ qui est compétent pour traiter ces litiges. Ainsi, l'État français peut être mis en cause pour l'activité d'un service public qui se déroule dans un lieu ne relevant d'aucune souveraineté territoriale. « La responsabilité de la puissance publique pour dommages consécutifs au mauvais entretien d'un ouvrage public peut

¹⁶³⁶ *Jcl. Propriétés pub. op.cit.* n°15

¹⁶³⁷ *Ibid.* n°18 et s.

¹⁶³⁸ J. PETIT, *L'ouvrage public*, Lexisnexus Paris 2009, n°23 : ainsi une cible flottante installée au large de Biscarosse pour servir aux exercices de tir de l'armée de l'air et qui était fixée « au sol du plateau continental » a été reconnue comme ouvrage public par le CE le 4 décembre 1970 (*Min. de la défense nationale c/Starr*, JCP 1971 II, 16764).

¹⁶³⁹ C. civ. Art.525 1^{er} al. Ex CE 19 déc. 1962, Louye, *Rec* 1962 p. 695.

¹⁶⁴⁰ CE 4 juin 1937, Cie française des câbles télégraphiques, *Rec. CE*, p.557.

¹⁶⁴¹ Art. R.312-19 du CJA, depuis un décret du 22 février 2010 (n°2010-164)

être engagée en tous lieux : sur le territoire terrestre ou maritime de l'État, dans la mer territoriale, sur le plateau continental, tout comme en haute mer ou à l'étranger¹⁶⁴²».

2- Ouvrage public et domaine public

Le cas d'espèce cité ci-dessus met également en exergue l'absence de lien obligatoire entre la notion d'ouvrage public et de domaine public¹⁶⁴³. L'ouvrage public en question étant flottant mais fixé au sol marin¹⁶⁴⁴, il faut tenir compte de la situation juridique du sol. Or, l'article L.2111-4 du CG3P¹⁶⁴⁵ n'a inclus dans le domaine public maritime que le sol et le sous-sol de la mer territoriale, mais pas le plateau continental. Il est vrai que dans le domaine de l'exploitation des ressources du plateau, l'État n'y détient certes pas le *dominium*, mais il agit comme le propriétaire de ces ressources¹⁶⁴⁶. Il dispose d'un droit de propriété limité à celles-ci, qui s'exerce dans les mêmes conditions que dans les eaux territoriales. Cela pourrait supposer un rapprochement des réglementations applicables à l'exploitation offshore dans l'une et l'autre zone maritime¹⁶⁴⁷. L'État serait « titulaire d'une réelle propriété incorporelle¹⁶⁴⁸ sur son plateau continental ». Quoiqu'il en soit, dans le cas d'espèce, ainsi que dans le domaine de l'exploitation des EMR, les droits de l'État sur son plateau continental ne semblent pas pouvoir être allégués pour la reconnaissance d'un quelconque droit de propriété sur le sol et les engins puisqu'ils ne concernent que l'exploitation des ressources du plateau¹⁶⁴⁹. Or les ressources EMR¹⁶⁵⁰, soit la force cinétique de l'eau ou du vent, ainsi que les propriétés chimique et thermique de la mer sont localisées dans la colonne et la surface de la mer ainsi que dans l'espace aérien surjacent¹⁶⁵¹, qualifiés de choses communes au sens de l'article 714 du code

¹⁶⁴² D. 1971, p.253, note Tedeschi à propos de l'arrêt du CE du 4 déc. 1970

¹⁶⁴³ Voir N. FOULQUIER *Droit administratif des biens* 4^e éd. LexisNexis 2018 n°1671 p.638.

¹⁶⁴⁴ Les engins EMR dans leur ensemble, quelles que soient leurs caractéristiques techniques, semblent toujours disposer d'un lien avec le sol de la mer, même s'ils occupent principalement la colonne et la surface de l'eau.

¹⁶⁴⁵ Code général de la propriété des personnes publiques

¹⁶⁴⁶ P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd. LGDJ, p.1331, n°690.

¹⁶⁴⁷ A. REYNAUD, *Le plateau continental de la France*, LGDJ 1984, p.186 n° 213 et s : l'auteur fait ici ressortir l'unité de régime de l'exploitation minière en mer, que celle-ci soit exercée en mer territoriale ou sur le plateau continental.

¹⁶⁴⁸ C. DE CET BERTIN, « De l'appropriation des ressources des fonds marins », in *L'Union européenne et la mer. Vers une politique maritime de l'Union européenne*. Ed. Pédone Paris 2007, p.144 : Le droit international ne permettant pas, dans le respect du principe de liberté de la haute mer, une aliénation par l'État de son plateau continental, ce dernier pourrait constituer « une résurgence du domaine utile de l'époque féodale », sur lequel l'État exerce des droits d'exploration et d'exploitation, dont il serait « réellement propriétaire puisqu'il peut les transmettre et qui sont exclusifs » selon le droit international de la mer.

¹⁶⁴⁹ L'existence d'une ZEE proclamée ne modifie pas les droits de l'État sur le plateau puisque selon l'article 56.3 de la Convention des NU sur le droit de la mer (CNUDM), « les droits relatifs aux fonds marins et à leur sous-sol énoncés dans le présent article s'exercent conformément à la partie VI (relative au plateau continental) ».

¹⁶⁵⁰ L'article 56.1.a de la CNUDM n'emploie toutefois pas le terme « ressources » pour évoquer les EMR mais simplement l'activité économique de production d'énergie à partir de l'eau, des courants et des vents ».

¹⁶⁵¹ La doctrine est divisée quant à l'existence d'un domaine public aérien (P. GODFRIN, M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens*, 10^e éd. Sirey. Dalloz, Paris 2012, p.68 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, T.2, Droit administratif des biens*, 14^e éd. JGDJ, Paris 2011, p.94 et s.)

civil¹⁶⁵². La loi du 30 décembre 1968¹⁶⁵³ n'évoque que les modalités d'exercice des compétences spécialisées de l'État sur le plateau continental. On « ne saurait avancer que le régime juridique applicable aux opérations de recherche et d'exploitation soit assimilable au régime de la domanialité publique¹⁶⁵⁴». Pourtant l'article 60 de la CNUDM, qui est applicable, selon l'article 80, aux ouvrages situés sur le plateau continental, dispose que l'État côtier dans sa ZEE a le droit exclusif de procéder à la construction d'ouvrages en vue de la production EMR. Quelle est la nature juridique de ce droit et quelles en sont les conséquences vis-à-vis de la propriété des ouvrages ? En tout état de cause, le régime de la domanialité publique, bien qu'il suppose la propriété publique, n'est pas un régime de propriété mais un régime protecteur de l'utilité publique.

3- La qualification de travaux publics

Si les deux critères relatifs à la nature immobilière de l'ouvrage et à son affectation à l'utilité publique¹⁶⁵⁵ sont communs à la notion d'ouvrage public et de travail public, ce dernier requiert, à la différence de l'ouvrage public, la présence d'une personne publique¹⁶⁵⁶. Les travaux de construction des parcs EMR sont-ils des travaux publics ? Est un travail public un travail immobilier exécuté pour le compte d'une personne publique dans un but d'intérêt général¹⁶⁵⁷ ou réalisé par une personne publique pour le compte d'une personne privée, dans le cadre d'une mission de service public¹⁶⁵⁸. Si la deuxième partie de la définition ne concerne pas ici notre propos dans la mesure où les parcs EMR ne sont pas réalisés par une personne publique mais par des développeurs privés, la première proposition mérite notre attention.

Le travail exécuté au profit d'une personne publique est celui qui concerne un ouvrage lui appartenant ou destiné à lui revenir ultérieurement, soit juste après l'achèvement des travaux, ou, si cette prise de possession est ultérieure à l'achèvement des travaux, en tant que biens de

¹⁶⁵² Etant choses communes, la colonne et la surface de l'eau de mer, que ce soit en mer territoriale ou en ZEE, ne font pas partie du domaine public maritime et ne sont pas la propriété de l'État.

¹⁶⁵³ Loi n°68-1181 du 30 décembre 1968 relative à l'exploration du plateau continental et à l'exploitation de ses ressources naturelles.

¹⁶⁵⁴ *AJDA* 1971 II, p.112, note Moderne.

¹⁶⁵⁵ Il faut préciser qu'aucune déclaration d'utilité publique n'est nécessaire ici (P. GODFRIN, M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens*, précité, p.224).

¹⁶⁵⁶ Voir toutefois arrêt CAA Bordeaux 4 octobre 2012, *AJDA* 2013, p.18 : Un aménagement réalisé par une société privée pour une autre société privée sur le DP et utilisé dans l'intérêt général présente le caractère de travaux publics.

¹⁶⁵⁷ CE 10 juin 1921 *Commune de Monségur*, *Rec. CE* 1921 p.573 ; *GAJA* Dalloz 20^e éd. 2015 n°36

¹⁶⁵⁸ T. Confl. 28 mars 1955 *Effimieff* *Rec. CE* 1955 p.617 ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens op.cit.* p. 507 et s ; J-M. AUBY, P.BON, J-B. AUBY, P. TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, 6^e éd. Précis Dalloz, Paris 2011, p.210 et s.

retour dans le cadre d'une concession¹⁶⁵⁹. Dans le cadre d'une concession, ces biens reviennent obligatoirement et gratuitement à la personne publique concédante à l'expiration de la concession¹⁶⁶⁰. Mais ils sont réputés être la propriété de la personne publique dès l'origine. Dans les concessions accordées dans le domaine des EMR¹⁶⁶¹, le concédant n'entre en possession des engins d'exploitation qu'au terme de la concession d'occupation du domaine public maritime et dans le cas où il a décidé du maintien des ouvrages après avis du préfet maritime, levant ainsi l'obligation de démantèlement total ou partiel pesant sur l'exploitant. Il s'agit donc a priori de biens de reprise. Une acquisition *ab initio* concrétisée par le droit de retour induirait la qualification de la concession d'occupation du domaine public de délégation de service public¹⁶⁶². Toutefois, même dans ce cas, il pourrait être envisagé de convenir que les biens soient des biens de reprise, restant la propriété de l'exploitant et inaccessibles au régime de la domanialité publique « faute d'être, pendant la concession, la propriété de la personne publique concédante. Les intérêts légitimes du service public concédé n'en seraient aucunement affectés puisque la collectivité publique responsable de celui-ci peut à tout moment mettre fin à la concession et qu'elle a la possibilité de reprendre les biens en cause¹⁶⁶³».

En dehors du champ du service public, les constructions édifiées par les occupants privés sur le domaine public sont leur propriété pendant la durée de l'occupation, même si le titre n'est pas constitutif de droit réel. Il ne s'agit toutefois pas d'une propriété au sens civiliste du terme, en raison de son caractère temporaire. Il s'agit d'un droit permettant de bloquer le processus de l'accession qui devrait jouer au profit de la personne publique mais qui fait aussi reposer sur l'occupant le paiement de la taxe foncière¹⁶⁶⁴. Selon la théorie civiliste de l'accession¹⁶⁶⁵, le propriétaire du sol est aussi, en l'absence de titre contraire, propriétaire du dessus et du dessous.

¹⁶⁵⁹ Nous renvoyons à la première partie de la thèse au titre I chapitre I pour les conditions éventuelles d'application des qualifications de marché public et de concession de travaux au marché de l'électricité EMR.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.* p. 212.

¹⁶⁶¹ Voir les concessions d'utilisation du domaine public maritime accordées aux porteurs des projets éolien offshore au large de Fécamp (Article 4.3 de la Convention du 31 mars 2017 de concession d'utilisation du DPM entre l'État et la société EOHF Préfecture de la Seine-Maritime - DCPE 76-2017-03-31-019, par un arrêté préfectoral du même jour n°17-80).

¹⁶⁶² CE 23 juil.2010, *Sté Neville Foster Delaunay Belleville*, req. n°320188 ; CE, ass. 21 décembre 2012 *Cne de Douai* req. n°342788, Rec. Lebon 2013 : les biens sont qualifiés biens de retour dans une délégation de service public ou une concession de travaux. Voir *supra* 1^{ère} partie Titre II.

¹⁶⁶³ Y. GAUDEMET « L'avenir du droit des propriétés publiques », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Terré*, PUF 1999, p.574. Selon lui, rien n'interdit de stipuler que cette reprise se fera à titre gratuit à partir d'une certaine durée de la concession. L'avantage évident est de faire l'économie d'un régime de domanialité publique et donc de faciliter le financement de l'investissement de ces biens de reprise, même affectés au service public ». Voir aussi E. FATOME et P. TERNEYRE, « Faut-il abandonner la théorie des biens de retour dans les délégations de service public ? » in *Contrats et propriété publics*, G. CLAMOUR, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, Lexisnexus Paris 2011 p.217.

¹⁶⁶⁴ P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz 2011, p.322 et s, citant notamment E. FATOME et P. TERNEYRE à propos de l'arrêt du CE du 21 avr.1997, *Min. du Budget c/ Sté Sagifa*.

¹⁶⁶⁵ Article 552 du code civil.

Ainsi l'État, titulaire d'une propriété publique sur le sol de la mer territoriale, est, en principe, également propriétaire des constructions édifiées sur celui-ci. Par contre, ce principe de l'accession ne joue pas pour la domanialité publique. Y. GAUDEMET¹⁶⁶⁶ met en effet en garde contre la confusion fréquente entre domanialité publique et propriété publique, celle-là n'étant pas une des modalités de celle-ci. La domanialité publique n'est pas un régime d'appropriation, ni un régime foncier, elle est dominée par le concept d'affectation. Les ouvrages construits sur le sol marin sont donc en principe des propriétés publiques, propriété publique aménagée pendant le titre d'occupation pour permettre l'exploitation, mais ne font pas partie du domaine public maritime, et ne sont donc pas concernés par les principes d'affectation ni d'inaliénabilité.

Les critères de la mise en jeu de la responsabilité découlant des dommages causés par les ouvrages ou travaux publics étant posés, il convient d'étudier à présent la manière dont cette responsabilité peut être mise en en jeu.

B- Les responsabilités à l'occasion des dommages d'ouvrages ou travaux publics

Les dommages de travaux publics comprennent ceux résultant de l'exécution d'un travail public et ceux résultant de la présence ou du fonctionnement d'un ouvrage public. Ils sont traités pour l'essentiel par les mêmes régimes de responsabilité (2), ceux-ci variant selon la qualité de la victime (1).

1- La qualité de la victime : usager ou tiers

L'usager est celui qui utilise l'ouvrage public de façon personnelle et directe au moment de la réalisation du dommage, contrairement au tiers qui n'en tire aucun avantage. Il semble ainsi que l'éventuelle victime d'un dommage causé par un engin EMR soit plutôt un tiers par rapport à celui-ci s'il était qualifié d'ouvrage public. Cependant, la victime pourra être considérée comme usager de l'ouvrage lorsque ce dernier est incorporé au domaine public sur lequel il est implanté¹⁶⁶⁷, ce qui ne pourrait sans doute s'appliquer qu'aux éoliennes fixées sur le domaine public maritime naturel. Dans certains cas, cette distinction est très subtile. Ainsi, dans le cas d'espèce déjà mentionné¹⁶⁶⁸ d'un accident causé à un yacht par une cible de l'armée de l'air, la victime, bien que tiers vis-à-vis de la cible heurtée, a été qualifiée d'usager par rapport à la bouée de signalisation. L'ouvrage devait être appréhendé dans son ensemble.

¹⁶⁶⁶ Y. GAUDEMET *op.cit.* p.569 et 570.

¹⁶⁶⁷ J. PETIT, *L'ouvrage public*, Lexis Nexis Paris 2009, n°723, p. 173.

¹⁶⁶⁸ CE 4 déc.1970, *Starr op. cit.*

2- Les régimes de responsabilité

Le régime des dommages de travaux publics est caractérisé par la très large appréciation qui y est faite de la responsabilité sans faute **(b)** applicable aux tiers. Une présomption de faute pèse sur la personne publique vis-à-vis des usagers de l'ouvrage public **(a)**.

a- La responsabilité pour faute présumée

Les dommages causés aux usagers sont indemnisés lorsqu'ils résultent d'un défaut d'entretien normal de l'ouvrage public¹⁶⁶⁹. Il s'agit d'une responsabilité pour faute présumée. Il appartient à la personne dont la responsabilité est recherchée de prouver qu'elle n'a pas failli à sa tâche. Mais elle peut aussi s'exonérer en partie de sa responsabilité en prouvant la faute de la victime. Lors de la collision évoquée ci-dessus, le Conseil d'État a bien retenu la faute d'entretien normal de l'ouvrage public de l'Administration qui n'a pas veillé au bon état de la signalisation de la bouée, mais il retient aussi la faute de navigation de la victime. En effet, elle ne pouvait ignorer la présence de la cible, celle-ci figurant sur les documents nautiques. La théorie du risque permet toutefois d'appliquer un régime exceptionnel de responsabilité sans faute pour les usagers d'un ouvrage dangereux¹⁶⁷⁰. Une éolienne offshore pourrait-elle être qualifiée d'ouvrage dangereux pour les usagers du domaine public maritime ?

b- La responsabilité sans faute

Les tiers bénéficient d'un régime de responsabilité sans faute¹⁶⁷¹ en cas de dommage accidentel causé par l'ouvrage public. Dans la mesure où « la collectivité bénéficie de privilèges pour (...) implanter (les ouvrages publics), les construire et les protéger, il est normal qu'elle répare les dommages que, même sans faute de sa part, leur existence ou leur fonctionnement ont causé¹⁶⁷² ». Il leur suffit, comme les usagers, d'établir l'existence d'un lien de causalité entre, d'une part le préjudice subi et d'autre part l'exécution de travaux publics ou l'existence d'un ouvrage public, et le caractère direct et certain de ce préjudice. Cependant, à la différence des usagers, la personne responsable ne peut s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'elle n'a pas commis de faute dans l'entretien de l'ouvrage¹⁶⁷³. Dans le cas d'un régime de responsabilité

¹⁶⁶⁹ L'entretien normal consiste à mettre en place des mesures suffisantes et adaptées à la nature du danger. Il peut s'agir notamment d'un défaut de surveillance de l'ouvrage. J. PETIT *op.cit.* n°738, p.178.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.* n°753, p.183 : cas d'installations électriques.

¹⁶⁷¹ *Jcl Propriétés publiques* Fasc.9 « Ouvrage public- Régime », n°267.

¹⁶⁷² Conclusions de Guy BRAIBANT sur la décision du 13 juillet 1965, *Arbez-Gindre* (Req. n°60133, Lebon 442) citées par S.J. LIEBER et D. BOTTEGHI *op.cit.*

¹⁶⁷³ Les deux causes d'exonération ici sont la force majeure et la faute de la victime.

sans faute, le préjudice subi doit être spécial et anormal¹⁶⁷⁴. L'appréciation du caractère anormal par le juge administratif peut se rapprocher de celle du juge judiciaire en matière de troubles anormaux de voisinage. La nature de la zone où est édifié l'ouvrage peut entrer en ligne de compte. Ainsi, un voilier entré en collision avec une éolienne offshore pourra sans doute plus aisément apporter la preuve du caractère anormal de son préjudice qu'un véhicule ayant heurté une éolienne dans une zone industrielle¹⁶⁷⁵. P. SABLIERE¹⁶⁷⁶ s'interrogeait en 2005 sur l'utilité de conserver la notion d'ouvrage public. Selon lui, « pour ce qui est de la compétence du juge administratif pour se prononcer sur les dommages causés par la présence ou le fonctionnement des ouvrages publics, elle pourrait être abandonnée, sans grandes conséquences pratiques, au profit du juge judiciaire, la responsabilité sans faute de l'article 1384 du code civil n'étant pas différente de celle pesant déjà, vis-à-vis des tiers, sur le gestionnaire de l'ouvrage public ». Le Conseil d'État¹⁶⁷⁷ a toutefois jugé que « les dispositions de l'article 1384 du code civil (...) ne régissent pas la responsabilité du fait des ouvrages publics ».

Si le rapport liant l'activité de production d'électricité de source EMR à la notion d'intérêt général ou de service public est susceptible de justifier l'application du régime de responsabilité propre aux ouvrages publics, le milieu maritime dans lequel elle est exploitée est-il de nature à légitimer l'usage de mécanismes de responsabilité du droit maritime ?

§ 2 – L'application du régime de responsabilité en droit maritime

Les engins EMR n'ont pas vocation à se déplacer, à transporter des marchandises ou des passagers. Ils sont dépourvus de force motrice autonome et sont destinés à produire de l'énergie. Afin d'être implantés en mer, ils sont donc pris en charge dans le cadre de contrats de

¹⁶⁷⁴ Sont anormaux les préjudices corporels, quelle que soit leur gravité, les destructions des propriétés mobilières et immobilières (J-M. AUBY, P.BON, J-B. AUBY, P. TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, 6^e éd. Précis Dalloz, Paris 2011 p. 434.)

¹⁶⁷⁵ *Ibid.* p.436.

¹⁶⁷⁶ P. SABLIERE, « Les ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-il qu'ils le soient ? » *AJDA* 2005, p.2324. D'autant que le second intérêt de la qualification d'ouvrage public, le principe d'intangibilité de l'ouvrage public, n'est quasiment plus appliqué par le Conseil d'État.

¹⁶⁷⁷ CE 8 août 2008, *Choteau*, *AJDA*2008 p.1965, concl. Thiellay.

remorquage¹⁶⁷⁸, ou d'affrètement¹⁶⁷⁹. Pendant l'exploitation, les installations de production d'énergie marine sont soit construites ou posées sur le fonds de la mer, soit flottantes mais ancrées par des câbles au sol marin. Des règles de sécurité seront instaurées autour et à l'intérieur des parcs afin de limiter la possibilité de collision entre les navires et les engins EMR¹⁶⁸⁰. Si malgré ces précautions une collision entre un navire et un engin EMR survenait, quelles seraient les règles de responsabilité applicables¹⁶⁸¹? Les principes dominants du droit maritime, tels que le régime de l'abordage et de la limitation de responsabilité du propriétaire du navire fautif sont-ils applicables aux engins EMR ? Ces deux mécanismes ne s'appliquent qu'aux navires ou aux engins flottants non amarrés à poste fixe¹⁶⁸² ce qui exclut a priori les éoliennes plantées¹⁶⁸³ (A) et laisse subsister un doute quant aux autres engins EMR (B).

A- La mise en jeu de la responsabilité au sein des parcs d'éoliennes offshore plantées

L'article L.5131-1 du nouveau code des transports limite le champ d'application de l'abordage aux navires, en précisant que sont assimilés aux navires les engins flottants non amarrés à poste fixe. L'article L.5000-2 du même code désigne comme navire tout engin flottant, construit et équipé pour la navigation maritime de commerce, de pêche ou de plaisance et affecté à celle-ci, ce qui exclut a priori les éoliennes offshore plantées¹⁶⁸⁴.

¹⁶⁷⁸ C'est le cas notamment des plateformes d'énergie thermiques des mers, ou des hydroliennes comme celle qu'EDF a immergée au large de Paimpol. Dans le cadre de remorquage d'engins inertes, le contrat est alors plutôt qualifié de contrat d'affrètement au voyage (remorquage direct (*Wettow*) ou remorquage indirect quand l'engin est placé sur une barge (*dry tow*).

L'arrêté préfectoral d'autorisation au titre de la loi sur l'eau et de l'occupation du DPM délivrée au projet de démonstrateurs d'éoliennes flottantes MISTRAL à Port Saint Louis du Rhône le 25 juillet 2014 précise que les éoliennes sont remorquées sur site « conformément aux dispositions du décret n°2014-330 du 13 mars 2014 portant publication de la résolution A 765 relatives aux directives sur la sécurité des navires et autres objets flottants remorqués, y compris les installations, ouvrages et plateformes en mer adoptée à Londres 4 novembre 1993. »

¹⁶⁷⁹ Les éoliennes offshore sont prises en charge dans le cadre de contrats d'affrètement coque-nue ou à temps. A l'inverse, le constructeur d'éoliennes Areva Wind a conçu son propre navire (Innovation).

¹⁶⁸⁰ La grande commission nautique recommandait ainsi lors de sa consultation à propos du projet de parc éolien en mer de la société Enertrag d'interdire toute activité dans un périmètre de 50 m autour des éoliennes, de limiter la vitesse à 8 nœuds, d'interdire la navigation de tout bâtiment de plus de 30 m à l'intérieur du parc (PV n°012 SHOM/GCN/NP). L'arrêté préfectoral délivré au titre de la loi sur l'eau pour le même projet le 14 janvier 2008 prescrivait à l'exploitant d'établir des règles de sécurité conformément aux recommandations de la grande commission nautique et de la préfecture maritime. L'arrêté préfectoral délivré à EDF pour son parc d'hydroliennes (n°2011089-0011) précise à l'article 3.3 que le permissionnaire met en œuvre les mesures de signalisation et de sécurité sur la zone du projet conformément aux recommandations de la grande commission nautique. Dans la ZEE, selon l'article 60.6 de la CMB, tous les navires doivent respecter ces zones de sécurité.

¹⁶⁸¹ Les cas de collision survenant dans un cadre contractuel, entre une éolienne offshore et un navire de maintenance notamment, ne sont pas traités ici. Les contrats pourront prévoir des clauses de non recours, à l'instar des clauses « Knock for knock » du secteur pétrolier.

¹⁶⁸² L'article L.5131-1 du code des transports délimite le champ d'application des règles de l'abordage aux collisions entre navires ou entre un navire et un engin flottant non amarré à un poste fixe. Les articles L5121-3 et L5121-5 concernant la limitation de responsabilité s'appliquent aux navires sans les définir.

¹⁶⁸³ CA Aix en Provence 8 juin 2000 : la limitation de responsabilité ne s'applique pas à une plate-forme d'exploration des fonds marins.

¹⁶⁸⁴ Cela n'a pourtant pas empêché un tribunal anglais (*Southampton Magistrates Court*) d'appliquer la convention internationale COLREG (Convention sur le règlement international de 1972 pour prévenir les abordages en mer,

Quel est alors le régime de responsabilité applicable en cas de collision d'un navire avec une turbine offshore plantée à l'intérieur d'un parc éolien, et ce malgré les règles de sécurité protégeant son accès ? Deux scénarios de collision seront envisagés, mettant en jeu la responsabilité du fait personnel ou du fait des choses (1) et la responsabilité éventuelle du fait des produits défectueux ou des immeubles (2).

1- La mise en jeu de la responsabilité du fait personnel ou du fait des choses

Dans le scénario relaté en introduction, un navire percute une éolienne plantée et coule suite à une carence du balisage lumineux. Les règles de l'abordage ne peuvent jouer, puisque la turbine n'est pas flottante. Il y a donc application du régime de droit commun. Le fait générateur du dommage consiste ici dans la défaillance du balisage. Si un lien de causalité est prouvé entre ce fait générateur et les dommages, il faut ensuite déterminer le responsable. L'exploitant du parc a l'obligation de garantir la sécurité de celui-ci, ce qui implique des opérations de maintenance et d'entretien, notamment du balisage¹⁶⁸⁵. Il peut dans ce cas y avoir faute ou négligence sur la base des articles 1382 ou 1383 du code civil. L'exploitant peut-il tenter de s'exonérer partiellement de sa responsabilité en arguant du fait que le navire est entré dans le parc au mépris des règles encadrant la sécurité autour de celui-ci ?

L'article 1.3 e) de la convention de concession d'utilisation du domaine public maritime délivrée par le préfet de Seine maritime à la société Enertrag¹⁶⁸⁶ stipule que le concessionnaire est responsable de tous accidents et dommages causés à des tiers ainsi que des avaries pouvant survenir aux bateaux ou navires et aux ouvrages publics du fait des travaux de construction, de maintenance et de démantèlement du parc éolien, y compris en cas de défaillance du balisage maritime. Le préfet n'évoque pas ici la simple présence des engins. Si l'occurrence d'une collision d'une hydrolienne avec un navire paraît difficile, les hydroliennes étant généralement immergées, il est intéressant de relever la nuance apportée dans la convention de concession octroyée à EDF pour l'implantation de son parc démonstrateur d'hydroliennes au large de Paimpol dans son article 3.4 d) : « Sont à la charge du concessionnaire, sauf recours contre qui

signée à Londres le 20 octobre 1972 et entrée en vigueur le 15 juillet 1977) à une collision survenue le 21/11/2012 entre un navire de servitude et une éolienne du parc *Sheringham Shoal* situé en Mer du Nord au large de North Norfolk, que l'on suppose plantée sur le sol marin. Cette convention donne la définition suivante de la notion de navire : « tout engin ou tout appareil de quelque nature que ce soit, y compris les engins sans tirant d'eau, les navions et les hydravions, utilisé ou susceptible d'être utilisé comme moyen de transport sur l'eau » (Règle 2). La Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires du 2 novembre 1973 s'applique de façon plus large au « bâtiment exploité en milieu marin de quel que type que ce soit et englobant les hydroptères, aéroglosses, engins submersibles, engins flottants ou plateformes fixes ou flottantes. ».

¹⁶⁸⁵ L'autorisation préfectorale octroyée à Enertrag au titre de la loi sur l'eau précise que le balisage diurne et nocturne pendant les travaux et l'exploitation sont à la charge du permissionnaire (art.3-4).

¹⁶⁸⁶ Lauréate de l'appel d'offres éolien offshore lancé en 2004 mais dont le projet est compromis suite à un recours contre l'arrêté préfectoral ayant délivré la concession.

de droit, toutes les indemnités qui pourraient être dues à des tiers en raison de dommages causés par la présence des installations, des travaux de premier établissement, de modification, d'entretien ou de l'utilisation de ces installations ». Il semble logique que l'exploitant puisse se retourner contre le contrevenant aux règles de sécurité du parc. La convention mentionne ici la présence des engins. Ces stipulations semblent nous conduire davantage vers un régime de responsabilité sans faute, où l'exploitant se verrait attribuer le rôle de gardien de l'aérogénérateur, sur le fondement de l'article 1384 al.1 du code civil, se rapprochant ainsi du régime de responsabilité lié aux ouvrages publics.

Le gardien de l'engin voit sa responsabilité engagée sur la base de l'art 1384 du code civil si l'engin est source de dommages et sur la base de l'art 1382 si une faute est prouvée. Ces engins étant fixes, une des causes imaginables dans une éventuelle collision avec un navire pourrait consister en une négligence dans la maintenance et l'entretien de l'engin, dans la fixation de celui-ci. Dans le cadre du régime de l'article 1384 al.1 du code civil, la chose incriminée doit avoir occupé une place anormale ou avoir eu un comportement anormal. Seule la victime en situation régulière peut invoquer cet article car elle seule invoque une anormalité¹⁶⁸⁷.

Le régime de l'article 1384 al.1 n'est pas un régime subsidiaire à celui de l'article 1382 mais un régime autonome. Il a une portée générale et n'est écarté qu'au profit d'un régime spécifique établi par un texte spécial, comme celui de l'abordage notamment. Ce régime s'applique de façon normale aux meubles et de façon exceptionnelle aux immeubles. D'autre part, le fait d'une chose n'est pris en compte que s'il a joué un rôle actif¹⁶⁸⁸ dans la réalisation du dommage, la chose ayant été « l'instrument du dommage ». Si la chose n'a joué qu'un rôle passif, son gardien est irresponsable et la victime est implicitement présumée responsable de son malheur. Le rôle actif de la chose se traduit par quelque anormalité de celle-ci, dans son fonctionnement, ou son emplacement. Cette anormalité peut parfois résulter de la faute de son gardien.

Le rôle actif est présumé dans le cadre d'une chose mobile, alors que dans le cas d'une chose inerte, il doit être rapporté, soit par la preuve de son état, ou de sa situation anormale. Le propriétaire est présumé le gardien de la chose, il en a le pouvoir d'usage, de direction et de contrôle mais il peut transférer la garde. Il peut s'exonérer de sa responsabilité en démontrant la faute de la victime, peut être en raison de sa présence injustifiée dans le champ éolien au mépris des règles de sécurité. Le propriétaire de l'engin peut là aussi se retourner contre le fabricant de celui-ci s'il s'avère que le dommage provient d'un défaut de fabrication du produit, dans le cadre de l'article 1386-1 et s. du code civil¹⁶⁸⁹.

¹⁶⁸⁷ P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2010-2011, n°7695 et s.

¹⁶⁸⁸ *Ibid.* n°7800 et s.

¹⁶⁸⁹ A condition que l'engin soit considéré comme un « produit », soit un bien meuble (art. 1386-3 C. civ.).

2- La mise en jeu de la responsabilité du fait des produits défectueux ou des immeubles

Supposons maintenant qu'un navire-citerne en perdition entre en collision avec une éolienne offshore¹⁶⁹⁰. En raison de défauts techniques et de conception, les fondations de l'aérogénérateur s'avèrent trop rigides, le flanc du navire est déchiré et le navire coule. Les fondations et les pièces auraient dû être conçues pour qu'en cas d'impact avec un navire les dommages occasionnés au bateau et la libération des matières polluantes qui en découle puissent être évités¹⁶⁹¹. L'exploitant peut-il se retourner contre le fabricant ou le constructeur de la turbine ? L'article 1386-3 du code civil réserve l'application du régime de responsabilité du fait des produits défectueux aux meubles. Dans l'éventualité où l'éolienne offshore est plutôt qualifiée d'immeuble¹⁶⁹², l'article 1386 du code civil fait peser la responsabilité des dommages causés par celui-ci suite à un défaut d'entretien ou à un vice de construction sur le propriétaire de l'immeuble¹⁶⁹³. Toutefois une pratique courante dans le domaine innovant des énergies renouvelables consiste à prévoir des accords de dégagement de responsabilité contractuelle en faveur des ingénieurs et fabricants de composants. En effet, dans ces secteurs d'activité où aucune norme technique standard n'a encore été établie par manque de recul historique fiable, toute possibilité non encadrée d'être tenu pour responsable constituerait un risque inacceptable pour de nombreux acteurs¹⁶⁹⁴. Ces clauses seraient-elles validées par le juge en cas de recours contentieux ? Concernant les dommages de pollution au sein du parc, le chapitre 8 du Manuel relatif à l'Accord de Bonn¹⁶⁹⁵ a consacré un chapitre spécial aux parcs éoliens en mer. Il envisage les dommages de pollution aux hydrocarbures consécutifs à un abordage entre deux

¹⁶⁹⁰ Scénario présenté par *General Re Corporation and General Reinsurance*. AG 2012. Thème n°19 : Assurance responsabilité civile pour projets éoliens. Source: *Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) Standard : Konstruktive Ausführung von Offshore-Wind Energieanlagen*. 12 juin 2007 p.8

¹⁶⁹¹ Selon F. BIEHL, « *Collision Safety Analysis of Offshore Wind Turbines* », *Hamburg University of Technology*, Germany, 2005, des normes techniques spécifiques sont requises à cet effet par les autorités allemandes (ce qu'on appelle « *Collision Friendly Foundation Design* » (CFFD)).

¹⁶⁹² L'article 8 de la loi du 30 décembre 1968 (n°68-1181) sur l'exploitation du plateau continental qualifie pourtant les plates-formes et autres engins d'exploitation de meubles.

¹⁶⁹³ En outre l'article L.243-1-1 du code des assurances exclut les ouvrages maritimes de l'obligation d'assurance de la responsabilité décennale. Mais les constructeurs sont-ils responsables au titre de la garantie décennale ?

¹⁶⁹⁴ Le bureau Veritas a émis un guide de certification de projet pour les éoliennes offshore (*Guide on Offshore Wind Farm project Certification Based on IEC 61400 series – BV-WFPC100 -2012.*)

¹⁶⁹⁵ Adopté le 13 septembre 1983. Publié en France par le décret n°89-929 du 20 décembre 1989. Le point 5 du ch.8 prévoit ceci : « Avant d'accorder le permis de construire un parc d'éoliennes, l'idéal est que les autorités compétentes, œuvrant en étroite coopération avec le propriétaire du parc, étudient tout d'abord les effets que le parc envisagé est susceptible d'avoir sur la navigation. Des études de ce type ont été réalisées pour des zones de la mer du Nord dans le cadre du programme « Safety@sea ». Lorsqu'il est proposé de construire des parcs d'éoliennes à proximité de couloirs de navigation existants, il convient d'anticiper l'impact des navires à la dérive (en cas de perte de propulsion) ainsi que le risque de collision. Bien que des zones de sécurité soient prévues autour de chacun des pylônes ainsi qu'autour du parc, une collision avec un navire sinistré à la dérive dans le parc est une possibilité ».

navires qui se propageraient dans un parc éolien offshore¹⁶⁹⁶. Il prévoit dans ce cas la possibilité pour le propriétaire du parc de tenir l'armateur pour responsable et exiger de lui de procéder au nettoyage ou d'en rembourser les frais, dans le respect du principe pollueur payeur. Il est d'ailleurs recommandé de généraliser les Plans d'intervention et de préparation, à l'instar de la Belgique. Il faut noter que dans ce chapitre spécial de l'Accord de Bonn, les éoliennes en mer sont traitées juridiquement comme des plateformes pétrolières. Les propriétaires des parcs sont tenus pour responsables des éventuelles substances dangereuses qui s'échapperaient des turbines¹⁶⁹⁷ et ils doivent supprimer la pollution.

B- La mise en jeu de la responsabilité dans les autres parcs EMR

Concernant les autres engins EMR, la formule « engins flottants non amarrés à poste fixe » mérite d'être explicitée (1) pour l'application éventuelle du régime de l'abordage (2). Le principe de la limitation de responsabilité ne devrait pas pouvoir être revendiqué par les propriétaires de ces engins (3)

1- L'explicitation de l'expression « Engins flottants non amarrés à poste fixe »

Si cette formule paraît exclure les éoliennes plantées, on peut s'interroger sur son applicabilité à d'autres engins EMR tels que les éoliennes flottantes, qui sont stabilisées par des ancrages sans être véritablement amarrées à poste fixe. Le fait que ces éoliennes soient fixées par des câbles au sol marin pendant leur exploitation leur enlève-t-il leur caractère flottant ? Dans ce cas, ce serait le droit commun de la responsabilité terrestre qui s'appliquerait, alors même qu'elles sont localisées en pleine mer. Pour J.P. BEURIER, « l'amarrage suppose le saisissement du navire par un lien présentant une certaine sécurité pour l'engin, et le poste fixe suppose une certaine permanence qu'une simple prise de mouillage ne saurait présenter¹⁶⁹⁸ ». Ne pourrait-on pas leur transposer le régime du navire de forage, qui bénéficie des règles relatives à l'abordage même lorsqu'il est fixé au fonds de la mer par le travail du trépan¹⁶⁹⁹ ? Certes, le navire de forage est avant tout un navire, muni de moyens propres de propulsion lui permettant de se mouvoir seul lorsqu'il a terminé sa tâche « sédentaire ».

¹⁶⁹⁶ P. ROYER, *Géopolitique des océans. Qui tient la mer tient le monde*, PUF 2012 : « Le pétrole est le produit le plus transporté au monde : les deux tiers de la production mondiale sont exportés, ce qui représente un tiers du volume du transport maritime ».

¹⁶⁹⁷ Fuite éventuelle de fluides hydrauliques s'échappant des éoliennes offshore.

¹⁶⁹⁸ J.P. BEURIER, « Le droit de l'exploitation minière en mer » in *Droits maritimes*, Dalloz Action 2009 n°751-14 p.1090.

¹⁶⁹⁹ A. LUQUIAU *Jcl. Transport*, Fasc. 1055 : « Navire et autres bâtiments de mer. Engins « offshore ». Application des règles relatives aux événements de mer » Avril 2009, n°16 et s.

A. LUQUIAU¹⁷⁰⁰ pose la question pertinente de savoir « si la flottaison (ou la fixité) est une condition pour que l'engin entre en fonction » ou « si l'exploitation de l'engin « offshore » entraîne une certaine fixité » ? L'éolienne flottante ne nécessite pas à proprement parler d'être flottante ou fixe pour entrer en fonction et produire de l'électricité, puisqu'il suffit que les pâles soient actionnées par le vent. Toutefois une exploitation durable dans le temps de la force cinétique du vent pour produire de l'électricité et l'injecter dans les câbles électriques requiert une certaine stabilité. On peut donc dire aussi que l'exploitation de l'engin « offshore » entraîne une certaine fixité. L'engin houlomoteur nécessite par contre d'être en contact avec la surface ou la colonne d'eau pour fonctionner. Au demeurant, l'article 10 de la loi du 30 décembre 1968 relative à l'exploration et à l'exploitation du plateau continental soumet les plates-formes et autres engins d'exploration ou d'exploitation susceptibles de flotter aux règles relatives à la prévention des abordages en mer.

L'amarre désigne ici un câble ou un lien destiné à maintenir le navire en place. Elle doit ensuite être reliée à un poste fixe. L'appréciation de la fixité du poste se fait au moment de l'abordage sans rechercher si l'engin est amarré définitivement ou depuis un certain temps à cet endroit. Cependant dans la mesure où l'exclusion des engins flottants amarrés à poste fixe constitue une exception au principe de l'assimilation des engins flottants au navire, elle doit être interprétée strictement. Ainsi, une interprétation stricte des termes « postes fixes » induit que le mode de fixation relié à l'amarre ne soit pas soumis aux aléas de l'élément liquide et qu'il ne puisse pas en subir l'influence, soumettant ainsi tous les engins, même partiellement stabilisés en mer, aux règles de l'abordage¹⁷⁰¹.

2- L'application du régime de l'abordage

Le régime de l'abordage est un régime dérogatoire du droit commun. Contrairement à l'application de l'article 1384 al.1 du code civil, qui prévoit une présomption de responsabilité du fait des choses dont on a la garde, celui relatif à l'abordage organise un régime de responsabilité fondé sur la preuve de la faute du navire¹⁷⁰². Nous nous situons dans le cas d'un événement de mer. Ce régime particulier se justifie par la spécificité du milieu dans lequel la collision survient, à savoir le milieu marin. C'est probablement la raison pour laquelle les engins amarrés à poste fixe ne sont pas concernés, ceux-ci étant en général situés plutôt dans des zones

¹⁷⁰⁰ *Ibid.* n°18.

¹⁷⁰¹ *Ibid.* n°25.

¹⁷⁰² Solution identique au droit commun (art.1382 C. civ.) De même en cas d'abordage fortuit : similitude avec l'événement imprévisible et insurmontable du droit commun. Par contre, en cas de fautes communes dans l'abordage, il n'y a pas de solidarité pour les dommages matériels vis-à-vis des tiers, et en cas d'abordage douteux, chacun supporte les réparations de ses propres dommages, la présomption de faute de l'art. 1384 al.1 ne joue pas.

portuaires et non en pleine mer. Dès lors, une éolienne flottante installée au milieu de la mer, et donc n'ayant pas a priori les attributs du navire puisqu'ancrée au fonds de la mer, n'est-elle cependant pas soumise elle aussi aux événements de mer, au risque de mer ? Le propriétaire ou exploitant de l'engin ne mérite-t-il pas, comme le propriétaire du navire, de bénéficier du régime dérogatoire de l'abordage, soit la nécessité de prouver sa faute dans l'exploitation de la machine à l'origine de l'accident ? Pour qu'il y ait qualification d'abordage, point n'est besoin de heurt physique entre les deux « navires », le remous provoqué par un autre navire suffit. Ce régime de faute prouvée bénéficiant au propriétaire de l'engin EMR se justifierait d'autant plus que la circulation dans les parcs EMR est réglementée. Il faudrait donc distinguer les cas où le navire victime de la collision avec l'engin EMR avait ou non l'autorisation de circuler dans le parc. Le principe du mécanisme de responsabilité pour faute a toutefois pour fonction de sanctionner un comportement en l'occurrence celui du capitaine du navire, alors qu'ici c'est la simple présence ou l'activité des engins EMR qui sont susceptibles de causer des dommages. Peut-on évoquer la faute des engins EMR ? Il est vrai qu'il semble incongru d'évoquer la notion de faute du navire, soit d'imputer une faute à une chose, puisque « le navire n'a pas de volonté, ni ne peut être taxé de négligence. Il n'a pas non plus la personnalité morale, et ne peut donc être patrimoniallement responsable de quoi que ce soit. La faute (incluant la négligence) est nécessairement le fait de quelqu'un.¹⁷⁰³ ». La faute du navire désigne en réalité une faute humaine et non le fait d'une chose au sens de l'article 1384, al.1^{er} du code civil et vise « toutes les fautes que les hommes responsables de l'entretien ou de la manœuvre pouvaient commettre¹⁷⁰⁴. » La faute du navire est donc la faute commise par les personnes qui le manœuvrent. Elle peut désigner aussi, de façon largement entendue, la faute personnelle de l'armateur ou du capitaine, du pilote ou par tout préposé.

Le cas le plus marquant dans lequel l'engin EMR pourrait plus aisément être traité d'engin flottant non amarré à poste fixe est celui évoqué en introduction, du prototype *Oceanlinx*. La plateforme s'est détachée de ses ancrages, partant à la dérive. Le naufrage s'est produit à 93 milles au large de Port Kembla (Australie). L'engin n'a ici causé aucun dommage à l'environnement si ce n'est la dispersion de quelques litres d'huile destinés à la lubrification des turbines. Mais s'il avait heurté un autre engin flottant, ou navire et lui avait causé des dommages ? On pourrait considérer qu'il y a une faute de la part de l'exploitant qui n'a pas pris les mesures nécessaires pour éviter le dommage. Sera-t-il dans ce cas considéré comme un

¹⁷⁰³ O. JAMBU-MERLIN, « A l'abordage ! Pour une unicité du régime de l'abordage », *DMF* 2009, p.381.

¹⁷⁰⁴ R. RODIERE, « La faute dans l'abordage », *DMF* 1971 P.195.

navire¹⁷⁰⁵? Si oui, les règles de l'abordage peuvent s'appliquer. Il faut préciser que l'application des règles d'abordage n'exclut pas en cas de dommages corporels entraînant le décès celle du droit pénal commun : tel que le délit d'homicide involontaire¹⁷⁰⁶ ou atteinte volontaire à l'intégrité de la personne¹⁷⁰⁷. L'engin pourrait être qualifié d'épave. S'il n'est pas navire, il sera fait application comme pour le cas de collision avec un tiers du droit commun de la responsabilité pour faute, ce qui laisse ensuite la faculté à l'exploitant de se retourner contre le fabricant des ancrages éventuellement, ou le contrôleur technique.

3- L'invocation du principe de limitation de responsabilité

Le principe de la limitation de responsabilité en droit maritime s'applique-t-il aux propriétaires d'engins EMR ? Ce principe repose sur l'idée que l'armateur n'est pas propriétaire d'un bien ordinaire. Le navire est un capital de grande valeur soumis à un risque tout aussi grand. En réalité, ce n'est pas la responsabilité qui est limitée, mais plutôt le montant de la réparation qui en découle. Le principe de limitation de responsabilité est codifié désormais à l'article L.5121-3 du code des transports et s'inspire de la Convention de Londres du 19 novembre 1976 en matière de créances maritimes. Ce mécanisme de limitation de responsabilité ne s'applique qu'aux navires en principe, et les juges du fond ne sont pas tenus par les qualifications données aux engins par l'administration, ni par des bureaux de certifications. Un engin qui serait qualifié de navire au regard des règles de l'abordage ne le serait pas automatiquement pour l'appréciation de ce principe¹⁷⁰⁸ qui est de plus en plus revendiqué par les exploitants des industries offshore. Il serait inéquitable d'appliquer la limitation de responsabilité du propriétaire uniquement au navire entré en collision avec l'engin EMR et non à l'engin lui-même, compte tenu de la valeur de ce dernier. En outre, dans le cas de dommage à un tiers causé par les deux, cela amènerait ce tiers à se retourner contre le propriétaire de l'engin et non celui du navire pour obtenir une réparation intégrale de son préjudice. Il n'existe actuellement aucune réglementation sur le risque provenant de la présence d'engins offshore en mer et qui entraînerait la responsabilité du propriétaire. Ces engins affrontent cependant les mêmes aléas de la mer que les navires. L'application de la limitation de la responsabilité demande la présence d'un péril venu de la mer¹⁷⁰⁹.

¹⁷⁰⁵ Les tribunaux considèrent généralement que la rupture de l'amarrage d'engin à poste fixe, s'il flotte, n'entraîne pas l'application des règles de l'abordage si cet engin heurte un navire (CA Rouen, 10 nov. 1959, *DMF* 1960, p.491)

¹⁷⁰⁶ Article 221-6 du Code pénal

¹⁷⁰⁷ Article 222-19 du Code pénal

¹⁷⁰⁸ P. PESTEL-DEBORD, « Dépourvu de moyens de propulsion et de direction, un chaland n'est pas un « navire » : son propriétaire ne peut limiter sa responsabilité », *DMF* 2006

¹⁷⁰⁹ *Jcl. Transports op.cit.* n°176.

Ainsi, il paraît évident qu'une clarification du statut des engins est nécessaire et qu'une harmonisation des différents régimes de responsabilité pouvant être mis en jeu dans le cadre de l'activité de production d'électricité EMR est souhaitable. Cette harmonisation ne sera toutefois pas aisée, compte tenu des caractéristiques techniques très disparates des engins EMR. En outre, le régime de responsabilité lié à l'ouvrage public, tendant à protéger le tiers, est animé d'une logique différente de celle qui anime le système de responsabilité en droit maritime. Sans remettre en cause la *summa divisio* droit public-droit privé, il faut unifier ce régime, au risque de créer des situations incongrues, où le même engin pourrait être à la fois ouvrage public et assimilé au navire créant ainsi la confusion quant à la juridiction compétente, le régime de la faute, et le mécanisme d'indemnisation. En effet, l'article L.5000-2 du code des transports désigne aussi comme navires les engins flottants, construits et équipés pour la navigation maritime, affectés à des services publics à caractère administratif ou industriel et commercial. D'autant plus que les notions de responsabilité pour faute et sans faute sont aussi appliquées par le juge administratif. Il retient désormais la notion de garde en matière de travaux publics, ou les ouvrages dangereux. A quand un principe général de responsabilité publique du fait des choses¹⁷¹⁰? Quant à la responsabilité en droit maritime, un équilibre doit être créé entre la protection des tiers et la sécurité juridique essentielle non seulement aux exploitants de cette activité, mais aussi à leurs assureurs. La création d'un régime de responsabilité propre aux ouvrages de production d'énergie en mer serait sans doute judicieux.

¹⁷¹⁰ D. CHABANOL, « Et si la solution de l'arrêt Blanco avait été inversée ? », in *De l'intérêt de la summa divisio Droit public-Droit privé ?* Dalloz 2010, p.285.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Dans une perspective de développement durable, la contribution du marché de l'électricité EMR à la valorisation durable du milieu marin se justifie au regard des contraintes que ce marché fait peser sur l'environnement marin d'une part, en raison des nombreuses incertitudes persistantes quant aux impacts sur la faune et la flore marines, invitant ainsi les acteurs du marché à multiplier sans relâche les études scientifiques visant à mieux connaître cet écosystème encore empreint de mystères, et sur l'espace marin d'autre part, eu égard aux restrictions de liberté d'usage de l'espace réclamées par le marché de l'électricité EMR.

Concrétisée par l'émergence d'un bien valorisable, le bien électricité, à partir d'une chose commune hors-marché, il y participe dans une certaine mesure. La valorisation économique du milieu marin prend sa source dans le régime d'implantation des installations EMR, mais pourrait aussi provenir du statut de la ressource EMR, si elle était qualifiée de ressource naturelle valorisable. Sans en faire l'objet d'un marché à proprement parler, l'attribution d'une certaine valeur à la ressource énergétique marine constitue une piste de valorisation du milieu marin, comme la ressource « vagues » représente une valeur économique, sociale et culturelle pour la communauté des surfeurs¹⁷¹¹.

Le marché de l'électricité EMR pourrait devenir un outil de valorisation économique durable plus prégnant. Dans l'attente de la création de régimes juridiques plus adéquats qui accompagneront, nous l'espérons, le développement des EMR, des outils juridiques existants peuvent aider le marché de l'électricité EMR à valoriser davantage le milieu marin. Notamment, lorsque des parcs EMR sont autorisés au sein de sites Natura 2000, la possibilité offerte à l'autorité administrative de conclure des contrats Natura 2000 (Article L.414-3 du code de l'environnement) avec les exploitants de ces parcs constituerait un moyen de valorisation économique du site. Ces exploitants pourraient recevoir une aide financière de l'État en contrepartie de mesures prises pour la conservation des habitats naturels et de la faune dans ces zones. La technologie de l'énergie thermique des mers permet de remonter des profondeurs des nutriments pour l'aquaculture, les houlomoteurs peuvent dans certains cas agir en brise-lame vis-à-vis de la côte, et les éoliennes peuvent être associées à des installations aquacoles¹⁷¹². De façon générale la synergie entre les usages est favorisée dans la mesure du possible.

¹⁷¹¹ Voir *supra* p. 254.

¹⁷¹² S. MICHALAK, *Énergies marines. Un droit en construction*, Mémoire de Master II, Droit de la protection de l'environnement, Faculté de droit d'Aix en Provence, 2009-2010

Des *Ocean Trusts*, créés au niveau national et international, dont les fonds seraient alimentés par les revenus tirés du marché des EMR, pourraient être utilisés pour l'approfondissement des études des écosystèmes marins, dans le cadre de l'application du principe de précaution, pour les études d'impact environnementales mais aussi pour la résolution des conflits entre usagers de la mer.

Les outils de planification des activités en mer pourraient à terme intégrer davantage en amont les règles de résolution des conflits d'usage potentiels, les règles de sécurité en mer ainsi que les régimes de responsabilités en cas de dommages liés à une collision. Des outils spécifiques à la gestion de la sécurité dans les parcs éoliens en mer, vis-à-vis des autres activités telles que la pêche notamment, pourraient être créés, tels le Plan d'intervention maritime (PIM)¹⁷¹³. Les aires constituées par les parcs EMR et leurs zones de sécurité pourraient à terme devenir de véritables zones maritimes, dotées d'une réglementation spécifique, dictant non seulement les règles de sécurité maritime, mais prévoyant un régime de responsabilité en cas de dommages de collision propre aux ouvrages de production d'électricité en mer, un régime spécifique d'attribution de droits d'usage, de résolution des conflits d'usage, un mode de gouvernance adapté tenant compte des exigences tant du droit national qu'international.

Tous ces outils ne prennent toutefois pas en compte le caractère hétérogène du régime juridique du milieu marin. En effet, la valorisation économique du milieu marin s'inscrit aussi dans une démarche planificatrice stratégique, dont le succès dépend de la conciliation de l'exclusivité dans l'usage avec le régime juridique du milieu marin. La reconnaissance de la production d'électricité EMR comme activité de service public, ou l'attribution de missions de service public aux exploitants EMR, dans le cadre du service public de l'électricité, voire du service public de l'environnement, permettrait sans doute de consacrer davantage la légitimité du marché de l'électricité EMR à s'approprier un espace commun à tous.

Les règles juridiques entourant les EMR doivent être spécifiées au regard des particularités du régime juridique protéiforme du milieu marin. Elles ne peuvent constituer qu'une simple adaptation de règles juridiques « terrestres ». Les outils de planification maritime notamment doivent prendre en considération le régime d'usage commun propre au milieu marin. Le concept de cadastre marin multifonctionnel tente de prendre en considération le caractère tridimensionnel du milieu marin et l'absence de régime de propriété privée qui le caractérise.

¹⁷¹³ Voir le bilan du débat public relatif au projet éolien en mer des Iles d'Yeu et de Noirmoutier qui s'est déroulé du 2 mai au 7 août 2015, dressé par le président de la CNDP le 5 octobre 2015, p. 12.

Ce concept étudié, voire même déjà mis en œuvre dans certains pays, comme les États-Unis¹⁷¹⁴, pour faciliter le déploiement du marché des EMR, mérite d'être approfondi¹⁷¹⁵.

Le marché de l'électricité EMR, dans l'esprit de l'œuvre de Raoul Dufy, la *Fée Électricité*¹⁷¹⁶, a vocation aussi à contribuer davantage à la valorisation éthique du milieu marin, en améliorant le bien-être collectif. Elle invite le citoyen, à travers la procédure de débat public, à s'exprimer, bien que la portée de cette procédure soit sujette à critiques, notamment sur l'aptitude du public à pouvoir s'exprimer sur la qualité du projet en l'absence de communication de documents essentiels¹⁷¹⁷. Lors du débat public relatif au projet éolien en mer de l'Île d'Yeu, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a considéré que l'annexe relative à l'environnement dans la réponse à l'appel d'offre était communicable au public¹⁷¹⁸. Les débats publics relatifs aux EMR pourraient aussi être un vecteur d'expression plus prégnant pour le citoyen sur les grandes questions énergétiques. Il faut espérer que la nouvelle loi 2018-727 du 10 août 2018 « Pour un État au service d'une société de confiance » puisse constituer à ce sujet une avancée significative en incluant le citoyen dans les débats relatifs aux choix stratégiques des parcs EMR. À l'échelle de l'usager du milieu marin, la valorisation éthique pourrait davantage se concrétiser à travers les notions de patrimoine commun, voire de *public trust*. L'analyse relative aux biens publics mondiaux a révélé le caractère transfrontière des EMR, au-delà du marché de l'électricité EMR, appelant l'émergence d'une gouvernance mondiale des océans.

¹⁷¹⁴ <https://marinecadastre.gov/nationalviewer/>

¹⁷¹⁵ S. MICHALAK, « Cadastre la mer pour mieux gérer les conflits d'usage », *La Revue maritime* n°508 mars 2017 et n°509 juillet 2017.

¹⁷¹⁶ La *Fée Électricité* est une peinture de Raoul Dufy réalisée en 1937 sur commande de la Compagnie parisienne de distribution d'électricité, avec pour objectif de « mettre en valeur le rôle de l'électricité dans la vie nationale et dégager le rôle social de premier plan joué par la lumière électrique ».

¹⁷¹⁷ Lors du débat public (notamment celui se rapportant au projet de l'Île d'Yeu), le maître d'ouvrage se base, pour son argumentation, sur deux documents : la réponse à l'appel d'offre et l'étude d'impact. Or, la réponse à l'appel d'offres contient des informations confidentielles couvertes par le secret industriel ou commercial, tandis que l'étude d'impact n'est pas communicable avant 2017 (Voir le bilan du débat public relatif au projet éolien en mer des Îles d'Yeu et de Noirmoutier précité, p. 6).

¹⁷¹⁸ Décision de la CADA du 18 juin 2015. Le maître d'ouvrage quant à lui a considéré que cette communication incombait à l'État.

CONCLUSION GENERALE

L'étude croisée des rapports entre le marché de l'électricité EMR et le milieu marin a ainsi permis de dégager certaines spécificités juridiques des énergies marines renouvelables, au regard notamment des autres énergies renouvelables exploitées à terre. Ces spécificités résident dans le régime d'usage commun gouvernant le milieu marin. Elles ont trait aussi au rôle prépondérant de l'État, ou au rapport avec le citoyen. Éloignées de son lieu de vie, les EMR engendrent certes moins de nuisances. Le citoyen peut toutefois difficilement s'approprier leur exploitation, contrairement à l'électricité d'origine éolienne ou solaire, qu'il peut produire dans son jardin ou sur le toit de son habitation. Il peut néanmoins trouver sa place vis-à-vis des EMR, dans le cadre de la démocratie environnementale, au cours des débats publics, en tant qu'usager de la mer, ou dans le cadre de la protection du droit à un environnement sain, du droit au développement ou à la paix. Le marché de l'électricité EMR s'ouvre également au financement participatif, autorisant à envisager la production d'électricité EMR comme un bien collectif, au-delà de la notion de bien public, et le citoyen comme un acteur du marché de l'électricité EMR. Cette dimension éthique s'exprime aussi à travers la notion d'intérêt général, voire de service public, qui imprègne les EMR, bien que l'intérêt général puisse légitimer aussi des atteintes aux libertés comme la propriété privée dans le cadre des déclarations d'utilité publique, la liberté de navigation ou le libre usage du domaine public.

Bien que les EMR présentent de réelles spécificités juridiques, peut-on avancer qu'il existe un droit des EMR, en tant que droit autonome ? L'appellation « droit de » n'est pas anodine et reflète en principe, soit « la reconnaissance de l'existence d'une branche du droit ou tout au moins, la réunion d'un ensemble normatif sous la forme d'un système¹⁷¹⁹ ». Un système juridique à part entière se définit notamment par ses instruments juridiques particuliers. De tels instruments ont certes été mis en place dans le cadre des EMR. Outre la taxe spécifique aux éoliennes marines (art. 1519 B et C du CGI), l'instauration d'une procédure de dialogue concurrentiel peut être citée. Pour M. WALINE, une branche du droit se reconnaît à l'existence d'une juridiction propre¹⁷²⁰. Or le décret du 8 janvier 2016¹⁷²¹ a désigné la CAA de Nantes comme la juridiction spécifique aux EMR.

¹⁷¹⁹ A. SAOUT, *La construction progressive du droit de l'eau, Contribution à l'analyse systémique du droit*, Thèse, UBO, EDSM, nov. 2007, p.37.

¹⁷²⁰ M. WALINE, *Droit administratif*, 9^eéd. Sirey, 1963, pp. 18 et s.

¹⁷²¹ Décret n°2016-9 du 8 janvier 2016 concernant les ouvrages de production et de transport d'énergie renouvelable en mer.

Pour la plupart des auteurs néanmoins, l'émergence d'une discipline nouvelle se reconnaît dans son caractère autonome par rapport à une discipline plus générale¹⁷²². Le droit de l'eau notamment est autonome¹⁷²³ puisqu'il met en œuvre des instruments de planification issus certes du droit de l'urbanisme mais adaptés à la gestion de la ressource aquatique, et il met en place une police administrative appropriée au domaine de l'eau¹⁷²⁴.

L'émergence d'une discipline nouvelle se reconnaît donc dans son caractère autonome par rapport à une discipline plus générale. Or le droit des EMR ne présente pas de caractère d'autonomie par rapport au droit de l'énergie, dont « l'existence (...) en tant que champ juridique, c'est-à-dire en tant qu'ensemble normatif suffisamment homogène pour bénéficier d'une identité propre, constitue une réalité dans le système juridique français. (...) Le droit interne de l'énergie trouve plus largement sa source dans l'existence d'un ordre juridique de l'énergie¹⁷²⁵. Pour la professeure C. BOITEAU, l'attribution de ce critère au droit des énergies renouvelables n'est pas actuellement envisageable, tandis que le droit de l'énergie commence à peine à devenir autonome¹⁷²⁶. L'exploitation des EMR n'a pas, ou pas encore donné naissance à un droit spécifique, contrairement à certaines activités maritimes telles que le transport qui sont à la base de l'existence d'un droit autonome, tel le droit maritime.

En outre, si un droit des EMR devait exister, quels seraient son objet et sa finalité ? Le droit de l'eau est défini par son objet, qui est la gestion et la protection de la ressource en eau, patrimoine

¹⁷²² G. VEDEL, s'interrogeant sur l'existence d'un droit économique, propose deux critères de l'existence d'un droit. Selon lui, « l'autonomie apparaît d'abord toutes les fois que l'application à une matière des principes généraux et des méthodes de raisonnement empruntés purement et simplement à une discipline existante conduit à des inexactitudes, et elle apparaît aussi, plus subtilement, quand la matière considérée, bien que ne mettant apparemment en œuvre que des principes et des méthodes empruntés à des branches existantes, en fait une sorte de combinaison chimique ayant un caractère de nouveauté » (G. VEDEL, « Le droit économique existe-t-il? », in *Mélanges Pierre Vigreux*, col. des travaux et recherches de l'IPA-IAE Toulouse, Tome II, 1980, p. 770).

¹⁷²³ A. SAOUT, *La construction progressive du droit de l'eau, Contribution à l'analyse systémique du droit*, Thèse, UBO, EDSM, nov. 2007, p.37. A. SAOUT demeure toutefois prudent en ajoutant que « le particularisme n'est pas l'autonomie ».

¹⁷²⁴ Selon J. CARBONNIER (J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Collection Quadrige, PUF, Paris 2004, p.40) il faut que la branche du droit en question fasse état de « phénomènes juridiques foncièrement différents de ceux que l'on rencontre ailleurs, postulant de ce fait des méthodes renouvelées ».

¹⁷²⁵ C. KROLIK, *Contribution aux fondements du droit de l'énergie*, thèse soutenue le 14 septembre 2011, Université de Limoges, p.39 et s : « l'ordre juridique regroupe un ensemble de règles doué d'une unité telle qu'il nous est permis de l'appréhender comme un système. Tout ordre juridique repose sur une institution définissable comme une forme sociale établie dans la durée. Un ordre juridique est constitué d'un ensemble de normes prescrivant aux organes de cet ordre d'appliquer des sanctions ».

¹⁷²⁶ C. BOITEAU, « Mise en perspective des fondements internationaux et européens du droit de l'énergie renouvelable », in *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques*. Sous la dir. de G. GUEGUEN-HALLOUET et H. LEVREL, Actes du colloque de Brest. 11 et 12 octobre 2012, Éditions Pédone 2013, p. 7 : « s'il existe aujourd'hui des dispositions législatives et réglementaires qui organisent et réglementent le développement des énergies renouvelables, elles empruntent au droit de l'environnement, de l'urbanisme, de la propriété des personnes publiques, au droit économique ou au droit de l'énergie qui tend, tout juste, à acquérir un statut d'autonomie, plus qu'elles ne constituent un droit autonome. L'architecture du code de l'énergie témoigne, formellement, de cette absence d'autonomie ».

commun de la nation. Il est également défini par sa finalité. Le droit de l'environnement est défini par sa finalité qui est de « supprimer ou de limiter l'impact des activités humaines sur les éléments ou les milieux naturels¹⁷²⁷». Le droit de l'eau, qui est lié intrinsèquement au droit de l'environnement, se définit par sa finalité liée au développement durable. Elle comporte trois objectifs : écologique, social et économique, soit permettre les multiples usages de l'eau et une gestion durable de l'eau¹⁷²⁸. L'objet du droit des EMR pourrait résider dans la création d'outils et de procédures d'autorisation spécifiques, d'un régime d'occupation du DPM naturel et de la colonne d'eau de mer dédié aux EMR, visant à apporter une plus grande sécurité juridique aux investisseurs, afin de protéger l'activité d'intérêt général de production d'électricité EMR. Comme l'exprime J.L. BERGEL, « le droit est avant tout un instrument de sécurité et par là de liberté. Ce n'est que s'il peut prévoir les conséquences qui s'attacheront à ses actes que l'homme pourra décider sciemment d'entreprendre une activité¹⁷²⁹».

L'on pourrait ainsi tendre vers la création d'un droit plus « performant¹⁷³⁰». Rendre le droit plus performant peut signifier aussi « mettre le droit au service d'une cause qui lui est extérieure¹⁷³¹». Ainsi, la performance du droit des EMR se reflèterait dans sa finalité, résidant notamment dans la valorisation économique, éthique et environnementale du milieu marin. Selon J.L. BERGEL, le droit tend généralement « vers « le juste partage, la bonne conduite des individus, leur utilité, leur plaisir, leur sécurité, leur bien-être » ...ou vers « la puissance de la nation, le progrès de l'humanité, le fonctionnement régulier de l'organisme social » (...) D'autres évoquent (...) la protection contemporaine de l'environnement, de la qualité de vie, des consommateurs¹⁷³²». Le milieu marin, grâce aux EMR, serait ainsi en voie de devenir un véritable vecteur de la transition énergétique et écologique.

A défaut de constituer pour l'heure un droit autonome, les spécificités juridiques des EMR se sont traduites dans l'évolution d'un cadre juridique propice à leur essor qui mérite d'être parachevé, pour favoriser encore davantage leur développement, en consacrant la légitimité d'une activité de service public, ou contribuant au service public, tout en protégeant les intérêts

¹⁷²⁷ M. DESPAX, *Droit de l'environnement*, LITEC, 1980, p. IX, cité par A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, PUF 2002-2007, p.53.

¹⁷²⁸ Thèse d'A. SAOUT *op.cit.* p.230 : le fait que les règles composant le droit de l'eau soient hétérogènes n'enlève rien à l'unicité du système juridique du droit de l'eau. Un système peut contenir des dispositions de droit public et privé. La finalité du droit de l'eau est aussi dictée par les exigences du droit de l'Union européenne.

¹⁷²⁹ J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd. Dalloz, Paris 2012, n°103, p.129.

¹⁷³⁰ J. CAILLOSSE, *L'État du droit administratif*, Collection Droit et Société, Maison des sciences de l'homme, Série Droit n°56, LGDJ Paris 2015, p.78.

¹⁷³¹ *Ibid.*

¹⁷³² J.L. BERGEL précité n°23 p.31.

des investisseurs et exploitants. L'intervention du secteur privé, suscitée par l'initiative publique, se révèle primordiale sur ce marché d'intérêt général. Participant également à la création d'un véritable cadre juridique des EMR, l'élaboration de documents techniques par les organismes de certification relatifs aux caractéristiques des engins EMR sont susceptibles, par le jeu du mécanisme d'internormativité, de contribuer à la création d'un statut juridique spécifique de ces engins¹⁷³³. La recherche scientifique devient ainsi un « auxiliaire de précision », « un laboratoire au service du législateur¹⁷³⁴ ». C'est la raison pour laquelle l'État n'hésite pas à adopter des politiques publiques favorables au soutien des activités de recherche et à soutenir la création de partenariats publics privés institutionnels (PPPI) tels que France Énergies Marines.

La recherche et l'évolution technologiques jouent un rôle fondamental dans l'évolution du cadre juridique des EMR. Elles peuvent d'une part contribuer à libérer l'activité de production d'électricité EMR de certaines contraintes juridiques. Le soutien à la recherche sur la technologie d'éolienne flottante par rapport aux éoliennes posées permet de reconsidérer les enjeux juridiques liés à l'utilisation du sol de la mer territoriale ou du plateau continental, de limiter les conflits d'usages en éloignant les parcs des côtes. La recherche sur un mode d'exploitation de l'énergie thermique des mers n'utilisant pas d'ammoniac¹⁷³⁵ éviterait sans doute le classement de cette activité au titre de la législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE).

La recherche technologique facilitera d'autre part l'intégration de la production d'électricité EMR dans le marché de l'électricité. Elle se traduira à terme par une standardisation et une augmentation de l'efficacité des engins EMR, conduisant, selon le phénomène économique de la « courbe d'apprentissage », à une baisse des coûts de production de l'électricité, et partant du prix de l'électricité EMR. La production d'électricité EMR sera ainsi susceptible d'intégrer

¹⁷³³ M. LANORD-FARINELLI, « La norme technique : une source du droit légitime ? », *RFDA*, 2005, p. 738 : « Lors de la création d'une norme juridique, l'internormativité exprime le passage d'une norme technique, scientifique ou sociale dans l'ordre juridique. La norme non juridique est ainsi consacrée telle quelle si elle est reprise *in extenso*, ou indirectement si elle inspire simplement le contenu de la norme juridique en cours d'élaboration ». Ce phénomène d'internormativité est très présent en droit de l'environnement et dans le domaine des énergies renouvelables.

¹⁷³⁴ A. POMADE, « Le phénomène d'internormativité en droit de l'environnement, illustration par l'utilisation des énergies renouvelables en mer », *Droit de l'environnement*, n°193, septembre 2011.

¹⁷³⁵ S. MICHALAK, *Énergies marines. Un droit en construction*, Mémoire de Master II, Droit de la protection de l'environnement, Faculté de droit d'Aix en Provence, 2009-2010, p. 11 : « Il faut au moins une différence de température de 20° C entre l'eau chaude de surface et l'eau froide de profondeur, d'où l'obligation d'exploiter cette technologie exclusivement dans les zones tropicales où la température des eaux de surface est constante peu importe le moment de l'année. La chaleur de l'eau de surface sert à vaporiser un fluide, comme l'ammoniac (qui passe à l'état gazeux à 28°C), afin de le faire passer sous pression (7 bars environ) dans une turbine produisant de l'électricité. L'eau profonde à 4°C, est pompée et utilisée pour refaire passer l'ammoniac à l'état liquide. Le système produit plus d'énergie qu'il n'en consomme ».

le véritable marché de l'électricité, rendant obsolète le jeu de l'obligation d'achat et les garanties sur les prix d'achat.

Le développement technologique des réseaux européens d'interconnexion en mer facilitera le respect du principe de libre circulation de la marchandise électricité dans le marché intérieur, ainsi qu'une plus grande sécurité d'approvisionnement énergétique. La notion de circulation est primordiale pour délimiter un marché. C'est la raison pour laquelle, bien que les régions ultrapériphériques (RUP) fassent partie du territoire de l'Union européenne¹⁷³⁶, les micro-marchés EMR qui sont susceptibles de s'y créer ne peuvent intégrer le marché intérieur de l'électricité de l'Union européenne dans la mesure où la marchandise électricité ne peut circuler de la métropole à ces zones éloignées, dans l'état actuel des techniques. L'électricité est une marchandise non stockable, un flux qui nécessite des structures pour pouvoir être acheminée.

Là encore, la recherche technologique joue un rôle majeur. Le rapport du Sénat sur les ZEE en outre-mer¹⁷³⁷ met en évidence, « parallèlement au développement de l'exploitation de sources d'énergie non intermittente, telle que l'ETM¹⁷³⁸, la question du transport et du stockage de l'électricité produite, (...) paramètre important s'agissant de sources d'énergie situées loin des lieux de consommation. La production d'hydrogène pour le stockage et le transport d'énergie renouvelable semble à ce jour indispensable au développement des EMR. Elles pourraient permettre non seulement de satisfaire les besoins locaux mais aussi d'exporter l'énergie produite. Sont donc envisagées à la fois la construction d'installations fixes de quelques mégawatts à quelques dizaines de mégawatts pour alimenter les îles et des installations flottantes, plus éloignées des côtes, produisant par exemple par électrolyse de l'hydrogène transporté ultérieurement par navire spécialisé. Ces usines flottantes comparables aux FPSO (*Floating Production Storage and Offloading*) utilisées pour la production pétrolière offshore pourraient avoir des capacités unitaires de plusieurs centaines de mégawatts ».

¹⁷³⁶ Voir *supra* note 32.

¹⁷³⁷ J.E. ANTOINETTE, J. GUERRIAU, R. TUHEIAVA, Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outremer sur les zones économiques exclusives (ZEE) ultramarines. *Le moment de vérité*. n°430, Sénat, 9 avril 2014 p.37.

¹⁷³⁸ *Ibid* : « l'ETM est en cours de développement en Martinique à la suite de la signature d'une convention entre la région et DCNS pour la réalisation d'un prototype ETM de 10 mégawatts ainsi qu'en Polynésie française sur la base d'études réalisées par la société Pacific OTEC. Dans cet environnement encore incertain lié au caractère expérimental des techniques et aux incertitudes sur les prix, les territoires auraient grand intérêt à connaître plus précisément leur potentiel en matière d'énergie marine. Ils pourraient pour se faire s'inspirer de l'atlas du potentiel de développement des EMR réalisé par la Polynésie française et évoqué par Jacky Briant, ministre de l'environnement et des mines du gouvernement de la Polynésie française lors de son audition par la délégation le 15 novembre 2012. Cet atlas fait apparaître le fort potentiel d'ETM en Polynésie française mais aussi de profondeurs importantes très près des côtes réduisant ainsi les coûts d'investissement. La Polynésie a donc tout intérêt à développer le SWAC (climatisation par l'eau des océans), technologie qui consiste à utiliser l'eau froide des profondeurs des mers pour refroidir par contact, grâce à un échangeur, l'eau du circuit des climatiseurs ».

Ainsi, hormis son utilisation pour pallier les problèmes d'intermittence des EMR¹⁷³⁹ au sein des réseaux électriques traditionnels¹⁷⁴⁰, tel que l'éolien en mer, le développement de grandes capacités de stockage pourrait faciliter la circulation de l'électricité produite à partir des EMR hors des réseaux classiques, favoriser son exportation, et pourquoi pas à terme permettre son libre échange sur le plan international, hors du marché de l'Union européenne¹⁷⁴¹.

¹⁷³⁹ A. MONACO, P. PROUZET, *Valorisation et économie des ressources marines*, Éditions ISTE Londres 2014, pp.181 et 182 : « La prédictibilité de la production est variable selon les technologies : excellente pour l'ETM (on parle de ressource énergétique de base), bonne pour les hydroliennes (cycle des marées prédictible) elle est moins précise pour l'éolien et la houle(...) L'ETM pourrait atteindre un facteur de charge (permet de quantifier la capacité d'un système à produire à puissance nominale sur une durée donnée) de plus de 80%, les hydroliennes de l'ordre de 40%, et autour de 30% pour l'éolien offshore(...) L'un des intérêts de l'utilisation du stockage de l'énergie produite est ainsi de compenser ces facteurs de charge inférieurs à 100% en introduisant dans le système électrique un dispositif qui permette d'accroître la flexibilité des outils de production » (voir B.MULTON, J. AUBRY, P. HAESSIG, H. BEN AHMED, « Systèmes de stockage d'énergie électrique », *Techniques de l'ingénieur*, BE 8100, 10 avril 2013.

¹⁷⁴⁰ Voir notamment l'étude du MIT (*Massachusetts Institute of Technology*) relative à la possibilité d'ancrer au fond de la mer sous les éoliennes flottantes de grandes sphères de béton qui assureraient à la fois l'ancrage des pylônes et le stockage de l'électricité produite (une telle sphère pourrait emmagasiner jusqu'à 6 MWh, et 1000 sphères pourraient assurer pendant plusieurs heures la production d'une centrale nucléaire. L'électricité pourrait être produite à la demande, avec une grande flexibilité). Pour limiter les émissions de CO² liées à la fabrication du béton, les chercheurs proposent d'utiliser les déchets de combustion des centrales à charbon. <http://www.zegreenweb.com/sinformer/une-idee-du-mit-des-spheressous-les-Éoliennes-flottantes>

¹⁷⁴¹ A. MONACO, P. PROUZET *op.cit.* pp.182 et 183 : « L'hydrogène est souvent présenté comme le vecteur énergétique qui permettrait de s'affranchir du câble de puissance relié au réseau de distribution. Le dispositif EMR utiliserait alors son énergie pour pratiquer une électrolyse de l'eau de mer pour produire de l'hydrogène et la stocker, mais il ne s'agit plus d'un stockage (réversible) d'électricité, mais seulement d'une production d'un combustible plus aisément transportable sur de longues distances que l'électricité. Des projets de STEP (stations de transfert d'énergie par pompage) côtiers utilisant l'eau de mer, permettraient de gérer l'intermittence des productions sur les îles (centrale d'Okinawa au Japon, projet EDF en Guadeloupe). Des STEP en mer (atolls artificiels) sont également envisagées pour de grandes capacités de l'ordre de quelques GWh. La législation française applicable aux systèmes insulaires impose aux producteurs, au-delà d'un taux de pénétration de 30% des énergies intermittentes, de garantir leur production à l'avance grâce à une meilleure prévision et/ou l'usage de moyens de stockage. La mise en œuvre de STEP marines permettrait d'atteindre 50% d'énergies intermittentes dans le réseau ».

BIBLIOGRAPHIE

I- Ouvrages juridiques, Traités, Manuels

- AFDA (Travaux-5), *La puissance publique*, Actes du colloque organisé du 22 au 24 juin 2011 par l'AFDA à la faculté de droit de l'université Pierre Mendès France de Grenoble II, Lexis Nexis Paris 2012, 314 p.
- Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA) (sous la direction de), *Le service public*, Dalloz Paris 2014, 262 p.
- J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, P. TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, 6^e éd. Précis Dalloz, Paris 2011, 752 p.
- J.-B. AUBY et J. DUTHEIL de la ROCHERE, *Traité de droit administratif européen* 2^e éd. Bruylant Bruxelles 2014, 1354 p.
- D. BAILLEUL (ouvrage collectif sous la direction de), *L'énergie solaire Aspects juridiques*, Université de Savoie, Lextenso éditions, 2010, 427 p.
- F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec Paris 2004, 604 p.
- K. BENYEKHFLEF, *Une possible histoire de la norme, Les normativités émergentes de la mondialisation*, Les Éditions Themis, Montreal 2008, 934 p.
- J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd. Dalloz, Paris 2012, 412 p.
- J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil* 2^e édition, LGDJ Lextenso Éditions, Paris 2010, 777 p.
- C. BLUMANN (sous la direction de), *Vers une politique européenne de l'énergie*, Collection « Droit de l'Union européenne » dirigée par Fabrice PICOD, Bruylant Bruxelles 2012 304 p.
- C. BOITEAU (sous la direction de), *Énergies renouvelables et marché intérieur*, Bruylant Bruxelles, 2014, 448 p.
- B. BONNET, P. DEUMIER, *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?* Dalloz Paris 2010, 297 p.
- L. BORDEREAUX et X. BRAUD, *Droit du littoral*, Gualino Editeur, Lextenso Éditions Paris 2009, 443 p.
- C. BOUTAYEB, *Droit matériel de l'Union européenne. Liberté de mouvement, espace de concurrence et secteur public*. 3^e éd. LGDJ. Lextenso Éditions, Paris 2014, 399 p.

- S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, 4^e édition, Le Moniteur, Paris 2012, 578 p.
- C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, L.G.D.J. Lextenso Éditions Paris 2011, 475 p.
- D. BUSCHLE, S. HIRSBRUNNER et C. KADDOUS, *European Energy Law- Droit européen de l'énergie*, Éditions Helbing Lichtenhahn, Bâle 2011, 361 p.
- M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PETEL, *Droit des sûretés*, 9^e édition, Lexisnexis Paris 2010, 848 p.
- R. CABRILLAC, M-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz Paris 2011 17^e édition, 951 p.
- J. CAILLOSSE, *L'État du droit administratif*, Collection Droit et Société, Maison des sciences de l'homme, Série Droit n°56, LGDJ Paris 2015, 339, p.
- N. CALDERARO et J. LACROUTS, *Le littoral : Protection, mise en valeur et aménagement des espaces littoraux*, Éditions Le Moniteur, Paris 2005, 2^e édition, Collection Analyses Juridiques, 553 p.
- J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2^e éd. Collection Quadrige, PUF, Paris 2004, 416 p.
- R. CASADO RAIGON, G. CATALDI (sous la direction de), *L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer. Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel VIGNES*, Bruylant Bruxelles 2009, 981 p.
- D. CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, 10^e éd. Lexisnexis, Paris 2013, 570 p.
- A. CHIRCOP, S. COFFEN-SMOUT, M. Mc CONNELL, *Ocean Year Book 25*, Martinus Nijhoff, 876 p.
- J. CLAM et G. MARTIN (sous la direction de), *Les transformations de la régulation juridique*, Droit et Société Recherches et Travaux vol.5 à la Maison des Sciences de l'Homme, LGDJ Paris 1998,454 p.
- G. CLAMOUR (sous la direction de), *Contrats et propriété publics*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, Lexis Nexis Paris 2011, 267 p.
- M. CLEMENT, *Droit européen de l'environnement*, 2^e édition, Larcier Bruxelles 2012, 619 p.
- J.P. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique*, 5^e Éditions, L.G.D.J., Lextenso Éditions, Paris 2010, 980 p.

- C. COURNIL et C. COLARD-FABREGOULE (sous la direction de), *Changements environnementaux globaux et droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 648 p.
- C. COURNIL et A.S. TABAU (sous la coordination de), *Politiques climatiques de l'Union européenne et droits de l'homme*, Bruylant Bruxelles 2013, 344 p.
- A. CUDENNEC et G. GUEGUEN-HALLOUET, *L'Union européenne et la mer*, CEDEM UBO BREST, Pédone Paris 2007, 437 p.
- A. CUDENNEC et C. DE CET BERTIN, *Mer et responsabilité, Actes du colloque de Brest 16 et 17 octobre 2008*, Pédone Paris 2009, 220 p.
- A. CUDENNEC, *Ordre public et mer, Actes du colloque de Brest 12 et 13 mai 2011*, Pédone Paris 2012, 270 p.
- G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, L.G.D.J. Paris, 418 p.
- P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd. LGDJ, Paris 2009, 1722 p.
- O. de DAVID BEAUREGARD BERTHIER, *Droit administratif des biens*, Mémento LMD, Lextenso Éditions Paris 2010, 6^e édition, 291 p.
- A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, 5^e éd. LGDJ, Paris 2012, 650 p.
- B. DELAUNAY *Droit public de la concurrence* 2^e éd. LGDJ Paris 2018 550 p.
- M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs ? Les forces imaginantes du droit (IV)*, Éditions du Seuil Paris, Février 2011, 424 p.
- M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit*, Éditions du Seuil, Coll. La Couleur des idées, Paris 2004, 439 p.
- M. DOAT, J. LE GOFF. P. PEDROT, *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*. Presses Universitaires de Rennes, 2007, 252 p.
- S. DOUMBE-BILLE (sous la direction de), *Défis énergétiques et droit international*, Éditions Larcier Bruxelles 2011, 371 p.
- L. DUBOUIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6^e éd. Montchrestien, Lextenso éditions, Paris 2012, 805 p.
- J.M. DUFFAU, A. LOUVARIS et E. MELLA, *Mélanges en l'honneur du professeur Alain-Serge MESCHERIAKOFF. Service public, puissance publique : permanence et variations d'un couple mythique*, Bruylant Bruxelles 2013, 282 p.
- B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, 601 p.

- L.A. DUVIC-PAOLI, *La convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Instrument de régulation des relations internationales par le droit*, L'Harmattan, Paris 2011 188 p.
- H. ESMAEILI, *The legal regime of offshore oil rigs in international law*, Ashgate Dartmouth, Aldershot, England 2001, 301 p.
- *Droits de propriété, économie et environnement, Les ressources marines*, sous la direction de M. FALQUE et H. LAMOTTE, Dalloz, Paris 2002, 506 p.
- N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens* 4^e éd. LexisNexis 2018 895 p.
- M.A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, « Que sais-je ? » PUF, Paris 2011, 126 p.
- *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, sous la direction de M.A. FRISON-ROCHE, Presses de Sciences Po, Dalloz Paris 2004, 205 p.
- A. GAONAC'H, *La nature juridique de l'eau*, Éditions Johanet Paris 1999, 190 p.
- Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 14^e édition, LGDJ Paris 2014, 704 p.
- P. GODFRIN, M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens* 10^e éd. Dalloz Paris 2012, 473 p.
- P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Tome 1 (841 p. et Tome 2 (730 p.), Dalloz 2011.
- D. GRINLINTON, P. TAYLOR, *Property rights and sustainability. The evolution of property rights to meet ecological challenges*, Martinus Nijhoff Publishers Leiden-Boston 2011, 414 p.
- H. GROTIUS, *Mare liberum- La liberté des mers*, Ed. Panthéon-Assas, Paris 2013, 154 p.
- G. GUEGUEN-HALLOUET et H. LEVREL (sous la direction de), *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques*, Actes du colloque de Brest. 11 et 12 octobre 2012, Éditions Pédone 2013, 320 p.
- T. HAMONIAUX, *L'intérêt général et le juge communautaire*, L.G.D.J. Paris 2001, 179 p.
- S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 1^{ère} éd. Dalloz 2013, 739 p.
- H. JONAS, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique* Flammarion, 3^e éd. 2008, 470 p.
- J.F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, Lexisnexis Paris 2012, 722 p.

- B. LE BAUT-FERRARESE, I. MICHALLET, *Traité de droit des énergies renouvelables*, 2^e éd. Éditions Le Moniteur, Paris, 2012, 685 p.
- H. LEFEBVRE-CHALAIN, *La stratégie normative de l'organisation maritime internationale (OMI)*, PUAM, 2012, 678 p.
- R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains Approche comparative*, 2^e édition, LexisNexis Paris 2008, 494 p.
- M. LOMBARD (sous la direction de), *Régulation économique et démocratie*, Dalloz Paris 2006, 248 p.
- P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2010-2011, 1924 p.
- C. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF Themis Droit privé Paris 2002, 1033 p.
- M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 5^e éd. Dalloz Paris 2011, 351 p.
- P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, 4^e édition, Defrenois, Lextenso Éditions, Paris 2010, 405 p.
- P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, Lexisnexis, Paris 2014, 780 p.
- J.P. MARKUS (sous la direction de), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?* Dalloz Paris 2012, 320 p.
- G J. MARTIN et B. PARANCE (sous la direction scientifique de), *La régulation environnementale*, Coll. « Droit et Économie » Direction M.-A. FRISON-ROCHE, LGDJ Paris 2012, 126 p.
- P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, 10^e éd. Montchrestien Paris 2010, 820 p.
- M.M MBENGUE, *Essai sur une théorie du risque en droit international public. L'anticipation du risque environnemental et sanitaire*, Pédone, Paris 2009, 373 p.
- M. MICHAEL, *L'applicabilité du Traité instituant la C.E.E. et du droit dérivé au plateau continental des États membres*, LGDJ Paris 1984, 301 p.
- C.A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, « Droit et société », n°26, LGDJ Paris 1999, 224 p.
- J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, 14^e édition, LMD Éditions, LGDJ Lextenso Éditions Paris 2015, 807 p.

- J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif des biens*, 8^e Éditions, Montchrestien, Paris, 2014, 707 p.
- S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 6^e édition, LGDJ Lextenso Éditions, Paris 2018, 785 p.
- L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, 2^e éd. Vuibert Paris 2011, 333 p.
- J.-P. PANCRACIO, *Droit de la mer*, Paris Dalloz, 2010, 520 p.
- J. PETIT, *L'ouvrage public*, Lexisnexis Paris 2009, 189 p.
- J. POIRET, *Droit de l'hydroélectricité*, Économisa, Paris 2004, 2614 p.
- C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Collection Droit de l'Union européenne dirigée par PICOD Fabrice, Éditions Bruylant, Bruxelles 2013, 1520 p.
- M. PRIEUR, *Droit de l'environnement. Droit durable*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 1048 p.
- M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Précis Dalloz, 6^{ème} édition, Paris 2011, 1190 p.
- F. RANGEON, *L'Idéologie de l'intérêt général*, Économisa Paris 1986, 246 p.
- N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens* 3^e édition, Dalloz, Paris 2010, 535 p.
- M. REMOND-GOUILLOUD, *L'exploration pétrolière et le droit*, Éditions Technip 1970, 197 p.
- A. REYNAUD, *Le plateau continental de la France*, LGDJ 1984, 431 p.
- L. RICHER, *La concession en débat*, LGDJ Lextenso Éditions, Paris 2014, 219 p.
- J. ROBERT, J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8^e édition, Montchrestien Lextenso Éditions Paris 2009, 907 p.
- D. ROSENBERG, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, LGDJ, Paris 1983, 395 p.
- P. SABLIERE, *Droit de l'énergie*, Dalloz, Paris 2013, 2858 p.
- E. SCALIERIS, *L'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'État côtier en droit de la mer* Pédone Paris 2011, 486 p.
- F. SCHNEIDER, *Les énergies marines renouvelables. Approche juridique en droit international, européen et comparé* Pédone 2015 694 p.
- A.M. SMOLINSKA, *Le droit de la mer entre universalisme et régionalisme*, Bruylant Bruxelles 2014, 417 p.

- *Marché et environnement*, sous la dir. de J. SOHNLE et M.P. CAMPROUX DUFFRENE, Bruylant Bruxelles 2014, 503 p.
- Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, Paris 2006, 536 p.
- A. SUY, *La théorie des biens publics mondiaux, Une solution à la crise*, L'Harmattan, Paris 2009, 175 p.
- F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, les biens* 8^e édition, Précis Dalloz Paris 2010, 868 p.
- M. THAURY, *Leçons de droit public des activités économiques*, Collection Leçons de droit, Éditions Ellipses Paris 2011, 280 p.
- S. TRAORE, *Droit des propriétés publiques* », Vuibert Paris 2008, 399 p.
- D. TRUCHET, *Droit administratif*, 5^e éd. Coll. Themis Droit, PUF Paris 2013, 480 p.
- M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, Lexis Nexis 2^e éd. Paris 2017 515 p.
- A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, 2^e édition, PUF, Paris 2007, 502 p.
- F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^e édition, PUF, Paris 2008, 759 p.

II- Autres Ouvrages

- O. ABEL, E. BARD, A. BERGER, J.M. BESNIER, R. GUESNERIE, M. SERRES, *Éthique et changement climatique*, Éditions Le Pommier, Paris 2009, 204 p.
- M-H. BACQUE et Y. SINTOMER (sous la direction de), *La démocratie participative. Histoire et généalogie*, Éditions La Découverte, Paris 2011, 288 p.
- R. BAILLOT, *Georges Claude, Le génie fourvoyé*, EDP Sciences, 2010, 538 p.
- U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*. Éditions Flammarion Paris 2008, 521 p.
- N. BELAIDI (sous la direction de), *Eau et sociétés. Enjeux et valeurs*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 253 p.
- A. BONNAFE, *Poésie, Nature et Sacré. Tome I. Homère, Hésiode et le sentiment grec de la nature*. Lyon, Maison de l'Orient et de la Méditerranée Jean Pouilloux, 1984, vol. 15, 272 p.
- P. BONTEMS, G. ROTILLON, *Économie de l'environnement*, 4^e éd. Éditions La découverte, Paris, 2013, 125 p.
- J.M. CHEVALIER, P. GEOFFRON, *Les nouveaux défis de l'énergie, Climat-Économie-Géopolitique*, Économisa Paris 2011, 2^{ème} édition, 298 p.

- *État et Énergie XIXe-XXe siècle, Séminaire 2002-2006*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, Ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, Paris 2009, 624 p.
- G. DARMOIS et J.P. FAVENNEC, *Les marchés de l'énergie, L'énergie à quel prix ?* 2^e édition, Éditions Technip Paris, 2013, 211 p.
- J.C. DEBEIR, J.P. DELEAGE et D. HEMERY, *Une histoire de l'énergie*, Flammarion 1986, édition revue et augmentée en 2013, 590 p.
- A.C. DOUILLET, A. FAURE, C. HALPERN, J.P. LERECHE, *L'action publique locale dans tous ses états : différenciation et standardisation*, L'Harmattan, Paris 2012
- S. FAUCHEUX, J.-F. NOEL, *Économie des ressources naturelles et de l'environnement*, Ed. Armand Colin Paris 1995, 370 p.
- F. FLAHAUT, *Où est passé le bien commun ?* Fayard, Essais Mille et une nuits, 2011.
- A. GAY et M. GLITA, *Le système électrique européen. Enjeux et défis*, Presse des Mines, Paris 2012, 159 p.
- E. GRAND, T. VEYRENC, *L'Europe de l'électricité et du gaz, Acteurs, marchés, régulations*, Économisa, Paris 2011, 564 p.
- G. GUERASSIMOFF et N. MAIZI, *Eau et Énergie, destins croisés*, Presses des Mines, Paris 2010, 322 p.
- J.P. HANSEN et J. PERCEBOIS, *Énergie, Économie et politiques*, Éditions De Boeck Université, Bruxelles 2010, 779 p.
- E. IACONA, J. TAINÉ, B. TAMAIN, *Les enjeux de l'énergie, de la géopolitique au citoyen*, Dunod, Paris 2009, 239 p.
- *Éthique et développement durable* sous la direction de l'IFORE, L'harmattan, Paris, 2010, 141 p.
- P. JACQUET, R. K. PACHAURI et L. TUBIANA, *Regards sur la terre 2011, Dossier Océans, la nouvelle frontière*, Armand Colin, Paris 2011, 358 p.
- E. KANT, *Métaphysique des mœurs II. Doctrine du droit. Doctrine de la vertu*. Flammarion, Paris, 1994, 411 p.
- I. KAUL, I. GRUNBERG, M.-A. STERN (sous la direction de), *Les biens publics à l'échelle mondiale. La coopération internationale au XXIe siècle*. Oxford University Press, 1999
- T. KIRAT, *Économie du droit*, Ed. La Découverte, Paris 1999, nouvelle édition 2012, 125 p.

- T. KIRAT et A. TORRE (sous la direction de), *Territoires de conflits. Analyses des mutations de l'occupation de l'espace*, L'harmattan, Paris, 2008, 322 p.
- F. LEVEQUE, *Économie de la réglementation*, Éditions La Découverte Paris 2004, 122 p.
- M. MAILLEFERT, O. PETIT et S. ROUSSEAU, *Ressources, patrimoine, territoires et développement durable*, P.I.E. Peter Lang, Bruxelles 2010, 281 p.
- G.N. MANKIW et M. TAYLOR, *Principes de l'économie*, Traduction de la 2^e édition anglaise, Éditions De Boeck, Paris 2011, 1175 p.
- M. MARZANO, *L'éthique appliquée*, 2^e éd. PUF 2010, 128 p.
- F. MIRABEL, *La Déréglementation des marchés de l'électricité et du gaz*, Presse des Mines Paris 2012, 180 p.
- R. MISRAHI, *Qu'est-ce que l'éthique ?* Armand Colin, Paris 1997, 290 p.
- A. MONACO, P. PROUZET, *Valorisation et économie des ressources marines*, Collection Mer et océan, Éditions ISTE Londres 2014, 402 p.
- E. OSTROM, *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck, Bruxelles, 2010, 301 p.
- E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 30 nov. 1990, 298 p.
- R. PASQUIER, *Le pouvoir régional, Mobilisations, décentralisation et gouvernance en France*, Presses de Sciences Po. Paris 2012, 379 p.
- P. PERETTI-WATEL, *Sociologie du risque*, Armand Colin, Paris 2000, 286 p.
- E. PRAIRAT, *Les mots pour penser l'éthique*, PUN, Éditions universitaires de Lorraine, 2014, 144 p.
- P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Seuil, Paris, 1990, 424 p.
- J. RIFKIN, *La troisième révolution industrielle*, Les liens qui libèrent, Paris 2012, 415 p.
- G. ROTILLON, *Économie des ressources naturelles*, nouvelle édition, Éditions La Découverte, Paris 2010, 125 p.
- P. ROYER, *Géopolitique des océans. Qui tient la mer tient le monde*, PUF 2012, 208 p.
- H.A.M.J. TEN HAVE (sous la direction de), *Éthiques de l'environnement et politique internationale*, Collection Éthique, Éditions Unesco, Paris 2007, 248 p.
- A. VALLEE, *Économie de l'environnement*, Éditions du Seuil, 2002 et 2011 pour la nouvelle édition

- F.D. VIVIEN, *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question*, Éditions scientifiques et médicales Elsevier, Paris 2002, 206 p.

III- Thèses

Thèses en droit

- A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, L.G.D.J. Lextenso Éditions Paris 2009, 545 p.
- P. BERLIOZ, *La notion de bien*, L.G.D.J. Bibliothèque de droit privé, Tome 489, Paris 2007, 596 p.
- G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé Tome 313, Paris 1999, 493 p.
- A. BONIS, *L'implantation des installations énergétiques à l'épreuve du droit. L'exemple des énergies marines renouvelables en mer*. Thèse soutenue publiquement le 15 février 2013, Université de Versailles Saint Quentin.
- M.A BORDONNEAU, *Regard juridique sur la double nature de l'eau*, Éditions Johannet, Paris 2009, 901 p.
- M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Bibliothèque de droit privé, Tome 444, LGDJ Paris 2005, 695 p.
- F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique des nuisances*, LGDJ 1981, 361 p.
- L. CALENDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Bibliothèque de droit public, Tome 259, LGDJ 2008, 733 p.
- J.F. CALMETTE, *La rareté en droit public*, L'Harmattan Paris 2004, 379 p.
- M.A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, Bibliothèque de droit privé Tome 464, L.G.D.J. Paris 2006, 487 p.
- P. COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, Bibliothèque de droit public, Tome 249, L.G.D.J. Paris 2007, 878 p.
- G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz 2006, 1044 p.
- O. DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *La justification actuelle de la distinction entre domaine public et domaine privé*, Thèse soutenue publiquement en 1994, Université d'Aix-Marseille.

- F. DUHAUTOY, *L'accès à l'eau, droit de l'Homme ou loi du marché ?* Éditions Johannet, Paris 2015, 752 p.
- H. de GAUDEMAR, *L'inaliénabilité du domaine public*, thèse soutenue publiquement le 13 décembre 2006, Université Panthéon-Assas (Paris II)
- A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution. Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, L'harmattan, Paris 2003, 528 p.
- G. GUEGUEN-HALLOUET, *L'application du droit communautaire aux ports maritimes. Contribution à l'étude du régime juridique des activités d'intérêt général dans l'Union européenne*. Thèse soutenue publiquement en 1999, Université de Bretagne Occidentale, 732 p.
- V. INSERGUET-BRISSET, *Propriété publique et Environnement*, Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement, Tome 1, L.G.D.J, Paris 1994, 315 p.
- C. ISIDORO, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume Uni)*, Bibliothèque de droit public, Tome 242, L.G.D.J. Paris 2006, 686 p.
- F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, thèse soutenue publiquement le 6 janvier 2001, Université Robert Schuman de Strasbourg.
- C. KROLIK, *Contribution aux fondements du droit de l'énergie*, thèse soutenue publiquement le 14 septembre 2011, Université de Limoges, 862 p.
- V. LABROT, *Réflexions sur une « incarnation progressive » du droit, l'environnement marin, patrimoine naturel de l'humanité*, Thèse soutenue publiquement en 1994, Université de Bretagne Occidentale, 838 p.
- A. LEFRANCOIS, *L'usage de la certification. Nouvelle approche de la sécurité dans les transports maritimes*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, PUAM, 2011, 409 p.
- P. MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bibliothèque de droit public, Tome 253, LGDJ, Paris 2007, 396 p.
- C. MAMONTOFF, *Domaine public et entreprises privées : la domanialité publique mise en péril par le marché*, L'harmattan, Logiques juridiques, 504 p.
- G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, n°121, L.G.D.J., Paris 2004, 408 p.

- H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, Bibliothèque de droit public, Tome 459, LGDJ Paris 2001, 296 p.
- E. MULLER, *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, 2011, 693 p.
- A. de PAIVA TOLEDO, *Les grands enjeux contemporains du droit international des espaces maritimes et fluviaux et du droit de l'environnement : de la conservation de la nature à la lutte contre la biopiraterie*, thèse soutenue publiquement le 25 octobre 2012, Université Panthéon Assas Paris II.
- T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, Bibliothèque de droit public, Tome 274, LGDJ Paris 2013, 950 p.
- A. POMADE, *La société civile et le droit de l'environnement. Contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*. Bibliothèque de droit privé, Tome 523, L.G.D.J. Paris 2010, 698 p.
- B. QUEFFELEC, *La diversité biologique : outil de recomposition du droit international de la nature- l'exemple marin-*, thèse soutenue publiquement le 12 avril 2006, Université de Bretagne Occidentale.
- D. ROSENBERG, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, Bibliothèque de droit international et de droit de l'Union européenne, Tome 93, LGDJ, Paris 1983, 395 p.
- D. RUFINO, GILBERTO, *Droit et aménagement du littoral, étude de droit comparé*, thèse soutenue publiquement en 1994, Université de Limoges.
- C. SAVIN-LE ROY, *Gestion des propriétés publiques naturelles du littoral*, thèse soutenue publiquement le 23 novembre 2001, Université de Bretagne Occidentale.
- A. SAOUT, *La construction progressive du droit de l'eau, Contribution à l'analyse systémique du droit*, thèse soutenue publiquement en novembre 2007, Université de Bretagne Occidentale, 368 p.
- F. SCHNEIDER, *les énergies marines renouvelables. Approche juridique en droit international, européen et comparé* Pédone 2015 694 p.
- J. SIRINELLI, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne. Une contribution à l'étude du droit administratif européen*, Bibliothèque de droit public, Tome 266, LGDJ Paris 2011, 636 p.
- M. TORRE.SCHAUB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché* », LGDJ, Paris, 2002, 409 p.

- D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ 1977 394 p.
- P. YOLKA, *La Propriété publique. Éléments pour une théorie*, Bibliothèque de droit public, Tome 191, LGDJ, Paris 1997, 649 p.
- L. ZEVOUNOU, *Le concept de concurrence en droit*, Thèse soutenue publiquement le 8 décembre 2010, Université Paris Ouest Nanterre La Défense
- S. ZIANI, *Du service public à l'obligation de service public*, Bibliothèque de droit public, Tome 285, LGDJ, Paris 2015, 442 p.

Thèse en économie

- M.L. LAMY, *Efficacité des politiques environnementales d'incitation à l'adoption de nouvelles techniques : le cas des énergies renouvelables*. Thèse en économie soutenue en octobre 2004 Université Pierre Mendès France Grenoble, 355 p.

Thèse en géographie

- M. de CACQUERAY, *La planification des espaces maritimes en France métropolitaine : un enjeu majeur pour la mise en œuvre de la Gestion Intégrée de la Mer et du Littoral*, soutenue le 12 décembre 2011, UBO, Brest, 554 p.

V- Mémoires

- C. CAPITAINE, *Les Servitudes militaires sur le littoral*, Mémoire de DEA des Sciences juridiques de la Mer, UBO-Brest, 1994-1995, 106 p.
- C. FEBVRE, *Énergies renouvelables : comparaison entre le droit des États Unis et l'Union Européenne*, sous la direction de Claude Blumann, Mémoire de Master 2 Recherche de droit européen comparé, Université de Panthéon-Assas, Institut de droit comparé, 2010.
- M.P. GRALL-ZELVERTE, *La condition juridique du navire affecté aux activités scientifiques*, 1999
- A.C. NAUDIN, *Les concessions de plage*, MASTER II de Droit maritime et des transports, Faculté de droit d'Aix Centre de Droit Maritime et des Transports, promotion 2007, 150 p.

- G.H. LEBROT, *L'hégémonie des polices d'assurances anglo-saxonnes dans la construction des plateformes offshore*, Mémoire de DESS de droit des activités maritimes, UBO de Brest, Promotion 2001-2002
- C. MASTROIANNI, *Le statut juridique de l'eau de mer en droit interne*, Mémoire pour l'obtention du DEA des sciences juridiques de la mer, UBO, CDEM, 1995-1996
- S. MICHALAK, *Énergies marines. Un droit en construction*, Mémoire de Master II, Droit de la protection de l'environnement, Faculté de droit d'Aix en Provence, 2009-2010
- F. PICHON, *L'hydroélectricité, une énergie renouvelable à l'épreuve du droit de l'environnement*, Université Lyon 2, Institut d'Études Politiques, Mémoire, 2006
- S. SALAUN, *Le régime juridique de la recherche, l'exploration et l'exploitation des fonds marins à la lumière de ses principes fondateurs ; l'innovation technologique soumise aux contraintes des délimitations maritimes*, Mémoire de DESS de droit des activités maritimes, UBO, 2002, 145 p.

VI- Dictionnaires, répertoires et fascicules encyclopédiques

Dictionnaires

- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e édition PUF, Paris 2011
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e édition, PUF, Paris 2014
- S. BANDOKI, *Dictionnaire international du droit, de l'économie, et de la politique des ressources naturelles*, Éditions Edilivre, Paris 2009, 141 p.
- D. MAINGUY, *Dictionnaire de droit du marché*, Éditions Ellipse 2008.

Répertoires et fascicules encyclopédiques

Répertoires Dalloz

- L. BOYER, « Contrats et conventions », *Répertoire de droit civil*, Août 1993, mise à jour mars 2014, n°107.
- V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL, *Répertoire de droit communautaire*, « Compétences de l'Union européenne », juin 2011.
- P. DAILLIER, *Répertoire de droit communautaire*, Mer - décembre 1994, mise à jour janvier 2012.

- E. DECAUX, *Répertoire de droit international*, « Réciprocité », Dalloz, décembre 1998, mise à jour mars 2009.
- J. DJOUDI, *Répertoire de droit immobilier*, « Occupation », n°5 et n°29 p.2, juin 2011.
- M. FLORY, *Répertoire de droit international* « Souveraineté », 1998 mise à jour février 2010.
- E. JEULAND, « Cession de contrat », *Répertoire de droit civil*, Juin 2010.
- R. LIBCHABER, *Répertoire de droit civil*, « Biens », n°7, septembre 2009.
- L. LUCCHINI, *Répertoire de droit international*, « Zone économique exclusive », n°35, décembre 1998.
- J. MICHEL, J.P. DELVIGNE, « Contentieux des occupations domaniales », *Répertoire de contentieux administratif*, mars 2010, mise à jour Octobre 2014, n°182.
- A. RIGAUX, *Répertoire de droit communautaire*, « Territoire communautaire » février 1995 mise à jour 2010.
- M. VOELCKEL, *Répertoire de droit international*, « Pêche », n° 21, 1998 mise à jour 2013.

Jurisclasseurs LexisNexis

- C. ATIAS, *Jurisclasseur civil*, Article 714, « Modes d'acquisition de la propriété-Choses communes » n°17, juillet 2011.
- P. BECHMANN, V. MANSUY, C. CHANCE *Jurisclasseur Environnement et développement durable*, fascicule 125 « Principe de précaution », n°216 à 218 dernière mise à jour avril 2013.
- N. BINCTIN, *Jurisclasseur Civil Code*. Art. 565 à 577, fascicule unique « Propriété. Droit d'accession relativement aux choses mobilières ». Mise à jour 5 sept. 2014.
- A. CHRISTNACHT, P.O. CAILLE, *Jurisclasseur administratif*, fascicule 130-10. Régime juridique et administratif de l'Outre-mer, n°35, 7 février 2012, dernière mise à jour 30 avril 2014.
- G. CORNU, *Jurisclasseur civil*, Biens, avril 2011.
- H. COURIVAUD, *Jurisclasseur Concurrence-consommation*, fascicule 121 « Droit de la concurrence et entreprises publiques », Avril 2009, n°20.
- M. L. DEMEESTER et L. NEYRET, *Jurisclasseur Environnement*, « Environnement et droit des biens », septembre 2007, mise à jour septembre 2011.
- P. ESPLUGAS-LABATUT, *Jurisclasseur administratif*, fascicule 149, Notion de service public, droit interne et droit de l'Union européenne, n°46, 15 janvier 2015.

- D. GARREAU, *Jurisclasseur Code civil art.1585 à 1588*, fascicule unique : Vente. Vente en bloc. Vente au poids, au compte ou à la mesure. Vente à la dégustation. Vente sur échantillon. Vente à l'essai. 15 décembre 2006.
- M.B. LAHORGUE, *Jurisclasseur Environnement et développement durable*, fascicule 2 « Actualité : La nouvelle « gouvernance écologique » : Quelles avancées pour l'information et la participation du citoyen aux décisions publiques ayant une incidence environnementale ? » 15 février 2011.
- A. LUQUIAU, *Jurisclasseur Transport*, fascicule 1055 : « Navire et autres bâtiments de mer. Engins « offshore ». Application des règles relatives aux événements de mer », n°16 et s. avril 2009.
- A. PERRIN, *Jurisclasseur administratif*, fascicule 1140, « Conditions d'exercice du recours pour excès de pouvoir », n°1, 28 novembre 2011.
- J. PETIT, *Jurisclasseur Propriétés publiques* fascicule 8 « Ouvrage public-Notion » Mars 2005.
- R. REZENTHEL, *Jurisclasseur administratif*, fascicule 408-30 « Utilisations du domaine public maritime », n°94 et s. février 2012.
- D. TURPIN, *Jurisclasseur Collectivités territoriales* fascicule 430 Compétences régionales, 4 mars 2013, n°127.

Autres

Lamy Environnement Eau, Partie V- Eaux marines, Éoliennes en mer, Étude 557 Implantation des parcs éolien en mer, Section III Dispositions prises par la France au regard de l'éolien offshore, Sous-section IV Cadre juridique, n°557-80 Situation au regard de la navigation maritime

VII- Articles de doctrine et contributions dans un ouvrage collectif

Articles de doctrine dans les revues et ouvrages collectifs juridiques français.

- A. ABOUKRAT, « La construction de communs dans le domaine de l'immatériel : le cas particulier des brevets-Entre paradoxe et paradigme », *Lamy droit de l'immatériel*, 2011 n°77.
- Y. AGUILA, « La théorie du bilan à la lumière de l'article 6 de la Charte de l'environnement », *Constitutions* 2010, p.433.

- G. AIVO, « La sécurité énergétique en situation de conflit armé », in *Défis énergétiques et droit international*, sous la dir. de S. DOUMBE-BILLE, Ed. Larcier, Bruxelles, 2011, pp.311 et s.
- C-M. ALVES, « Biocarburants et Union européenne, entre marché et intérêt général », *Revue de droit des transports* n°7, Juillet 2008, étude 10.
- J.B. AUBY, « Quelques observations sur la notion économique de bien public et ses rapports possibles avec le droit public », *Gazette du Palais*, 1^{er} oct.2011, n°274, p.22.
- J.B. AUBY, « Le droit administratif dans la société du risque. Quelques réflexions. » in *Responsabilité et socialisation du risque*, Conseil d'État, Rapport public 2005, Études et documents n°56, La Documentation française, Paris, 2005, p.351.
- P. BACOT, « Ce que *public* veut dire », in *Mélanges en l'honneur du professeur Alain-Serge MESCHSERIAKOFF, Service public, puissance publique : permanence et variations d'un couple mythique*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp.35 et s.
- M. BADRE, « L'Autorité environnementale du Conseil général de l'environnement et du développement durable », in *La régulation environnementale*, sous la dir. de G. MARTIN et B. PARANCE, LGDJ, Paris, 2012, pp.22 et 23.
- A.S. BARTHEZ, « Environnement, assurances et garantie », *Environnement* n°6, juin 2009, dossier 8, p.41.
- M. BAZEX, « La notion de bien public, entre droit positif et rationalité économique », *Gazette du palais*, 21 mai 2011, n°141, p.7.
- O. BEAUD, « Compétence et souveraineté », in *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA) à la Faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy, Travaux de l'AFDA n°2, Colloques et débats, LexisNexis Paris 2008, p.5 et s.
- J. BEER-GABEL, « Préservation de l'environnement marin et passage des navires », in *Le passage. Colloque international. Monaco 6-7 Février 2009*, Pédone, p. 69.
- J.M. BERLY, « La situation juridique des éoliennes » *Revue de droit immobilier* 2003, pp. 215 et 302.
- E. BERNARD, « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009/3-t. XXIII, 3, pp. 353 à 385.
- E. BERNARD, « Les droits fondamentaux, « biens communs » européens ? », in *Repenser les biens communs*, sous la direction de B. PARANCE et J.de SAINT VICTOR, CNRS Éditions, Paris 2014, pp.177 et s.

- F. BERROD, « Le droit de l'Union européenne et le service public : de la défiance à la compréhension mutuelle », in *Le service public*, sous la dir. de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), Dalloz Paris 2014, p.112.
- J.P. BEURIER, « Le paysage sous-marin à l'épreuve du droit », in *Marché et environnement*, sous la dir. de J. SOHNLE et M.P. CAMPROUX DUFFRENE, Bruylant 2014, pp.221 et s.
- A-C. BEZZINA, « Marcel Waline et la théorie du domaine public : les prémonitions des notes d'arrêt », *RFDA* 2014, p.151, M. WALINE, arrêt n°291, CE 18 mai 1928, *Laurens*, D.1928, 65, concl. Rivet p.91.
- P. BILLET, « L'usage de l'eau mis en règle : entre droit des équilibres et équilibre des droits » *Environnement* n°7, Juillet 2007, Étude 17.
- P. BILLET, « L'intérêt exceptionnel d'un site justifie l'annulation de la DUP des travaux d'une ligne électrique devant le traverser. » *JCP A et coll. terr.* n°44, 30 oct. 2006, p.1256.
- D. BIRNBACHER, « L'éthique du futur, une *contradictio in adjecto* ? », in *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?* sous la dir. de J.-P. MARKUS, Dalloz Paris 2012, p.29.
- X. BIOY, « La propriété éminente de l'État », *RFDA* 2006 p.963.
- F. BLANC, « Énergies renouvelables, corridors et autoroutes de l'électricité », in *Énergies renouvelables et marché intérieur*, sous la dir. de C. BOITEAU, Bruylant 2014, pp.282 et s.
- N. BOILLET, « Le rôle de la planification dans le développement des infrastructures », in *Énergies renouvelables et marché intérieur*, sous la dir. de C. BOITEAU, Bruylant 2014, pp. 291 et s.
- N. BOILLET, « La planification des EMR en droit français », in *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques. Actes du colloque de Brest 11 et 12 octobre 2012*, Ed. Pédone 2013, pp.51 et s.
- C. BOITEAU, « Soutien aux énergies renouvelables et aide d'État », *AJDA* p.926, à propos de l'arrêt de la CJUE du 19 déc. 2013, C-262-12, *Association Vent de colère ! Fédération nationale et autres*.
- C. BOITEAU, « Mise en perspective des fondements internationaux et européens du droit de l'énergie renouvelable », in *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques. Actes du colloque de Brest. 11 et 12 octobre 2012*, Éditions Pédone 2013, pp. 7 et s.

- C. BOITEAU, « Le prix controversé du rachat de l'énergie éolienne ou l'énergie renouvelable à quel prix ? », *AJDA* 2009 p.2105.
- J.C. BONICHOT, « Droit de l'Union européenne et planification : une idée qui fait son chemin ? » in *Biens publics, biens communs, Mélanges en l'honneur d'Etienne FATOME*, Dalloz 2011, pp.37 et s.
- L. BORDEREAUX, « L'énergie éolienne à l'épreuve du droit du littoral », *Droit Maritime Français*, n°630, Octobre 2002.
- H. BOUCARD, « Troubles anormaux de voisinage et Convention européenne des droits de l'homme », *AJDI*, 2004, p.189.
- M. BOUL, « Les « *public goods* » : traduction juridique d'une notion économique », *RFDA* 2013 p.557.
- D. BOURCIER, « Le bien commun, ou le nouvel intérêt général », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier, Penser la science administrative dans la post-modernité*, LGDJ, Paris, 2013, p.97.
- J. M. BRETON, « Le « service public de l'environnement » : mythe ou réalité ? (De quelques orientations conceptuelles et fonctionnelles) », in *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Tome II. Contributions réunies par F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac 2013, pp. 843 et s.
- D. BRIAND, « Régulation environnementale et droit de la concurrence », in *La régulation environnementale*, Collection Droit et Économie sous la direction de M-A FRISON-ROCHE, LGDJ, 2012, pp.117 et s.
- J.-P. BROUANT, « Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie ou atteinte ? », *L.P.A.*, n°84, 15 juillet 1994, p.22.
- J. CAILLOSSE, « Plaidoyer pour un DPM naturel », *RJE* 1990 n°4 p.483.
- J. F. CALMETTE, « Le régime juridique des ressources rares dans le domaine des infrastructures aéroportuaires », *RFDA* 2009, p.1177.
- M. CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution. A propos de l'arrêt du Conseil d'État, Assemblée, 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, n°342409 au Lebon », *RFDA* 2013, p.1061.
- M. CANEDO-PARIS, « L'action en responsabilité dans l'intérêt des générations futures devant le juge administratif » in *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?* sous la dir. de J.P. MARKUS, Dalloz Paris 2012, p.193.

- C. CANS, « Le principe de conciliation : vers un contrôle de la « durabilité » ? » in *Mélanges en l'honneur de Yves Jegouzo*, Dalloz 2009 p.547.
- A. CARPENTIER, « Contentieux solaire : le consommateur final, clé de voûte de l'intérêt général », *La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales* n°10, 7 mars 2011, 2094, à propos de l'arrêt du CE, sect.,9° et 10°ss-sect., 19 janv.2011, n°343389, *EARL Schmittseppel et M. Noir*.
- A. CARPENTIER, H. SMITH, « Contentieux solaire : le consommateur final, clé de voûte de l'intérêt général », *La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales* n°10, 7 mars 2011, p.2094.
- P. CATALA, *La matière et l'énergie*, in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz PUF 1999, pp.557 et s.
- S. CAUDAL, « A la recherche du service public en droit de l'environnement », in *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Tome II. Contributions réunies par F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac 2013, pp. 891 et s.
- S. CAUDAL, « La domanialité publique comme instrument de protection de l'environnement », *AJDA* 2009 p. 2329.
- S. CAUDAL, *L'eau de mer, Réflexions sur son statut juridique et sa protection*, in *Mélanges offerts à Emmanuel Langavant*, Marie-Christine ROUAULT, L'Harmattan, 1999.
- B. CAZALET, « Droit des lagons en Polynésie française », *RJE* 4/2008, p. 396.
- C. DE CET BERTIN, « De l'appropriation des ressources des fonds marins », in *L'Union européenne et la mer. Vers une politique maritime de l'Union européenne*. Ed. Pédone Paris 2007, p.144.
- D. CHABANOL, « Et si la solution de l'arrêt Blanco avait été inversée ? », in *De l'intérêt de la summa divisio Droit public-Droit privé ?* Dalloz 2010, p.285.
- C. CHAMARD-HEIM, « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », *AJDA* 2014, p.1641.
- C. CHAMARD-HEIM, « Domaine public naturel et décentralisation. Un patrimoine au service des missions de l'État », *AJDA* 2009 p. 2335.
- G. CHAVRIER, « La qualification juridique de l'eau des cours d'eau domaniaux », *RFDA* 2004 p 928.
- G. CHAVRIER, « Le service public de l'électricité est-il menacé ? », *Droit administratif*, n°10, Octobre 2002, Chron.18.

- F. CHENEDE, « Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle », *AJDA* 2009, p.923.
- J. CHEVALLIER, « Le débat public à l'épreuve. Le projet d'aéroport Notre Dame des Landes », *AJDA* 2013 p.779.
- J. CHEVALLIER, « Délibération et participation », in CONSEIL d'ÉTAT, *Consulter autrement, Participer effectivement*, Rapport public 2011, La Documentation française, 2011, pp. 197 et s.
- J-N. CLEMENT et T. GARANCHER, « Rubrique de jurisprudence de droit de l'énergie » *BDEI*, 15 avril 2012.
- M. CLEMENT-FONTAINE, « Internet et la résurgence des « communs » », in *Repenser les biens communs*, sous la direction de B. PARANCE et J.de SAINT VICTOR, CNRS Éditions, Paris 2014, pp.268 et s.
- F.J. CORREIA CARDOSO, « Le régime juridique de la haute mer et la sauvegarde de la biodiversité dans le cadre des activités de pêche. Le contexte international et l'approche de l'Union européenne », in *L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer, Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, sous la direction de CASADO RAIGON Raphael et CATALDI Giuseppe, Bruylant, 2010, pp.159 et s.
- A. CUDENNEC, « L'ordre public et la mer », in *Ordre public et mer. Actes du colloque de Brest 12 et 13 mai 2011*, sous la direction d'A.CUDENNEC, Pédone, Paris 2012, p.8.
- C. DAVID, « Pour une approche renouvelée du droit français de la domanialité publique, *Petites affiches*, 17 août 2007 n° 165, p.3.
- O. DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, « Fonds de commerce et domaine public » *AJDA* 23 sept 2002 pp. 790-793.
- S. DEGOMMIER, « une éolienne constitue-t-elle un équipement collectif public ? », *AJDA* 2010, p. 2110.
- D. DEHARBE et S. GANDET, « Les énergies renouvelables sont-elles solubles dans l'intérêt général ? » *Droit de l'environnement* n°189, Avril 2011 pp.122-128.
- M.F. DELHOSTE, « La théorie du bilan et la protection de l'environnement. Note sous Conseil d'État 10 juillet 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte Croix et autres*, (3 espèces : 288108, 289393 et 289274) », *RFDA* 2006, p.990.

- M.-J. DEL REY BOUCHENTOUF, « Les biens naturels, un nouveau droit objectif : le droit des biens spéciaux », *Recueil Dalloz* 2004 p.1615.
- M.-J. DEL REY, « La notion controversée de patrimoine commun », *Rec. Dalloz* 2006, p.388.
- A. DEL VECCHIO, « La politique maritime de l'Union européenne. Point d'arrivée et point de départ », in *L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer, Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, sous la direction de CASADO RAIGON Raphael et CATALDI Giuseppe, Bruylant, 2010, pp. 253 et s.
- P. DELVOLVE, « Un droit des contrats sans *summa divisio* serait-il possible ? », in *De l'intérêt de la summa divisio Droit public- droit privé ?* sous la direction de B. BONNET et P. DEUMIER, Dalloz 2010, p. 260.
- C. DEVES, « De la société d'économie mixte locale à la société publique locale : similitudes ou grand écart ? », *RFDA* 2012, p.1082.
- O. DIDRICHE, « Délégation de service public et contentieux, les enseignements récents de la jurisprudence administrative », *AJCT* 2011, p.490.
- J.D. DREYFUS, « La valorisation du service public par la diffusion d'œuvres créées par les agents publics » in *Mélanges en l'honneur du professeur Alain-Serge MESCHERIAKOFF. Service public, puissance publique : permanence et variations d'un couple mythique*, ouvrage coordonnée par J.M. DUFFAU, A. LOUVARIS et E. MELLA, Bruylant Bruxelles 2013, p. 100.
- J.D. DREYFUS, « Requalification de la convention d'occupation du stade Jean Bouin en délégation de service public », *AJDA* 2009, p.1149.
- D. DUMASHIE, « *The marine cadastre: A right-based approach to marine conservation in England* », in M. FALQUE, H. LAMOTTE, *Biodiversité. Droits de propriété, Économie et Environnement*, Bruylant 2013, p.75 et s.
- M. DUTU, « La dépendance énergétique, la souveraineté, et le droit international général », in *Défis énergétiques et droit international*, sous la dir. de S. DOUMBE-BILLE, Ed. Larcier, Bruxelles, 2011, p.29 et s.
- G. ECKERT, « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique » in *Contrats et propriété publique*, sous la direction de G. CLAMOUR, Lexisnexis Paris 2011.
- G. ECKERT, « Quelques précisions sur la notion d'activité économique », *Contrats et marchés publics* n°5, mai 2009, comm.152.

- G. ECKERT, « Propriété des installations réalisées par l'occupant privatif », à propos de l'arrêt du CE du 23 juillet 2010, n°320188, Sté Neville Foster Delaunay Belleville, *Contrats et marchés publics*, Octobre 2010 *Revue mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur*.
- I. EMPAIN, « Dossiers « Loi sur l'eau » : regard critique sur le mécanisme de compensation », *BDEI* janvier 2013 n°43.
- R. ENCINAS de MUNAGORRI, « Expertise scientifique et décision de précaution », *RJE* 2000, n° spécial, p. 71.
- J.-Y. FABERON, « Énergie, les réticences de la décentralisation : *AJDA* 1985, pp.571 et s.
- E. FATOME, « Bref regard sur le domaine public naturel après le code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2009 pp. 2326
- E. FATOME, P. TERNEYRE, « Quel est le propriétaire des ouvrages construits sur le domaine public ? », *RFDA* 1997 pp.935.
- A. FAVREAU, « La valeur sociale des objets de la propriété intellectuelle », *Lamy droit de l'immatériel* 2011 n°77.
- A. FOURMON, F. MALLET, « Quelles évolutions dans le financement de projet éolien ? », *BDEI* 2013, 45 supplément, Énergie éolienne : bilan et perspectives ; Chronique Implantation.
- A. FOURMON, « Le recours aux sociétés publiques locales (SPL) comme nouvel instrument du développement des énergies renouvelables pour les collectivités », *Gazette du Palais*, 25 septembre 2010, n°268, p.34.
- A. FOURMON, « Les enjeux de la compétence des collectivités territoriales en matière d'énergie et de chaleur », *Gazette du Palais*, 4 juillet 2009, n.185, p.10.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « La victoire du citoyen client », *Service Public et marché, Sociétal*, 2000, n°30 p.49.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Les différentes définitions de la régulation », in DGCCRF, *La régulation : monisme ou pluralisme ? LPA* 10 juillet 1998, n°82, p.6.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po Dalloz Paris 2006, pp.33 et s.
- E. GAILLARD, « Le patrimoine commun de l'Humanité. Trust intergénérationnel et « biens communs » », in *Repenser les biens communs*, sous la direction de B. PARANCE et J.de SAINT VICTOR, CNRS Éditions, Paris 2014, p.141.

- J. GATE, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'inaliénabilité du domaine public français », *Lamy Collectivités territoriales*, 2010, n°59, à propos de CEDH 29 mars 2010, aff. 34044/02 et 34078/02, *Depalle c/France, Mme Brosset-Triboulet et autres c/France*.
- Y. GAUDEMET, « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz 1996, pp. 309 et s.
- Y. GAUDEMET « L'avenir du droit des propriétés publiques », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Terré*, PUF 1999, p.574.
- Y. GAUDEMET, « La domanialité replacée dans le contexte de la loi de 1994 », *La semaine juridique notariale et immobilière*, n°14, 6 avril 2001, p.690.
- Y. GAUDEMET, « Les droits réels sur le domaine public », *Le patrimoine des personnes publiques*, *Droit et patrimoine*, 2009, n°179.
- Y. GAUDEMET, « A la recherche de l'ouvrage public », *Revue juridique de l'économie publique*, n°680 novembre 2010.
- Y. GAUDEMET, « Constitution et biens publics », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2012, n°37, p.68.
- Entretien avec Y. GAUDEMET, M. GUENAIRE et Cl. LUCAS de LEYSSAC, « Les autorités de régulation », *Cahiers de droit de l'entreprise* n°3, Mai 2008, entretien 3
- O. GODARD, « Le principe de précaution et la proportionnalité face à l'incertitude scientifique » in *Responsabilité et socialisation du risque*, Conseil d'État, Rapport public 2005 Études et documents n°56, La documentation française, p.386
- Y. GOUTAL, E-L. BERNARDI, « Valorisation du domaine public et mise en concurrence », *AJCT*, 2013 p.84.
- G. GUEGUEN-HALLOUET, N. BOILLET, « L'appel d'offres « éolien en mer ». Quelques réflexions à propos d'un nouvel avatar juridique ». *JCP. La semaine juridique. Éditions Administrations et collectivités territoriales*, n°40, 8 octobre 2012.
- G. GUEGUEN-HALLOUET, « Appel d'offres éolien en mer et règles européennes de concurrence », in *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques*. Actes du colloque de Brest 11 et 12 octobre 2012. Éditions Pédone 2013
- M. GUERIN, « Principe de précaution et utilité publique : une définition précise du contrôle par le Conseil d'État », *Environnement et développement durable* n°6, juin 2013, comm.54.
- A. GUEYE, « La mise en concurrence des concessions hydroélectriques : un dilemme récurrent ? », *Contrats et Marchés publics* n°6, Juin 2009, étude 7.

- M. GUYOMAR, « Contrats d'achat d'électricité : quand le Tribunal des conflits fait du contrôle de conventionalité », *AJDA* 2011 p.439.
- M. GUYOMAR, cité par S.J. LIEBER et D. BOTTEGHI, « Une question sous tension, la nature des ouvrages appartenant à EDF », *AJDA* 2010 p.1642, à propos de l'avis du CE ass, 29 avril 2010, Béliгаud, n°323179
- S. HEATHCOTE, « Les biens publics mondiaux et le droit international. Quelques réflexions à propos de la gestion de l'intérêt commun », *L'observateur des Nations Unies*, n°13, 2002, pp.137-161.
- J.C. HELIN, « Le droit de l'aquaculture marine, tendances et problèmes » *RFDA* 1993 p 549.
- J.C. HELIN, « La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement et le réforme des enquêtes publiques », *RJE* n° spécial 2010.
- C. HUGLO, « L'inéluctable prise en compte du dommage écologique par le juge administratif », *AJDA* 2013 p.667 : l'environnement est une chose commune.
- J.-J. ISRAEL, « L'activité commerciale sur le domaine public », *Petites affiches*, 5 mai 1993.
- O. JAMBU-MERLIN, « A l'abordage ! Pour une unicité du régime de l'abordage », *DMF* 2009, p.381.
- P. JOURDAIN, « Le risque de dommage est un trouble anormal du voisinage », *RTD civ* 2004, p.738.
- S. KAUFMANN, « Le régime juridique de l'Océan arctique : un paradoxe entre exploitation souveraine et protection internationale », in *Marché et environnement*, sous la dir. de J. SOHNLE et M.P. CAMPROUX DUFFRENE, Bruylant Bruxelles 2014, pp. 177 et s.
- D. KHAIR, « Les titres d'occupation de la zone des “cinquante pas géométriques” : du droit français au droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, Rubriques, Biens et travaux, sous la dir. de F. LLORENS, B. ODENT, C. LAVIALLE, novembre-décembre 2012, pp.1159 et s.
- J.F. LACHAUME, « Les espaces maritimes vus à travers quelques décisions des juges constitutionnel et administratif », in *La mer et son droit. Mélanges offerts à Laurent Lucchini et J.P. Quéneudec*. Pédone 2003, p.378.
- R. LADREIT DE LACHARRIERE, « La zone économique française de 200 milles » *Annuaire français de droit international*, volume 22, 1976, pp 641-652.

- M. LAIGNEAU, « Vers de nouvelles règles du jeu du marché de l'électricité : à propos du rapport Champsaur », *Revue juridique de l'économie publique*, aout-septembre 2009, p.1.
- M. LAMOUREUX, « Le bien énergie », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2009, p.239.
- M. LANORD FARINELLI, « La norme technique : une source du droit légitime ? », *RFDA* n°4, juillet-aout 2005, pp.738-751.
- V. LASSERRE, « Le risque », *Rec. Dalloz* 2011, p.1632.
- C. LAVIALLE, *La condition juridique de l'espace aérien français*, *RFDA*, 1986 p. 848.
- C. LAVIALLE, « Existe-t-il un domaine public naturel ? » *C.J.E.G.* Mai 1987 pp.627 et s.
- C.LAVIALLE, “Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations”, *RD publ.*1990, p.470.
- C. LAVIALLE, « Délégation de service public et domanialité publique », *Dr. adm.*, févr. 1998, chr. p. 4.
- C. LAVIALLE, « Remarques sur la définition législative du domaine public », *RFDA* 2008 p.491.
- B. LE BAUT-FERRARESE, « Les énergies renouvelables en transition », *Énergie, Environnement, Infrastructures*, n°10, Octobre 2015, Dossier 8.
- B. LE BAUT-FERRARESE, « Nouvelle position de la CJUE sur l'euro-compatibilité des mécanismes nationaux de soutien à l'électricité renouvelable », *Environnement* n°11, novembre 2014, comm.75.
- B. LE BAUT-FERRARESE, « Marché des énergies renouvelables et droit du libre-échange » in *Défis énergétiques et droit international*, sous la dir. de S. DOUMBE-BILLE, Éditions Larcier, Bruxelles, 2011, n°15, pp. 178 et s.
- B. LE BAUT-FERRARESE, « La nature juridique des éoliennes à la lumière de la loi Montagne », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 13, 28 Mars 2011, p.2121.
- A. LE GALL, « Droit de l'énergie », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 12, 19 Mars 2009, p.1291.
- P. LE TOURNEAU, « Le droit et l'éthique », in *Droit et technique. Études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*. Litec Paris 2007, p.292.
- S.J. LIEBER et D. BOTTEGHI, « Une question sous tension : la nature des ouvrages appartenant à EDF » *AJDA* 2010, p.1642.

- F.F. LISSOUCK, « La rénovation du régime des concessions d'utilisation du domaine public maritime : entre assouplissement et protection de l'environnement », *AJDA* 2005 p. 365.
- G. LHUILIER, « Le critère jurisprudentiel d'application du droit de la concurrence », *RTD Com.* 1994 p.645.
- F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « De l'onérosité et de l'intérêt économique direct comme critères des marchés publics », *Contrats et marchés publics* n°1, Janvier 2011, repère 1.
- G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000 p.47.
- C. LUCAS DE LEYSSAC, « Concurrence et compétition », *Recueil Dalloz* 2004 p.1722.
- L. LUCCHINI, « Passage et sécurité », in *Le Passage*, Colloque international, Monaco, 6-7 février 2009, Pédone, pp. 151 et s.
- S. MANSON, « Pen er men à Strasbourg : le domaine public maritime français au miroir du droit européen des biens (à propos de CEDH Grande chambre, 29 mars 2010, *Depalle et Brosset c/France*) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 20 octobre 0901 n°5, p.1451.
- G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », *AJDA* 2006, p.347.
- G. MARCOU, « Maintenir l'expression et la notion de service public », *AJDA* 2008, p.833.
- D.R. MARTIN, « Du corporel », *Recueil Dalloz*, 2004 p.2285.
- G.J. MARTIN, « Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quel avenir ? », *AJDA* 2005, p.2222.
- G.J. MARTIN, « Apparition et définition du principe de précaution, *Petites affiches*, 2000, n°239, p.7 et s.
- B. MATHIEU, « Valeur et portée des validations législatives devant le juge constitutionnel : un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits ? », *RFDA* 1998 p.148.
- F. MELLERAY, « Définition de la notion d'ouvrage public et précisions sur le service public de l'électricité, Note sous Tribunal des conflits, 12 avril 2010, *Électricité* réseau distribution de France (ERDF) c/ Michel et Conseil d'État, ass., avis cont., 29 avril 2010, M. et M^{me} Béliaud », *RFDA* 2010, p 572.
- S. MICHALAK, « Énergies marines renouvelables et responsabilité. Entre droit public et droit privé : une harmonisation souhaitable » in *Énergies marines renouvelables*.

Enjeux juridiques et socio-économiques. Actes du colloque de Brest 11 et 12 octobre 2012. Éditions Pédone 2013.

- A. MICHELOT, « Utilisation durable et irréversibilité. Du « jeu » de la temporalité aux enjeux de la durabilité », in *L'irréversibilité* n° spécial *RJE* 1998, p. 16.
- M. MOLINER-DUBOST, « Requiem pour le principe d'incessibilité des autorisations administratives », *AJDA* 2004, p.2141 et s.
- M. MOLINER-DUBOST, « Démocratie environnementale et participation des citoyens », *AJDA* 2011, p.259.
- A. MONTAS, « La responsabilité du fait de la mer, Étude de la causalité », in *Mer et responsabilité*, A. CUDENNEC, C. DE CET BERTIN, éd. Pédone 2009, pp. 203 et s.
- M.C de MONTECLER, « Le Conseil d'État ferme la porte au remboursement de la contribution au service public de l'électricité », *AJDA* 2015 p.1446.
- M.C de MONTECLER, « Dix propositions pour la réparation du préjudice écologique. Rapport pour la réparation du préjudice écologique » *Dalloz Actualités* 19 septembre 2013
- J. MORAND-DEVILLER, “Propos introductifs”, in *Contrats et propriété publique*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, sous la dir. de G. CLAMOUR, LexisNexis Paris 2011, pp. 1 et s.
- J. MORAND-DEVILLER, « Ordre naturel, ordre universel : la démocratie environnementale. Élisée Reclus » in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Costa*, Dalloz 2011, pp. 443-459.
- J. MORAND-DEVILLER, « La valorisation économique du patrimoine public » in *L'Unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Économica, Paris 1996, p.274.
- L. NEYRET, « La réparation des préjudices aux générations futures », in *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?* sous la dir. de J.P. MARKUS, Dalloz Paris 2012, pp.263 et 264.
- K. NERI, « Le droit à l'énergie, un nouveau droit de l'homme ? », in *Défis énergétiques et droit international*, sous la dir. de S. DOUMBE-BILLE, Ed. Larcier, Bruxelles, 2011, pp.336 et s.
- S. NICINSKI, « Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°44, 29 octobre 2007, p.2287.

- S. NICINSKI, P.A. JEANNENEY, E. GLASER, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA* 2010 p.1916.
- S. NICINSKI, « Droit de la concurrence et contrats portant sur la propriété publique » *in Contrats et propriété publique*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, sous la dir. de G. CLAMOUR, LexisNexis Paris 2011, pp. 43 et s.
- S. NICINSKI, « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public a une procédure de mise en concurrence ? », *in Biens publics, biens communs, Mélanges en l'honneur d'Etienne FATOME*, Dalloz 2011, pp. 383 et 384.
- S. NICINSKI, « Libertés économiques, droit de la concurrence et décisions administratives. Note sous Conseil d'État, 23 mai 2012, Régie autonome des transports parisiens (RATP), n°348909, au Lebon », *RFDA* 2013, p.1181.
- B. PARANCE, « Les entreprises face au risque de précaution », *in Développement durable et entreprise*, sous la dir. de V. MAGNIER, L. FONTBAUSTIER, Dalloz Paris 2013, p.65.
- H. PAULIAT, « Droit réel et propriété publique : une conciliation délicate », *Rec. Dalloz* 1990, p.93.
- H. PERINET-MARQUET, « Remarques sur l'extension du champ d'application de la théorie des troubles du voisinage », *RDI* 2005, p.161.
- P. PESTEL-DEBORD, « Dépourvu de moyens de propulsion et de direction, un chaland n'est pas un « navire » : son propriétaire ne peut limiter sa responsabilité », *DMF* 2006
- Y. PETIT, « Le droit international de l'environnement à la croisée des chemins : globalisation *versus* souveraineté nationale », *RJE* Janvier 2011, vol.36, pp. 31-55.
- Y. PICOD, « Droit du marché et droit commun des obligations. Rapport introductif », *RTD com*1998, p.1.
- Y. PICOD, « Droit des contrats et droit du marché. Entre harmonie et turbulences », *Revue des contrats*, 1 octobre 2006, n°4, p.1330.
- A. POMADE, « Le phénomène d'internormativité en droit de l'environnement, illustration par l'utilisation des énergies renouvelables en mer », *Droit de l'environnement*, sept.2011. n°193.
- J.M. PONTIER, « La problématique du territoire et du droit », *in Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, sous la dir. de M. DOAT, J. LE GOFF et P. PEDROT, Presses Universitaires de Rennes, 2007, pp.39 et s.
- J.M. PONTIER, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *Recueil Dalloz* 1998 p.327.
- J.M. PONTIER, « L'aménagement du territoire, rêve enfui », *AJDA* 2013, p.2302.

- M. PRIEUR, « L'irréversibilité et la gestion des déchets radioactifs dans la loi du 30 décembre 1990 », in *L'irréversibilité*, n° spécial *RJE* 1998 p.125.
- M. PRIEUR, « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *RJE*, 1988, p.397.
- L. PRIEUR, « L'écriture des Plans Locaux d'Urbanisme littoraux », GRIDAUH, Écriture du PLU, Fiche 1. Mise à jour 20 sept.2012.
- G. PROUTIERE-MAULION, « L'évolution de la nature juridique du poisson de mer Contribution à la notion juridique de bien » *Recueil Dalloz* 2000 p. 647.
- J.-P. QUENEUDEC, « Le statut des eaux », in *Les cultures marines en France et le droit*, Centre de droit et de l'économie de la mer, Rapports économiques et juridiques, Brest, Publications du CNEXO, n°11, 1983.
- L. RAPP, « Nature juridique et régime contentieux du contrat de raccordement électrique », *AJDA* 2012 p.764.
- V. RAVIT, O. SUTTERLIN, « Réflexions sur le destin du préjudice écologique pur », *Rec. Dalloz* 2012, p.2675.
- Y. RAZAFINDRATANDRA, « Sur la consécration jurisprudentielle d'un service public de protection de l'environnement », in *Service public, puissance publique : permanence et variations d'un couple mythique. Mélanges en l'honneur du professeur Alain-Serge Mescheriakoff*, ouvrage coordonné par J-M. DUFFAU, A LOUVARIS et E. MELLA, Bruylant, 2013, pp. 261 et s.
- M.J. REDOR-FICHOT, « Le droit à l'environnement, une liberté fondamentale en France ? », in *Changements environnementaux globaux et Droits de l'homme*, sous la direction de C. Cournil et C. Colard-Fabregoule, Bruylant Bruxelles 2012 p. 242.
- M.REMOND.GOULLIOUD « L'irréversibilité, de l'optimisme dans l'environnement, *RJE* n° spécial 1998 p.7.
- M. REMOND-GOULLIOUD, « Du préjudice écologique », *D* 1989, chron. p.260.
- R. REZENTHEL, « La navigation de plaisance : une liberté fondamentale conciliable avec la protection de l'environnement », *DMF* 2012, p. 736.
- R. REZENTHEL, « La navigation de plaisance : une conciliation de la liberté et de l'intérêt général », *DMF* 2007, p. 684.
- R. REZENTHEL, « Le droit de propriété de l'occupant du domaine public », *DMF*, 2006, n°666

- R. REZENTHEL et D. BLONDEL, « L'avenir du bail commercial et le déclin de l'exception de la domanialité publique », *La semaine juridique notariale et immobilière*, n°38, 21 septembre 2001, p 1388.
- R. REZENTHEL, « Vers une meilleure protection contre la précarité de l'occupation du domaine public » *AJDA* 2001, p.1025.
- R. REZENTHEL, « La liberté sur le littoral et la prise de risques », *DMF* 2001, p.619.
- C. RIBOT, « Délégation de service public et droit du marché », *Contrats et Marchés publics* n°5, Mai 2003, chron.8.
- L. RICHER, « Les cent ans de la théorie des droits réels », in *Contrats et propriété publique*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, sous la direction de G. CLAMOUR, LexisNexis Paris 2011, p.184.
- C. ROBIN, « Prérogative de puissance publique n'est pas activité économique au sens du droit de la concurrence » à propos de CJUE du 12 juillet 2012, *Lamy de la concurrence* 2013 n°34.
- C. ROCHE, « Les éoliennes offshore, la concrétisation ? », *Droit de l'environnement*, n°198, février 2012.
- C. ROCHE et L. BORDEREAUX, « Du droit du littoral au droit de la mer : quelques questions autour des énergies marines renouvelables », *Droit maritime français*, 2012, n°742.
- R. RODIERE, « La faute dans l'abordage », *DMF* 1971 p.195.
- M.C. ROUAULT, « Domaine public : droit au bail, non ; fonds de commerce, demain peut-être », *AJ Collectivités territoriales* 2015, p.93.
- M.C. ROUAULT, « La constitution de droits réels sur le domaine public, Loi du 25 juillet 1994 », *Revue de droit immobilier* 1995 p.27.
- P. SABLIERE, « Les ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-il qu'ils le soient ? » *AJDA* 2005, p 2324
- P. SABLIERE, « La nature juridique de l'électricité et les conséquences qui en résultent quant à sa fourniture », *P.A.* 6 juin 2007, n°113, p.4.
- I. SAVARIT, « Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ? », *RFDA* 1998, p.305.
- A.L. SIBONY, « Marché intérieur. Marchandises, capitaux, établissement, service » *RTD Eur.* 2010, p.129.

- D. SHELTON, « Réflexion introductive : environnement international et patrimoine commun de l'humanité », in *Marché et environnement*, sous la dir. de J. SOHNLE et M.P. CAMPROUX DUFFRENE, Bruylant Bruxelles 2014, pp. 10 et 11.
- O. SCHRAMECK, « Sécurité et liberté », *RFDA* 2011, p. 1093.
- A. SERIAUX, « L'espace public », in *Études à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds* Litec Paris 2007, p.433.
- A. SERIAUX, « la notion de chose commune, nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », in *Droit et Environnement, Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995, n°9.
- D. SOLDINI, « La délégation de service public, sa fonction, ses critères », *RFDA* 2010, p.1114.
- T. SOLEILHAC, « Vers une commercialité des autorisations administratives », *AJDA* 2007, p.2178.
- F. TARLET, *La liberté d'aller et venir à l'épreuve du domaine public naturel*, Univ. Jean Moulin Lyon III, 2010, n°13, p. 37.
- Y. TASSEL, « Risque et responsabilité dans les assurances maritimes » in *Mer et responsabilité*, A. CUDENNEC, C. DE CET BERTIN, éd. Pédone 2009.
- M. TELLER, « les marchés financiers, régulateurs de la politique environnementale », *Bulletin Joly Bourse*, 01 mai 2005 n° 3, p. 211.
- P. TERNEYRE, « Domaines publics et énergies renouvelables », *Environnement* n°2, Février 2011, dossier 3
- P. TERNEYRE, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », *AJDA* 1998 p.667.
- J. THEVENOT, « Introduction au concept d'irréversibilité, approche en droit international de l'environnement », *R.J.E* n° spécial 1998 pp.33 et s.
- M. TORRE-SCHAUB, « Quelques apports à l'étude de la notion de justice environnementale », in *Changements environnementaux globaux et Droits de l'homme* sous la direction de C. CURNIL et C. COLARD-FABREGOULE, Bruylant Bruxelles 2012, pp. 79 et s.
- F.-G. TREBULLE, « Le simple occupant d'un immeuble peut invoquer le bénéfice de la théorie des troubles de voisinage », *RDI* 2005, p.197.
- E. UNTERMAIER-KERLEO, « Redevances pour service rendu et redevances d'occupation du domaine public : les dernières évolutions », *La Semaine juridique Administrations et collectivités territoriales*, n°7, 11 février 2013, p.2039.

- J. UNTERMAIER, « Le droit de l'environnement, réflexions pour un premier bilan », *Année de l'environnement* 1980, 116. p.108.
- J. UNTERMAIER : « De la compensation comme principe général du droit », *RJ Envir.* 1986, p.381.
- R. VAN DER ELST, « Les défis de la nouvelle directive sur les énergies renouvelables et son impact sur le commerce intra- et extracommunautaire », in D. BUSCHLE, S. HIRSBRUNNER, C. KADDOUS, *European Energy Law. Droit européen de l'énergie.* Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011, p. 196.
- Y. VAN DER MENSBRUGGHE, « La CEE et le plateau continental des États Membres », in *Mélanges Fernand Dehousse*, vol.2, p.311, Éditions Nathan Bruxelles 1979.
- A. VAN LANG, « Le principe de participation : un succès inattendu », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 1^{er} avril 2014, n°43, p.25.
- A. VAN LANG, « L'application du principe de précaution à la déclaration d'utilité publique. Conseil d'État, assemblée, 12 avril 2013, n°342409, *Association coordination interrégionale Stop THT et a.* », *RDI* 2013, p.305.
- I. VINGIANO, « Les enjeux assurantiels des nouveaux risques pris par les entreprises en faveur du développement durable », in *Énergies, Environnement et développement durable*, sous la direction d'Alexis BUGADA, PUAM 2013, p.229.
- P. YOLKA, « Le domaine public naturel », *AJDA* 2009 p.2325.
- P. YOLKA, « Requiem pour la gratuité », *JCP A* 2007, p.170.
- F. ZENATI, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD Civ.*2006 p.445.

Articles de doctrine dans les revues juridiques étrangères

- M. ABAD.CASTELOS, « *Marine renewable Énergies: Opportunities, Law, and Management* », *Ocean Development §International Law*, 45, 221-237, 2014, p.224
- C.A.T. ARNOLD, “*Sustainable webs of interests: Property in an interconnected environment*” in D. GRINLINTON, P. TAYLOR, *Property rights and sustainability. The Evolution of Property Rights to Meet Ecological Challenges*, Martinus Nihoff Publishers, 2011, p.175.
- G.W. BOEHLERT, A.B. GILL,” *Environmental and ecologic effects of ocean renewable energy development. A current synthesis*”, *Oceanography*, vol.23, n°2, 2010.

- I. BOISVERT, “*Lifting the looking glass: tradable occupation could facilitate ocean renewable energy in New Zealand*”, August 2011, Property and Environment Research Center (PERC), New Zealand.
- B.H. BUCK, G. KRAUSE, H. ROSENTHAL, “*Extensive open ocean aquaculture development within wind farms in Germany: the prospect of offshore co-management and legal constraints*”, *Ocean and Coastal management* 47, 2004, pp.95-122.
- D. BUNN, T. YUSUPOV, “*The progressive inefficiency of replacing renewable obligation certificates with contracts-for differences in the UK electricity market*”, *Energy Policy*, January 2015).
- H. V. CAMPBELL, “*Emerging from the deep: pacific coast wave energy*”, *Journal of environmental law and litigation* vol.24, p.7, 2009.
- L. CARTER, D. BURNETT, and T. DAVENPORT, “*Relationship between submarine cables and marine environment*” in *Submarine Cables. The handbook of law and policy*”, edited by D.R. BURNETT, R.C. BECKMAN and T.M. DAVENPORT, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2014, pp. 194 et 195.
- M.L. Mc CONNELL, “*Observations on the Law Applicable on the Continental Shelf and in the Exclusive Economic Zone: A Comparative View*”, in *National Studies of the Law Applicable on the Continental Shelf and in the EEZ*, *Ocean Year Book* 25, 2011, pp 221-247.
- A. DHANJU, J. FIRESTONE, « *Access system framework for offshore wind power development in state waters* », Proceedings of Coastal Zone 07, Portland Oregon, July pp.22 to 26 2007.
- A. DHANJU, J. FIRESTONE, « *A framework for regulation of offshore wind power in Delaware States waters*”, University of Delaware College of Marine and Earth Studies, January 2008.
- A. DHANJU, « *Four essays on offshore wind power potential, development, regulatory framework and integration*”, UMI Dissertation Publishing n°3423406, United States 2010.
- J.-A. DUFF, “*Offshore management considerations: Law and Policy questions related to fish, oil and wind*”, *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol.31, Issue 2: *Coastal wind power energy generation: Capacities and Conflict*, article 8, 01-01-2004
- K. DWYER, “*UNCLOS, securing the United States’ future in offshore wind energy*” *Minnesota Journal of international law*, vol. 18-1, p. 265, 2009.

- J. FIRESTONE, W. KEMPTON, A. KRUEGER and C.E. LOPER, « *Regulating offshore wind power and aquaculture: messages from land and sea* », *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol.14 :7, 24 February 2005.
- F. GALEA, “*A legal regime for the exploration and exploitation of offshore renewable energy*”, *Ocean Year Book* 25, 2011, p.101.
- R. INGER, M.J. ATRILL, S. BEARHOP, A.C. BRODERICK, W.J. GRECIAN, D.J. HODGSON, C. MILLS, E. SHEEHAN, S.C. VOTIER, M.J. WITT, and B.J GODLEY, “*Marine renewable energy: potential benefits to biodiversity? An urgent call for research*”, *Journal of Applied Ecology*, 2009, 46, pp.1145-1153.
- A.B. KLASS, “*Modern Public Trust principles: recognizing rights and integrating standards*”, *Notre Dame Law review*, Vol.82:2, 2006, p.699.
- A.B. KLASS, “*Property rights on the new frontier: climate change, natural resource development, and renewable energy*”, *Ecology Law Quaterly*, vol.38, pp.63-120, 2011.
- A.B. KLASS, « *Renewable energy and the Public Trust doctrine* », *University of California, Davis* Vol.45, 2012, p.1041.
- Y. LIFSHITZ-GOLDBERG, “*Gone with the wind. The potential tragedy of the common wind*”. *UCLA Journal of environmental law and policy* 2010, p.28, 2.
- A. LINLEY, K. LAFFONT, B. WILSON, M. ELLIOTT, R. PERZ-DOMINGUEZ, D. BURDON, “*Offshore and Coastal Renewable Energy: Potential ecological benefits and impacts of large-scale offshore and coastal renewable energy projects*”. NERC Marine Renewables Scoping Study, Final report. 2009.
- R.A. MAKGILL, « *Public Property and Private Use Rights: Exclusive occupation of the coastal marine area in New Zealand* », in K. BOSSELMANN and V. TAVA (eds), *Water and Sustainability: New Zealand Centre for Environmental Law Monograph Series: Volume 3* (NZCEL, Auckland 2011) pp.77-110.
- H. K. MULLER, “*Legal bases for offshore grid development under international and UE law: Why national regimes remain the determining factor*”, *European Law Review* 2013, 38(5), pp.618-637.
- W.F. NIELSEN and T. DAVENPORT, « *Submarine cables and offshore energy* », in *Submarine cables-The Handbook of Law and Policy* Edited by D.R. BURNETT, R.C. BECKMAN and T.M. DAVENPORT, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2014, pp. 369 et 370.

- G. OSHERENKO, “*New discourses on ocean governance: understanding property rights and the public trust*”, *Journal of environmental law and litigation* vol.21, University of Oregon School of Law, p.317, 30 April 2007.
- G. PLANT, “*Offshore renewable energy development and the Energy Bill*” 2004, *JPL* pp.868-881.
- M.M. ROGGENKAMP, R.L. HENDRIKS, B.C. UMMELS, W.L. KLING, “*Market and regulatory aspects of trans-national offshore electricity networks for wind power interconnection*”, *Wind Energy* 2010; 13: pp.483-491.
- R.E. SALCIDO, “*Rough Seas ahead : Confronting challenges to Jump-start Wave Energy*”, *Environmental law*, vol.39 n°4, September 2009.
- A. SAN FILIPPO, “*Involving citizens in Marine Spatial Planning. A case study of Oregon’s Territorial Sea Plan amendment process for renewable energy development.* », *University of Oregon*, June 14, 2013.
- J.L. SAX, “*The Public Trust Doctrine in Natural Resources Law: Effective Judicial Intervention*”, 68, *Michigan Law Review*, 1970, pp.491-546.
- K. SCOTT, “*Tilting at offshore windmills: regulating wind farm development within the renewable energy zone*”, *Journal of Environmental law*, vol. 18 n° I, December 2005.
- S.T. SCHRODER, L. KITZING, “*The effects of meshed offshore grids on offshore wind investments-a real option analysis*”, EWEA 2012, Copenhagen.
- S. NG’ANG’A, M. SUTHERLAND, S. COCKBURN and S. NICHOLS, “*Toward a 3D marine cadastre in support of good ocean governance*”, presented at *Registration of properties in Strata*, International Workshop on 3D Cadastre, Delft, Netherlands, 28-30 November 2001, p. 102.
- P. TODD, “*Marine renewable energy and public rights*”, *Marine Policy*, 36 (2012), pp.667-672.
- S. TORBAGHAN, H. K. MULLER, M. GIBESCU, M.VAN DER MEIJDEN, M. ROGGENKAMP, “*The legal and economic impacts of implementing a joint feed-in premium support scheme on the development of an offshore grid*”, *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 45 (2015) pp.263–277.
- R. TSCHERNING, “*The European Offshore Supergrid and the Expansion of Offshore Wind Energy in Germany, Ireland, and the United Kingdom-Legal, Political and Practical Challenges*”, *European Energy and Environmental Law Review*, June 2011.

- A.C. VAISSIERE, H. LEVREL, S. PIOCH, A. CARLIER, « *Biodiversity offsets for offshore wind farm project: The current situation in Europe* », *Marine Policy* September 2014, Vol.48, pp.172-183.
- W. WURMNEST, “*Windige Geschäfte? Zur Bestellung von Sicherungsrechten an Offshore-Windkraftanlagen*”, *RabelsZeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 72, pp. 236-263.

Articles dans les revues et ouvrages collectifs économiques

- W.B. ARTHUR, “*Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Events*,” *Economic Journal*, Vol.99, n° 394 (Mar. 1989), pp. 116-131.
- J. HAY, « Compensation et acceptation sociale des énergies marines renouvelables », in *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques* sous la dir. de G. GUEGUEN-HALLOUET et H. LEVREL, Actes du colloque de Brest 11 et 12 octobre 2012, Pédone 2013, pp. 240 et s.
- P. MENANTEAU, D. FINON, M.L. LAMY, « Prix versus quantités : les politiques environnementales d’incitation au développement des énergies renouvelables », *Cahiers de recherche* n°25, Mai 2001, IEPE Grenoble.
- E. MOUHOUB MOUHOUD, « Les biens publics mondiaux. La connaissance, un bien public mondial ? », *Revue Économie et Management*, n°136, juin 2010.
- F. NAEGELEN, « La malédiction du vainqueur dans les procédures d’appel d’offres », *Revue économique*, 1986, vol.37, n°4, p.606.
- J. PERCEBOIS, « Les mécanismes de soutien aux énergies renouvelables, leurs forces et leurs faiblesses respectives », CREDEN, *Cahiers de recherche* n°14.03.107, 5 mars 2014
- E. SALIES, L. KIESLING, M. GIBERSON, « L’électricité est-elle un bien public ? », *Revue de l’OFCE* 101, Avril 2007.

Autres articles

- D. BIRNBACHER, « Éthique utilitariste et éthique environnementale-une mésalliance ? » *Revue philosophique de Louvain*, 4^{ème} série, Tome 96, n°3, 1998, p.427.
- P. BOISSERY, M. FALQUE, « Prospective de gestion du domaine public maritime et cadastre marin », *Les Annales de la Voirie* n°138, Octobre 2009, p.9.

- I. CALVO-MENDIETA, O. PETIT, F.D. VIVIEN, « Le patrimoine commun : une autre manière d’analyser la gestion collective des ressources naturelles », in M. MAILLEFERT, O. PETIT et S. ROUSSEAU, *Ressources, patrimoine, territoires et développement durable*, P.I.E. Peter Lang, Bruxelles, 2010, pp.213 et s.
- C.M. CIPOLLA, « Sources d’énergie et histoire de l’humanité », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, 16^e année, n°3, Mai- Juin 1961, pp. 521-534.
- V. DELDREVE et M. CREPEL, « L’appropriation de l’espace côtier et de ses ressources. Des conflits entre pêcheurs et autres usagers du littoral et de la mer », in *Territoires de conflits. Analyses des mutations de l’occupation de l’espace*, sous la direction de T. KIRAT et A. TORRE, L’harmattan, 2008, pp.118 et s.
- V. GERMANI, C. SALPIN, « Le statut de la biodiversité en haute mer : état des lieux des discussions internationales », in, JACQUET Pierre, K. PACHAURI Rajendra et TUBIANA Laurence, *Regards sur la terre 2011, Dossier Océans, la nouvelle frontière*, Armand Colin, Paris 2011, p.306.
- P. HUGON, « Les frontières de l’ordre concurrentiel et du marché : les biens publics mondiaux et les patrimoines communs », *Géographie, Économie, Société*, 2004/3, Vol.6, pp. 265 à 290.
- M’BALA et GAGNON 2012, cité dans le Rapport du Séminaire du 16 avril 2012 : « Organisation des usages en mer. Vers un cadastre littoral et marin ». ICREI, Centre International de Recherche sur l’Environnement, Faculté d’Économie d’Aix-Marseille et l’Agence de l’Eau Rhône Méditerranée.
- B. MULTON, J. AUBRY, P. HAESSIG, H. BEN AHMED, « Systèmes de stockage d’énergie électrique », *Techniques de l’ingénieur*, BE 8100, 10 avril 2013.
- P. RICOEUR, « Fondements de l’éthique », in *Autres temps. Les cahiers du christianisme social*. n°3, 1984, pp.61-71.
- D. RIGOLET-ROZE, « La variable énergétique dans la crise syrienne. La question stratégique du contrôle d’un futur gazoduc méditerranéen » *Confluences Méditerranée* 2014/4, n°91, pp. 95-106
- M. WOLSINK, « Acceptation sociale de l’innovation en matière d’énergie renouvelable : en quoi l’offshore est-il différent ? », in *Énergies marines renouvelables. Enjeux juridiques et socio-économiques*, sous la dir. de G. GUEGUEN-HALLOUET et H. LEVREL, Actes du colloque de Brest 11 et 12 octobre 2012, Pédone 2013, pp.215 et s.

VIII- Documents officiels des institutions internationales

A- Organisation des Nations Unies (ONU)

Conventions

- Convention sur la diversité biologique signée le 5 juin 1992 à Rio de Janeiro, entrée en vigueur le 29 décembre 1993 (RTNU vol. 1760 p.169)
- Convention- cadre sur les changements climatiques signée à New York le 9 mai 1992, entrée en vigueur le 21 mars 1994 (RTNU. Vol. 1771. p.191)
 - Protocole à la Convention- cadre sur les changements climatiques signé à Kyoto le 11 décembre 1997, entrée en vigueur le 16 février 2005 (ILM, vol.37 1998, p.32)
- Convention sur le droit de la mer (CNUDM) signée à Montego Bay (Jamaïque) le 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994 (RTNU vol. 1834, p.3)
- Convention sur la haute mer signée à Genève le 29 avril 1958 et entrée en vigueur le 30 septembre 1962 (RTNU vol. 450 p.82)
- Convention sur la mer territoriale et la zone contigüe signée à Genève le 29 avril 1958 et entrée en vigueur le 10 septembre 1964 (RTNU vol.516 p.205)
- Convention sur le plateau continental signée à Genève le 29 avril 1958 et entrée en vigueur le 10 juin 1964 (RTNU vol.499, p.311)
- Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitat des oiseaux d'eau signée à Ramsar (Iran) le 2 février 1971, entrée en vigueur le 21 décembre 1975 (RTNU vol. 996, p. 245 et s.)

Rapports

- Rapport constituant un document de l'Assemblée générale à sa 67^e session (A/67/120), au titre du point 76 a) « Les Océans et le droit de la mer ») (rapport sur les travaux du Processus consultatif informel ouvert à tous sur les océans et le droit de la mer lors de sa 13^e réunion, du 29 mai au 1^{er} juin 2012 au siège de l'ONU)
- PNUD, *Rapport sur le développement humain 2013. L'essor du Sud : le progrès humain dans un monde diversifié*, 2013.

B- Organisation maritime internationale (OMI)

- Convention pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL 73) signée à Londres le 2 novembre 1973 (ILM vol.12, 1973, p.1319)
 - Protocole à la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL 73/78) signée à Londres le 17 février 1978, entré en vigueur le 2 octobre 1983 (ILM vol.17, 1978, p.246).
- Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets signée à Londres le 13 novembre 1972 et entrée en vigueur le 30 août 1975.
- Convention sur le Règlement international pour prévenir les abordages en mer signée à Londres le 20 octobre 1972, entrée en vigueur le 15 juillet 1977 (BGBI 1976 II p.1017).

C- Conventions interétatiques

- Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE) du 17 décembre 1994 conclu à Lisbonne le 17 décembre 1994, entré en vigueur le 16 avril 1998.
- Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord- Est (Convention OSPAR) signée à Paris le 22 septembre 1992, entrée en vigueur le 25 mars 1998 (ILM vol.32, 1993, p.1069)
- Accord concernant la coopération en matière de lutte contre la pollution de la mer du Nord par les hydrocarbures et autres substances dangereuses signé à Bonn le 13 septembre 1983 (amendant l'accord signé à Bonn le 9 juin 1969), entré en vigueur le 1^{er} septembre 1989.

IX- Documents officiels des institutions de l'Union européenne

Droit primaire

- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JOUE C 326/47 du 26 octobre 2012).
- Traité sur l'Union européenne (JOUE C 326/13 du 26 octobre 2012)

Droit dérivé

Règlements

- Règlement UE n°651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du Traité. (JOUE n° L 187 du 26 juin 2014)
- Règlement (UE) n°347/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2013 concernant des orientations pour les infrastructures énergétiques transeuropéennes, et abrogeant la décision n°1364/2006/CE et modifiant les règlements (CE) n°713/2009, (CE) n°714/2009 et (CE) n°715/2009. (JOUE n° L 115/39 du 25 avril 2013)
- Règlement UE n°360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général (JOUE n° L 114/8 du 26 avril 2012).
- Règlement (CE) n°663/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un programme d'aide à la relance économique par l'octroi d'une assistance financière communautaire à des projets dans le domaine de l'énergie (JOUE n° L.200/31 du 31 juillet 2009).
- Règlement CE n°680/2007 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2007 déterminant les règles générales pour l'octroi d'un concours financier communautaire dans le domaine des réseaux transeuropéens de transport et d'énergie (JOUE n° L.162/1 du 22 juin 2007)
- Règlement CE n°139/2004 du 20 janvier 2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentrations entre entreprises (JOUE n°L.24 du 29 janvier 2004).

Directives

- Directive 2014/89/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la planification de l'espace maritime. (JOUE n°L 257/135 du 28 août 2014)
- Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 Février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (JOUE n° L 94/1 du 28 mars 2014)
- Directive 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages (JOUE n° L 20/7 du 26 janvier 2010)
- Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE (JOUE n° L211/55 du 14 août 2009)

- Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE (JOUE n°L.140/16 du 5 juin 2009).
- Directive n°2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (JOUE n° L 140/63 du 5 juin 2009).
- Directive 2008/56/CE du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin (directive-cadre « stratégie pour le milieu marin »). (JOUE n° L 164/19 du 25 juin 2008).
- Directive n° 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (JOUE n° L376/36 du 27 décembre 2006)
- Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JOCE n° L 134/14 du 20.04.2004).
- Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 relative au système communautaire d'échanges de quotas d'émission de GES (JOCE n° L.275 du 25 octobre 2003)
- Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau. (JOUE n° L 327 du 22 décembre 2000)
- Directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages (JOCE n° L 206 du 22 juillet 1992)
- Directive 79/409/CEE du Conseil du 2 avril 1979 dite Directive « Oiseaux » (JOCE n° L. 103 du 25 avril 1979).

Décisions

- Décision 1386/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 relative à un programme d'action générale de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020 « Bien vivre dans les limites de notre planète ».
- Décision n° 2012/21/UE de la Commission du 21 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106 §2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides

d'État sous forme de compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (JOUE n° L 7/3 du 11 janvier 2012)

- Décision 2010/670/UE du 3 novembre 2010 établissant les critères et les mesures pour le financement de projets commerciaux de démonstration axés sur le captage et le stockage géologique du CO² sans danger pour l'environnement, ainsi que de projets de démonstration de technologies innovantes liées aux énergies renouvelables dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté établi par la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil. (JOUE n° L 290/39 du 6 novembre 2010)
- Décision n°2009/548/CE du 30 juin 2009 de la Commission établissant un modèle pour les plans d'actions nationaux en matière d'énergie renouvelables conformément à la directive 2009/28/CE du parlement européen et du Conseil (JOUE n° L 182 du 15 juillet 2009)
- Décision n° 2009/89/CE du 4 décembre 2008 concernant la signature, au nom de la Communauté européenne, du protocole relatif à la gestion intégrée des zones côtières de la Méditerranée (JOUE n° L 34 du 4 février 2009)
- Décision n°1364/2006/CE du 6 septembre 2006 établissant des orientations relatives aux réseaux transeuropéens d'énergie et abrogeant la décision n°1229/2003/CE. (JOUE n° L 262/1 du 22 septembre 2006)
- Décision n° 98/249/CE du Conseil du 7 octobre 1997, relative à la conclusion de la convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord- Est (Convention de Paris) Dite convention OSPAR. (JOUE n° L 104 du 3 avril 1998).

Communications de la Commission

- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, et au Comité des régions, Énergie bleue. Réaliser le potentiel de l'énergie océanique dans les mers et océans européens à l'horizon 2020 et au-delà / COM / 2014/ 08 final du 20 janvier 2014.
- Communication de la Commission, Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 (2014/C 200/01).
- Communication de la Commission relative à la proposition de directive européenne du 12 mars 2013 (COM (2013) 133 final).

- Livre vert Connaissance du milieu marin 2020 SWD (2012) 250 Final du 29 Août 2012
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Énergies renouvelables : un acteur de premier plan sur le marché européen de l'énergie*, COM (2012) 271 Final
- Communication 2012/C8/02 du 11 janvier 2012 (de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, JOUE n° C8/4 du 11 janvier 2012)
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 13 septembre 2012- *La croissance bleue : des possibilités de croissance durable dans les secteurs marin et maritime*. COM (2012) 494 du 13 septembre 2012
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 17 décembre 2010- *Planification de l'espace maritime dans l'UE. Bilans et perspectives d'évolution* (COM (2010) 771 final).
- Communication de la Commission- *Feuille de route pour la planification de l'espace maritime : élaboration de principes communs pour l'Union Européenne*. COM/2008/791
- Livre vert de la Commission « vers un réseau d'énergie européen sûr, durable et compétitif » du 13 novembre 2008 (COM (2008) 782 Final)
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - *Énergie éolienne en mer: réaliser les objectifs de politique énergétique à l'horizon 2020 et au-delà*, COM/2008/0768 final
- Livre bleu le 10 octobre 2007 sur « les lignes directrices pour une approche intégrée de la politique maritime (COM 2007 575 final)
- Livre vert de la Commission du 7 juin 2006 : « Vers une politique maritime de l'Union : une vision européenne des océans et des mers » COM (2006) 275 final
- Communication de la Commission COM (2005)627

Autres

- Recommandation européenne n°2002/413/CE 30/05/93 GIZC sur le littoral européen

- S. COLE, P. MARTINOT, S. RAPOPORT (Tractebel Engineering), G. PAPAETHYMIU (ECOFIS), V. GORI (PwC), *Study on the benefits of a meshed offshore grid in Northern Seas region*, Rapport remis à la Commission européenne, Juillet 2014.

X- Documents officiels des institutions de la République française

Constitution

- La Charte de l'environnement de 2004 (Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (JORF n°0051 du 2 mars 2005 page 3697).

Lois

- Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance (JORF n°0184 du 11 août 2018)
- Loi n° 2017-227 du 24 février 2017 ayant ratifié l'ordonnance n° 2016-1059 du 3 août 2016 relative à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables (JORF n°0048 du 25 février 2017)
- Loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (JORF n°0189 du 18 août 2015 page 14263)
- Loi n°2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises (JORF n°0140 du 19 juin 2014 page 10105)
- Loi n°2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes (JORF n°0089 du 16 avril 2013 page 6208).
- Loi n°2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre de la participation du public définie à l'article 7 de la Charte de l'environnement dite Loi Batho (JORF n°0302 du 28 décembre 2012 page 20578)
- Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010, dite loi Grenelle 2 (JORF n°160 du 13 juillet 2010)
- Loi n° 2009-967 du 3 août 2009, dite loi Grenelle 1 (JORF n°0179 du 5 août 2009 page 13031)
- Loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie (JORF n°44 du 21 février 2007 page 3052)
- Loi n°2006-436 du 14 avril 2006 sur les parcs naturels marins, les parcs nationaux et les parcs naturels régionaux (JORF n°90 du 15 avril 2006 page 5682)

- Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005, dite loi POPE (JORF n°163 du 14 juillet 2005 page 11570)
- Loi n°2004.803 du 09 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz (JORF n°185 du 11 août 2004 page 14256)
- Loi n° 2003-346 du 5 avril 2003 relative à la création d'une ZPE (JORF n°90 du 16 avril 2003 page 6726)
- Loi n°2000-108 du 10 février 2000 de modernisation de l'électricité (JORF n°35 du 11 février 2000 page 2143)
- Loi n°92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau (JORF n°3 du 4 janvier 1992 page 187)
- Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986, dite loi Littoral (JORF du 4 janvier 1986 page 200)
- Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État (JORF du 9 janvier 1983 page 215)
- Loi n° 83-581 du 5 juillet 1983 sur la sauvegarde de la vie humaine en mer (JORF du 6 juillet 1983 page 2063)
- Loi n°83-630 du 12 juillet 1983 sur les enquêtes publiques (JORF du 13 juillet 1983 page 2156)
- Loi n°81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes (JORF n°0028 du 3 février 1981 page 415)
- Loi n° 76-655 du 16 juillet 1976 relative à la ZEE (JORF du 18 juillet 1976 page 4299)
- Loi n°68-1181 du 30 décembre 1968 relative à l'exploration du plateau continental et à l'exploitation de ses ressources naturelles (JORF du 31 décembre 1968 page 12404)
- Loi n° 67-545 du 7 juillet 1967 sur l'abordage (JORF du 9 juillet 1967 page 6867)
- Loi n°63-1178 du 28 novembre 1963 relative au domaine public maritime (JORF du 29 novembre 1963 page 10 643)

Ordonnances

- Ordonnance n° 2016-1687 du 8 décembre 2016 relative aux espaces maritimes relevant de la souveraineté ou de la juridiction de la République française (JORF n°0286 du 9 décembre 2016)
- Ordonnance n° 2016-1059 du 3 août 2016 relative à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables (JORF n°0181 du 5 août 2016)

Décrets

- Décret n°2016-9 du 8 janvier 2016 concernant les ouvrages de production et de transport d'énergie renouvelable en mer (JORF n°0008 du 10 janvier 2016).
- Décret n°2014-760 du 2 juillet 2014 modifiant le décret n°2012-533 du 20 avril 2012 relatif aux schémas régionaux de raccordement au réseau des énergies renouvelables, prévus par l'article L.321-7 du code de l'énergie (JORF n°0153 du 4 juillet 2014 page 11052).
- Décret n°2013-611 du 10 juillet 2013 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 ainsi qu'au tracé des câbles et pipelines sous-marins. (JORF n°0160 du 12 juillet 2013 page 11622).
- Décret n°2012-1148 du 12 octobre 2012 portant création d'une zone économique exclusive au large des côtes du territoire de la République en méditerranée (JORF n°0240 du 14 octobre 2012 page 16056).
- Décret n°2012-533 du 20 avril 2012 relatif aux schémas régionaux de raccordement au réseau des énergies renouvelables, prévus par l'article L.321-7 du code de l'énergie (JORF n°0095 du 21 avril 2012 page 7178), modifié par le décret 2014-760 du 2 juillet 2014.
- Décret n°2012-507 du 18 avril 2012 créant le Parc national des calanques (JORF n°0093 du 19 avril 2012).
- Décret n°2012-103 du 27 janvier 2012 relatif à l'utilisation des ressources issues de la taxe instituée par l'article 1519 B du CGI (JORF n°24 du 28 janvier 2012).
- Décret n°2011-1893 du 14 décembre 2011 modifiant le décret n°2000-877 du 7 septembre 2000 relatif à l'autorisation d'exploiter les installations de production d'électricité. (JORF n°0293 du 18 décembre 2011 page 21405).
- Décret n°2011-1612 du 22 novembre 2011 relatif aux première, deuxième, troisième et quatrième parties réglementaires du code général de la propriété des personnes publiques (JORF n°0272 du 24 novembre 2011 page 19708).
- Décret n°2011-757 du 28 juin 2011 modifiant le décret du 4 décembre 2002 relatif à la procédure d'appel d'offres pour la production d'électricité (JORF n°0150 du 30 juin 2011 page 11023)

- Décret n°2007-1280 du 28 août 2007 relatif à la consistance des ouvrages de branchement et d'extension des raccordements au réseau public d'électricité (JORF n°200 du 30 août 2007 page 14313).
- Décret n°2004-308 du 29 mars 2004 relatif aux concessions d'utilisation du domaine public maritime en dehors des ports, abrogé par le décret n°2011-1612 du 22 novembre 2011 et désormais codifié au code général de la propriété des personnes publiques (CG3P).
- Décret n°2004-112 du 6 février 2004 relatif à l'organisation de l'action de l'État en mer (JORF n°32 du 7 février 2004 page 2616)
- Décret n°2002-1434 du 4 décembre 2002 relatif à la procédure d'appel d'offres pour les installations de production d'électricité, (JORF n°288 du 11 décembre 2002) modifié par le décret n°2011-757 du 28 juin 2011, (JORF n°0150 du 30 juin 2011, page 11023)
- Décret n°2001-410 du 10 mai 2001 relatif aux conditions d'achat de l'électricité produite par des producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat.
- Décret n°2000-877 du 7 septembre 2000 relatif à l'autorisation d'exploiter les installations de production d'électricité.
- Décret n°86-606 du 14 mars 1986 (JO 19 mars 1986) modifié par le décret n°88-199 du 29 février 1988 (JO 2 mars 1988)
- Décret n°79-518 du 29 juin 1979 relative aux concessions d'endiguage et d'utilisation des dépendances du domaine public maritime maintenue dans ce domaine, en dehors des ports. Ce décret fut abrogé par le décret du 29 mars 2004
- Décret n°77-130 du 11 février 1977 portant création, en application de la loi n°76-655 du 16 juillet 1976 d'une zone économique au large des côtes du territoire de la République bordant la Mer du Nord, la Manche et l'Atlantique, depuis la frontière franco-belge jusqu'à la frontière franco-espagnole (JORF du 12 juillet 1977 page 864)

Arrêtés

- Arrêté du 15 décembre 2009 relatif à la programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité (JORF n°0008 du 10 janvier 2010 page 526)
- Arrêté du 23 décembre 2008 complétant l'arrêté du 17 novembre 2008 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent (JORF n°0303 du 30 décembre 2008 page 20408).

- Arrêté du 17 novembre 2008 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent (JORF n°0290 du 13 décembre 2008 page 19032)
- Arrêté du 1^{er} mars 2007 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie hydraulique des lacs, cours d'eau et mers, telle que visées au 1^o de l'article 2 du décret n°2000-1196 du 6 décembre 2000 (JORF n°95 du 22 avril 2007 page 7146)

Circulaires

- Circulaire du 20 janvier 2012 relative à la gestion durable et intégrée du domaine public maritime naturel (NOR : DEVL1121741C), (BO min. écologie n°2012/7, 25 avril 2012).

Autres

- Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le projet de parc éolien en mer de Fécamp, incluant le raccordement électrique, la base de maintenance et le site de fabrication des fondations gravitaires, n°2015-24, adopté lors de la séance du 24 juin 2015.
- Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le projet de parc éolien en mer de Saint Nazaire, n° AE 2015-011, adopté lors de la séance du 6 mai 2015.
- Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le projet de parc éolien en mer de Courseulles-sur-Mer et son raccordement électrique, n° AE 2015-003 du 25 mars 2015
- Instruction du Gouvernement du 17 février 2014 relative à l'articulation entre la directive cadre sur l'eau (DCE) et la directive cadre stratégie pour le milieu marin (DCSMM).
- Réponse du Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie du 5 juillet 2011 à la question écrite n°101275 de Jean-Louis Gagnaire, Député de Loire.
- Avis de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) du 30 octobre 2008 relatif au projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent, JORF n°290 du 13 décembre 2008 texte n°121.

Rapports

Rapports à l'Assemblée nationale

- M. N. BATTISTEL, E. STRAUMANN, Rapport d'information sur l'*hydroélectricité*, n°1404, Assemblée nationale, Octobre 2013.

- F. REYNIER, Rapport d'information sur *l'énergie éolienne*, n°2398, Assemblée nationale, 31 mars 2010.

Rapports au Sénat

- J.E. ANTOINETTE, J. GUERRIAU, R. TUHEIAVA, Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outremer sur *les zones économiques exclusives (ZEE) ultramarines. Le moment de vérité*, n°430, Sénat, 9 avril 2014.
- J. DESESSARD, Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur *le coût réel de l'électricité afin d'en déterminer l'imputation aux différents agents économiques*, n°667, Sénat, 11 juillet 2012.
- O. HERVIAUX, J. BIZET, Rapport d'information fait au nom de la commission du développement durable, des infrastructures, de l'équipement et de l'aménagement du territoire sur *la loi littoral*, n°297, Sénat, 21 janvier 2014.
- J. LORGEUX, A. TRILLARD, R. BEAUMONT, M. BOUTANT, J. GERRIAU, P. PAUL, Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées au nom du groupe de travail sur la *maritimisation*, n°674, Sénat, 17 juillet 2012.
- G. MIQUEL, Rapport d'information fait au nom de la Commission des finances sur *l'Agence des aires marines protégées (AAMP) et la politique de protection du milieu marin*, n°654, Sénat, 25 juin 2014

Rapports aux ministères

- F. BENHAMOU et D. THESMAR, *Valoriser le patrimoine culturel de la France*, Rapport remis au ministre de la culture, Conseil d'analyse économique, La Documentation française, Paris, Juin 2011, 162 p.
- H. BOYE, E. CAQUOT, P. CLEMENT, L. de la COCHETIERE, J.M. NATAF, P. SERGENT, *Rapport de la mission d'étude sur les énergies marines renouvelables*. Ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie ; Ministère de l'Économie et des finances, Ministère du redressement productif, Mars 2013.
- A. GOSSEMENT, *Droit minier et droit de l'environnement. Éléments de réflexion pour une réforme relative à l'évaluation environnementale, à l'information, et à la participation du public*, Rapport remis à Mme N. KOSCIUSKO-MORIZET, Ministre

de l'Écologie, du Développement durable, des Transports, et du Logement, Paris, 12 octobre 2011.

- P. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, Éditions Odile Jacob, La Documentation française, Janvier 2000, 405 p.

Rapport de la Cour des comptes

- COUR DES COMPTES, Référé n°67194, « Renouvellement des concessions hydroélectriques », 21 juin 2013.

Rapports du Conseil d'État

- *Consulter autrement, Participer effectivement*, Rapport public 2011, La Documentation française, Paris 2011, 226 p.
- *L'eau et son droit*, Rapport public 2010, La Documentation française, Paris, 2010, 582 p.
- *L'intérêt général, jurisprudence et avis de 1998*, Rapport public 1999, EDCE n°50, La Documentation française, Paris 1999, 449 p.
- *L'Utilité publique aujourd'hui*, Rapport public, La Documentation française, Paris 1999

Colloques organisés par le Conseil d'État

- *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*. Colloque organisé à l'ENA le 6 juillet 2011, La Documentation française, Paris 2012, 162 p.

Autres rapports

- COMMISSION DE REGULATION DE L'ÉNERGIE (CRE), *La contribution au service public de l'électricité (CSPE). Mécanisme, historique et prospective*. Octobre 2014.
- COMOP n°5, Grenelle de la mer, « Droits d'usage des mers, financement, fiscalité », Rapport final, 28 juin 2010.
- J.M. CHEVALIER, J. PERCEBOIS, *Gaz et électricité, un défi pour l'Europe et pour la France*, CONSEIL d'ANALYSE ECONOMIQUE, La Documentation française, Paris 2008.

XI- Documents officiels des institutions d'autres États

Royaume de Belgique

- Loi n°1999-01-20/33 du 20 janvier 1999 visant la protection du milieu marin et l'organisation de l'aménagement des espaces marins sous juridiction de la Belgique (Moniteur belge n°1999022033 du 12 mars 1999 page 8033)
- Arrêté royal établissant une zone de sécurité autour des îles artificielles, installations et ouvrages pour une production d'énergie à partir de l'eau, des courants et des vents dans les espaces marins sous juridiction de la Belgique, n°2012011172.
- Rapport de la CREG (Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz) du 27 octobre 2011, Étude F-111027- CDC-1061 relative à « l'analyse des coûts et le calcul de la partie non rentable pour l'éolien offshore en Belgique.

Royaume-Uni

- *Energy Act 2013 (c.32)*
- *Energy Act 2004 (c.20)*
- *The Electricity (Offshore Generating Stations) (Safety Zones) (Application Procedures and Control of Access) Regulations 2007 (SI No 2007/1948).*
- *Renewable Energy Zone (Designation of area) Order 2004 (2004. N°2668)*
- *Subsea Cables UK Guideline n°6 on the Proximity of Offshore Renewable Energy Installations and Submarine Cable Infrastructure in Waters, Issue 4 (August 2012).*
- *ICPC Recommendation n°13 Proximity of Wind Farm Developments and Submarine Cables (September 27, 2010).*

République fédérale d'Allemagne

- *Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz- EEG 2014 (Loi sur les énergies renouvelables, entrée en en vigueur le 1^{er} août 2014)*
- *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche EGBGB (Loi d'introduction au code civil BGB). Version refondue du 21 septembre 1994.*

Royaume de Danemark

- *Promotion of Renewable Energy Act (Act n°1392) 27 décembre 2008*

Royaume des Pays-Bas

- *Regelingsaanwijzing van categorieën Duurzame Energieproductie* 10 février 2014

États-Unis d'Amérique

- *Submerged Land Act (SLA)* du 22 mai 1953
- *Outer Continental Shelf Act (OCSA)* du 7 août 1953

Royaume d'Espagne

- Constitution du 27 décembre 1978 (article 132-2)

République portugaise

- Constitution du 2 avril 1976 (article 84-1)

République italienne

- Loi n° 979 du 31 décembre 1982 *Provisions for the protection of the sea.*

République du Pérou

- *Ley de Preservacion de Las Rompientes Apropriadas para la Practica Deportiva* (n°27280) (réglementation des spots de surf)

XII- Jurisprudence

Jurisprudence européenne

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH 4 décembre 2008 *Dogru c/France* n°27058/05.
- CEDH 26 février 2008 *Fägerskiöld c/ Suède* n° 37664/04
- CEDH 27 novembre 2007 *Hamer c/Belgique* n° 21861/03
- CEDH 30 novembre 2004 *Oneryildiz c/ Turquie* n° 48939/99
- CEDH 12 juillet 1978 *X....c/ Royaume Uni* n°7992/77

Cour de justice de l'Union européenne

- CJUE 14 juillet 2016 *Promoimpresa Srl et Mario Melis*, Aff. Jtes C-458/14 et C-67/15 (ECLI: EU:C:2016:558)
- CJUE 1^{er} juillet 2014 *Alands Vindkraft*, Aff. C-573/12 (ECLI : EU : C : 2014 : 2037)
- CJUE 19 décembre 2013 *Association Vent de colère ! Fédération nationale*, Aff. C-262/12, non encore publié au Recueil (ECLI : EU : C : 2013 : 851).
- CJUE 21 juillet 2011 *Azienda Agro-Zootecnica Franchini Sarl et Eolica di Altamura Srl c/Regione Puglia* Aff. C-2/10 (Rec. p. I-6561).
- CJUE 22 décembre 2010 *Gowan Comercio Internacional* Aff. C-77/09 (Rec. p. I-13533).
- CJUE 10 septembre 2009 *WAZV Gotha c/ Eurawasser Aufbereitungs und Entsorgungsgesellschaft mbH* Aff. C-206/08, Rec. p. I-8377.
- CJCE 26 mars 2009 *SELEX Sistemi Integrati SpA c/ Commission et Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)* Aff. C-113/07 P (Rec. p. I- 2207).
- CJUE 13 novembre 2008 *Commission c/Italie* Aff. C-437/07 (Rec. p. I- 153).
- CJCE 13 novembre 2007 *Commission c/ Irlande* Aff. C-507/03 (Rec. p. I- 9777).
- CJCE 18 juillet 2007 *Commission c/Italie* Aff. C-382/05 (Rec. p. I- 6657).
- CJUE 15 mars 2007 *Commission c/Finlande* Aff. C-54/05 (Rec. p. I- 2473).
- CJCE 18 janvier 2007 *Auroux* Aff. C-220/05 (Rec. p. I- 385).
- CJCE 28 septembre 2006 *Commission c/ Pays Bas* Aff. C-282/04 et C-283/04 (Rec. p. I. 9141).
- CJCE 11 juillet 2006 *Federacion Espanola de Empresas de Tecnologia Sanitaria (FENIN) c/ Commission* Aff. C-205/03 (Rec. p. I- 6295).
- CJCE 20 octobre 2005 *Commission c/ Royaume Uni* Aff. C-6/04 (Rec. p. I- 9017).
- CJCE 13 octobre 2005 *Parking Brixen GmbH* Aff. C-458/03 (Rec. p. I- 8585).
- CJCE 24 juillet 2003 *Altmark Trans GmbH et Regierungsprasidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* Aff. C-280/00 (Rec. p. I-7810).
- CJCE 13 mai 2003 *Commission c/Espagne* Aff. C-463/00 (Rec. p. I-4581).
- CJCE 4 juin 2002 *Commission c/France* Aff. C-483/99 (Rec. p. I- 4781).
- CJCE 4 juin 2002 *Commission c/Portugal* Aff. C-367/98 (Rec. p. I- 4731).
- CJCE 4 juin 2002 *Commission c/ Belgique* Aff. C-503/99 (Rec. p. I- 4809).
- CJUE 27 février 2002 *Herbert Weber c/ Universal Ogden Services Ltd.* Aff. C-37/00, (Rec. p. I- 2013).
- CJCE 13 mars 2001 *Preussen Elektra* Aff. C-379/98 (Rec. p. I- 2099).

- CJCE 14 décembre 2000 *Fazenda Publica et Camara Municipal do porto* Aff. C-446/98 (Rec. p. I- 11435).
- CJCE 7 décembre 2000 *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria* Aff. C-324/98 (Rec. p. I- 10745).
- CJCE 10 février 2000 *Deutsch Post AG c/ Gesellschaft fur Zahlungssysteme mbH* Aff. C-147/97 et C-148/97 (Rec. p. I- 825).
- CJCE 18 juin 1998 *Commission c/ République italienne* Aff. C-35/96 (Rec. p. I- 3851).
- CJCE 27 octobre 1997 *Commission c/France* Aff. C-159/94 (Rec. p. I- 5815).
- CJCE 12 novembre 1996 *Royaume Uni c/Conseil* Aff. C-84/94 (Rec. p. I-5755).
- CJCE 27 avril 1994 *Commune d'Almelo e.a c/NV Énergiebedrijf Ijsselmij* Aff. C-393/92 (Rec. p. I- 1508).
- CJCE 19 janvier 1994 *SAT Fluggesellschaft mbH c/ Eurocontrol* Aff. C-364/92 (Rec. p. I- 43).
- CJCE 19 mai 1993 *Procédure pénale c/ Paul Corbeau* Aff. C-320/91 (Rec. p. I- 2563).
- CJCE 23 avril 1991 *Klaus Hofner et Fritz Elser c/ Macroton GmbH* Aff. C-41/90 (Rec. p. I-1979).
- CJCE 21 mars 1991 *Italie c/Commission* Aff. C-305/89 (Rec. p. I- 1603).
- CJCE 13 décembre 1990 *Monopoles grecs de pétrole* Aff. C-347/88 (Rec. p. I- 4747).
- CJUE 9 juillet 1989 *Herman Schrader HS Kraftfutter GmbH § Co. KG contre Hauptzollamt Gronau* Aff. 265/87 (Rec. p. 2237).
- CJCE 16 juin 1987 *Commission c/Italie* Aff.118/85 (Rec. p. 2599).
- CJCE 3 juin 1986 *Commission c/France* Aff. 307/84 (Rec. p.1725).
- CJCE 20 mars 1985 *Italie c/ Commission (Bristish Telecom)* Aff.41/83 (Rec., p. 873).
- CJCE 10 juillet 1984 *Campus Oil Limited et autres c/ Ministre pour l'Industrie et l'Énergie et autres* Aff. 72/83 (Rec. p. 2727).
- CJCE 26 mai 1982 *Commission c/Belgique* Aff.149/79 (Rec. p. 1845).
- CJCE 20 février 1979 *Rewe-Zentral AG c/ Bundes monopolverwaltung fur Branntwein*, Aff. 120/78 (Cassis de Dijon) (Rec. p. 649).
- CJCE 10 octobre 1978 *Hansen c/ Hauptzollamt de Flensburg* Aff. 148/77 (Rec. p.1787).
- CJCE 16 février 1978 *Commission c/ Irlande* Aff. 61/77 (Rec. p. 417).
- CJCE 24 janvier 1978 *Van Tiggele* Aff. 82/77 (Rec., 1978).
- CJCE 14 juillet 1976 *Cornelis Kramer e.a.* Aff. jtes 3, 4 et 6/76 (Rec. p. 1279).
- CJCE 11 juillet 1974 *Dassonville* Aff. 8/74 (Rec.837).

- CJCE 14 juillet 1971 *Ministère public luxembourgeois contre Madeleine Muller, Veuve J.P. Hein et autres. (Demande de décision préjudicielle : Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, Grand-Duché de Luxembourg, Port de Mertert Aff. 10-71. (Rec. p. 723).*
- CJCE 15 juillet 1964 *Flaminio Costa c/ Enel* Aff. 6/64 (Rec. p.1141).

Jurisprudence interne

Conseil constitutionnel

- Cons. Const. 24 juin 2011 n°2011-141 QPC.
- Cons. Const. 29 décembre 2009 n°2009/599 DC, Loi de finances pour 2010.
- Cons. Const. 13 mars 2003 n°2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure, Rec. C.C. 2003, p. 211.*
- Cons. Const. 22 avril 1997 n°97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, Rec. C.C. 1997, p.45.*
- Cons. Const. 3 août 1994 n°94-348 DC.
- Cons. Const. 23 juin 1982 n° 82-124 L.
- Cons. Const. 20 Janvier 1981 n°80-127 DC.
- Cons. Const. 12 juillet 1979 n°79-107 DC, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, J.O. 13 Juillet 1979, Rec. C.C. 1979, p.31.*

Tribunal des conflits

- T. Confl. 8 juillet 2013 n° C3906. **(ss note 756)**
- T. Confl. 13 décembre 2010 *Sté Green Yellow et a. c/ EDF* n°3800.
- T. Confl. 22 octobre 2007 *Doucedame c/ Département des Bouches du Rhône* n° C3625.
- T. Confl. 16 janvier 1995 *Préfet de la région Ile de France et CNR c/EDF* n°C2946, *Lebon* 489.
- T. Confl. 7 janvier 1972 *SNCF c/ Solon et Barrault* n°C1966.
- T. Confl. 28 mars 1955 *Effimieff* Rec. CE 1955 p.617 **(note 1627)**

Jurisprudence administrative

Conseil d'État

- CE 17 mars 2017 *Ordre des avocats de Paris* req. n°403768 (**ss note 210**)
- CE 14 février 2017 *Sté de manutention portuaire d'Aquitaine et Grand Port maritime de Bordeaux* req. n°405157 (**ss. note 334**) (*Contrats et marchés publics* 2017 n°98, note G. Eckert)
- CE sect., Avis du 22 juillet 2015 *Sté PRAXAIR* n°388853 (**ss note 619**) (voir *AJDA* 2015 p.1446).
- CE 28 mai 2014 *Association Vent de colère ! Fédération nationale et autres* Décision n° 324852 (**ss notes 619 et 649**) (voir *AJDA* 2014 p. 926).
- CE 5 juin 2013 *Sté MSO Sablirot* req. n°366671. (**ss note 744**)
- CE ass. 12 avril 2013 *Association coordination interrégionale Stop THT et autres* req. n°342409 (**ss note 1399 et 1426**) (*RFDA* 2013 p.1061 ; *RDI* 2013, p.305).
- CE, ass. 21 décembre 2012 *Commune de Douai* req. n°342788. (**ss note 1662**) (*AJDA* 2013 p. 457, chron. X. Domino et A. Bretonneau et p. 724, étude E. Fatôme et Ph. Terneyre).
- CE 11 octobre 2012 *Sté Orange Rec. CE 2012 Tables* p.744 (**ss note 354**) (*Contrats Marchés publics* 2013 n°16 Note Eckert)
- CE 13 juillet 2012 *Sté EDP Renewables* req. n°343306. (**ss note 523**)
- CE 23 mai 2012 *RATP* req. n° 348909 (*AJCT* 2012 p. 445 ; *AJ* 2012 n°1151 note E.G. (**ss notes 311 et 1161**).
- CE 16 avril 2012 *Volkswind France et Innovent* req. n°353577. (**ss note 363**)
- CE 9 décembre 2011 *Benet et autres* req. n°341274. (**ss note 996**)
- CE 9 novembre 2011 *SNC Stop Hôtel Villeneuve d'Ascq* req. n° 323273 (**ss note 648**) (*RFDA* 2012. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier).
- CE 2 août 2011 *Parc naturel régional des Grands Causses* req. n°348254. (**ss note 268**)
- CE 30 mars 2011 *Sté Betclic Entreprises Limited* req. n°342142 (*AJDA* 2011, 1288). (**ss note 1197**)
- CE sect. 20 mars 2011 *Cne de Béziers Rec. CE 2011* p.117 (**ss note 353**)
- CE 28 janvier 2011 *Sté Ciel et Terre* req. n° 344973 (*JCP A* 2011 act. 83). (**ss note 670**)
- CE 19 janvier 2011 *EARL Schmittseppel et M Noir* req. n°343389 (**ss note 670**) (*La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales* n°10, 7 mars 2011, 2094).
- CE 13 octobre 2010 *Sté Betclic Entreprises Limited* req. n°342142 (**ss note 1197**) (*D.* 2011. 703 ; *Dr. admn.* 2011, comm.13, obs. M. BAZEX).

- CE 3 décembre 2010 *Ville de Paris- Assoc. Paris Jean Bouin* req. n° 338272 et 338527 (**ss note 301**) voir *AJDA* 2010 p. 2343).
- CE 19 novembre 2010, *ONF*, req. n°331837. (**ss note 563**)
- CE 6 octobre 2010 *Muntoni* req. n°341537. (**ss note 1162**)
- CE 23 juil.2010 *Sté Neville Foster Delaunay Belleville*, req. n°320188 (**ss note 1662**) (G. ECKERT, « Propriété des installations réalisées par l'occupant privé », *Contrats et marchés publics*, Octobre 2010).
- CE 1^{er} juillet 2010 *Bioenerg* req. n°333275 (*AJDA* 2010 p.1341). (**ss note 742**)
- CE 16 juin 2010 *Leloustre*, req. n° 311840 (*AJDA* 2010 p.1892, note I. Michallet).
- CE Avis 29 avril 2010 *M et Mme Béliгаud c/ ERDF* req. n°323179 (**ss note 536**) (*AJDA* 2010 p.1642, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi).
- CE 31 juillet 2009 *Sté Jonathan Loisirs*, req. n°316534. (**ss note 482**)
- CE 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, req. n°291794. (**ss note 593**)
- CE 8 août 2008 *Choteau* req. n°290876 (**ss note 1677**) (*AJDA* 2008 p.1965, concl. THIELLAY).
- CE 6 août 2008 *Association Vent de colère* req. n°297723. (**ss note 276**)
- CE 6 avril 2007 *Commune d'Aix en Provence* req. n° 284736 (**ss note 575**) (*AJDA* 2007 p.1020, chron. F. Lenica et J. Boucher).
- CE sect. 22 février 2007 *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)* req. n°264541 (**ss note 557**) (*RFDA* 2007 p.803, note C. BOITEAU).
- CE 10 juillet 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte Croix et autres*, 3 espèces : req. n° 288108, 289393 et 289274 (**ss note 1388**) (*RFDA* 2006, p.990).
- CE ass. 31 mai 2006 *Ordre des avocats au barreau de Paris* req. n° 275531 *Rec.* p.272 (**ss note 210**) (*Contrats et marchés publics* juillet 2006 comm. 202 note G. ECKERT)
- CE 23 novembre 2005 *Ville de Nice* req. n°262105. (**ss note 523**)
- CE 30 juin 2004 *Département de la Vendée* req. n°250124 (*AJDA* 2004 p.2210 note S. NICINSKI et p.2309 note N. CHARBIT). (**ss note 1133**)
- CE 4 juin 2004 *Assoc. La Londe environnement* req. n°260956. (**ss note 1544**)
- CE 29 septembre 2003, *Fédération nationale des géomètres experts*, req. n°221283. (**ss note 1157**)
- CE 21 mai 2003 *Union des industries utilisatrices d'énergie (Uniden)* req. 237466.
- CE sect. 29 janvier 2003 *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes Maritimes et Cne Clans* req. n°245239 (**ss note 1392**) (*AJDA* 2003 p.784, note P. SABLIERE).

- CE sect. 6 mars 2002 *Mmes Triboulet et Brosset-Pospisil* req. n°217646. **(ss note 384)**
- CE 11 décembre 2000 *Agofroy* req. n°202971 **(ss note 574)** (*Rec.* 607 ; *RFDA* 2001 p.1277, concl. Austruy).
- CE, 29 mars 2000 *Isas Rev.* req. n°199545 (*Rev. Droit immo.* 2000, p.325).
- CE 26 mars 1999 *Société Eda* req. n°202260 **(ss note 302 et 315)** (*AJDA* 1999, p. 427, concl. Stahl, note M. BAZEX).
- CE 28 janvier 1998 *Sté Borg Warner.* **(ss note 775)**
- CE sect. 3 novembre 1997 *Million et Marais*, req. n°169907 **(ss note 310)** (*Rec. CE* 1997 p. 393, concl. J.-H. Stahl ; *Dr. adm.* 1997, comm. 372 ; *RFDA* 1997 p.1228, concl ; *RDP* 1998 p.256 note Y. GAUDEMET).
- CE 20 mars 1996 *M. Veber* req. n° 121601. **(ss note 806)**
- CE 1^{er} mars 1995 *Comité régional des pêches et des élevages marins de Bretagne et autres* req. n°153532. **(ss note 220)**
- CE 27 février 1995 *Secr. d'État à la mer c/Torre* req. n° 139718 **(ss note 374)** (*D. adm.*1995, n°262).
- CE 20 mai 1994 n°663377 *Sté Le Gardiennage industriel* *Rec. CE* 1994 Tables p.1038 **(ss note 487)**
- CE 14 octobre 1991 *Helie* req. n°95857. **(ss note 492)**
- CE 31 juillet 1990 *Ville de Melun* (*Rec. CE* 1990 p.220). **(ss note 558)**
- CE 22 décembre 1989 *Chambre de commerce et d'industrie du Var* req. n°46052. **(ss note 948)**
- CE 10 mai 1989 *Munoz* (*RD publ.* 1989, p. 1805). **(ss note 808)**
- CE 18 mars 1988 *Société civile des Néo-Polders* req. n°69723 (*AJDA* 1988, note J.B. AUVY).
- CE 6 mai 1985 *Eurolat* req. n°41589 et 41699 (*Rec. CE* 1985, p.141). **(ss note 396)**
- CE 27 juillet 1984, *Mme H. Galli*, req. n° 45338, *AJDA* 1985, p. 47 note R. REZENTHEL et F. PITRON. **(ss note 1073)**
- CE 4 février 1983 *Ville de Charleville-Mézières* req. n°24912 (*Rec. Lebon* p.45). **(ss note 474)**
- CE sect. 9 octobre 1981 *Chambre de commerce et d'industrie de Toulon et du Var*, (*AJDA* 1981 p.579 Chron. TIBERGHIEU et LASSERRE) **(ss note 1104)**
- CE 1^{er} juillet 1976 *Paris de Bollardièrre et autres* (*Rec.* p. 423). **(ss note 1622)**
- CE ass. 30 mars 1973 *Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ Schwetzoﬀ et autres* req. n°88151 (*Lebon* p.264, *AJDA* 1973 p.366 note J. DUFAU). **(ss note 334)**

- CE ass. 28 mai 1971 *Min. équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet « Ville nouvelle Est »* req. n°78825. **(ss note 1383)**
- CE 4 décembre 1970 *Min. de la défense nationale c/ Starr* req. n°78558 et 78678 **(ss note 1638)** (*JCP* 1971 II, 16764).
- CE 21 novembre 1969 *Sieurs André et Manuel Koeberlin* **(ss note 805)**
- CE 13 juillet 1965 *Arbez-Gindre*, req. n°60133. **(ss note 1672)**
- CE 22 janvier 1965 *Sté des Établissements M. Aubrun* *Rec CE* 1965 p.50. **(ss note 353)**
- CE sect. 28 juin 1963 *Narcy* req. n°43834. **(ss note 518)**
- CE 18 Mars 1963 *Cellier*. **(ss note 493)**
- CE 28 octobre 1960, *Martial de Laboulaye* req. n°48293. **(ss note 1156)**
- CE 4 juin 1958 *Tossounian*. **(ss note 807)**
- CE sect. 30 octobre 1953 *Bossuyt*. **(ss note 519)**
- CE 20 mai 1952 *Sieur Gleize* *Rec. CE* 1952 p.267 **(ss note 487)**
- CE sect. 9 mars 1951 *Société des concerts du Conservatoire* (*Rec.* p.151). **(ss note 261)**
- CE 5 mai 1944 *Dame veuve Tromprier-Gravier* (*RDP* 1944, concl. Chenot, note Jèze). **(ss note 809)**
- CE 4 juin 1937, *Cie française des câbles télégraphiques* (*Rec. CE* p. 557). **(ss note 1640)**
- CE 24 mai 1935 *Thireaut* req. n°39234 (*S.* 1936, III, p.1). **(ss note 1073)**
- CE 5 juillet 1933 *Burgess Moore* (*Rec. Lebon* p. 742). **(ss note 807)**
- CE 29 janvier 1932 *Société des autobus antibois* req. n° 99532. (*RDP* 1932 p.501 *Concl. LATOURNERIE*) **(note 1132)**
- CE 10 juin 1921 *Commune de Monségur*, *Rec. CE* 1921 p.573 **(note 1657)**
- CE 30 avril 1863 *Bourgeois c /ville de Boulogne- sur-Mer* req. n° 32994. **(ss note 1552)**

Cour administrative d'appel

- CAA Nantes 26 février 2018 *Association « Non aux éoliennes entre Noirmoutier et Yeu »* n°17NT00609 **(ss note 348)**
- CAA Nantes 26 février 2018 *Stés WPD Offshore GmbH et WPD Offshore France* n°17NT00615 **(ss note 248)**
- CAA Nantes 12 janvier 2018 *Association Gardez les caps* n°16NT00737. **(ss note 348)**
- CAA Nantes 2 octobre 2017 *Association Libre Horizon et autres* n°16NT03382 **(ss note 79)**

- CAA Nantes 20 juin 2017 *Association de protection du site des petites dalles et autres* n°16NT02757 (ss notes 79 et 1513)
- CAA Bordeaux 27 octobre 2016 *Sté caribéenne d'Éolienne* n°16BX00728
- CAA Marseille 21 octobre 2010 *Sté anonyme TENCIA* n° 08MA00500.
- CAA Nantes 29 juin 2010 *Sté Recherche et développement éoliens* n° 09NT01328.
- CAA Nantes 23 décembre 2008 n°08NT00619.
- CAA Marseille 6 mars 2008, *SARL Le kiosque des Arènes* n°06MA03400.
- CAA Marseille 18 octobre 2001 *Min. emploi et solidarité c/ Cts Xueref* n°00MA0166.
- CAA Paris 16 juin 1994 n°93 PA00261.

Tribunal administratif

- TA Cergy Pontoise 17 juin 2014 *Sté WPD Offshore GMBH* n°1404907
- TA Chalons en Champagne, ordonnance du 29 avril 2005 *Conservatoire du patrimoine naturel* n°0500828, 0500829 et 0500830.
- TA Rennes 17 juin 2002 *A. c/ Préfet du Finistère* req. n°021473.
- TA Caen 15 décembre 1992 *Commune de Blainville-sur-Mer* req. n°901015

Jurisprudence civile

Cour de cassation

- Cass. 1^e civ. 18 novembre 2014 *Sté Alsace Montage Structure c/ ERDF*
- Cass. civ. 18 novembre 2014 *Sté Fonroche Investissements c/ERDF*.
- Cass. 1^{ère} civ. 24 sept. 2009 (*RDC* 2010 p.690).
- Cass. 1^{ère} civ. 5 nov. 2008 (*RTD civ.* 2009 p.119).
- Cass. 2^e civ. 20 juin 2004 *SNCM c/ Cts Orenga* n°03-10.837. (Juris-Data n°2004-024020).
- Cass. 1^{ère} civ. 28 novembre 1984 (3 arrêts), *Bonnet, Buisson, Lisztman* (*Bull.civ.* 1984 I n°321).
- Cass. 1^{ère} civ. 14 mai 2009 n°08/13422.

Cour d'appel

- CA Pau 16 janvier 2012 n°11/01711.

- CA Versailles 4 février 2009 *Bouygues Telecom* n° 08/08775.
- CA Paris 21 février 2008 n°07/07858.
- CA Aix en Provence 8 juin 2004 *Commune de la Roquette s/Siagne c/SFR*.
- CA Bastia ch. civ. 14 novembre 2002 *SNCM c/ Cts Orenga*.
- CA de Paris 9 septembre 1997 *Heli-Inter*.
- CA Paris 31 oct. 1991 *Mme Parouty*.
- CA Reims Ch. Civ. Sect. 1, 4 avril 1984 de T./Sté WECO n°197/84.
- CA Rouen 10 nov. 1959 (*DMF* 1960 p.491).
- CA Bastia 22 septembre 1931.

XIII- Études et rapports divers

- A. CUDENNEC, O. CURTIL, V. LABROT, J.L. PRAT, *Économie et droit des ressources naturelles renouvelables de la mer, aspects théoriques et application à la zone côtière de la Manche occidentale française, Tome II Étude juridique, Rapport d'exécution du contrat universitaire n°95.2.522008 DRV (IFREMER) Programme AMURE UBO-IFREMER-ORSTOM, centre de droit et d'économie de la mer, UBO, Décembre 1996.*
- J. DROIT, *Canalisations et câbles sous-marins. État des connaissances. Préconisations relatives à la pose, au suivi et à la dépose de ces ouvrages sur le Domaine public maritime français.* CETMEF, Juin 2010.
- *Synthèse documentaire des impacts environnementaux des énergies marines renouvelables.* Rapport préparé dans le cadre du projet MERIFIC sept. 2012.
- M. PEGUIN, sous la direction de C. LEVISAGE, G. ROLLAND et S. MONCORPS, *Développement des énergies marines renouvelables et préservation de la biodiversité. Synthèse à l'usage des décideurs, Les énergies renouvelables Vol.2.* UICN, Comité français, Septembre 2014.
- RTE, *Accueil de la production hydrolienne. Étude prospective.* Janvier 2013.

INDEX

A

abus de position dominante, 84, 185, 187
accès au marché, 2, 27, 34, 53, 55, 56, 59, 88, 95, 97, 99, 115, 160, 184, 186, 491, 492
activité économique, 8, 40, 41, 56, 57, 75, 81, 84, 87, 131, 133, 137, 142, 176, 177, 190, 236, 239, 245, 265, 336, 391, 399, 439, 444, 453
ADEME, 3, 97, 162, 163, 271, 297
aide d'État, 42, 159, 161, 165, 182
aides d'État, 36, 57, 153, 157, 159, 160, 181, 196, 220, 232, 465, 466
aires marines protégées, 43, 50, 51, 246, 247, 270, 276, 335, 336, 374, 376, 379, 386, 472
Allemagne, 15, 51, 61, 119, 141, 167, 177, 178, 183, 207, 217, 218, 220, 221, 225, 228, 229, 374, 385, 433, 474
Appel à Manifestation d'Intérêt (AMI), 162
appel d'offres, 18, 33, 41, 46, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 77, 78, 79, 83, 85, 86, 88, 90, 92, 93, 97, 138, 145, 146, 147, 148, 152, 166, 168, 171, 184, 185, 186, 187, 190, 192, 195, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 208, 210, 215, 220, 229, 240, 241, 279, 281, 318, 348, 350, 379, 388, 406, 416, 446, 459, 469, 491, 492
appels d'offres, 34, 41, 45, 55, 57, 64, 71, 73, 76, 133, 134, 139, 146, 148, 160, 161, 169, 170, 181, 185, 186, 192, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 207, 215, 216, 219, 229, 276, 350, 365, 379, 388, 495
autorisation d'occupation du domaine public, 129, 176, 324
Autorité environnementale, 44, 45, 346, 349, 367, 370, 371, 439, 470, 471

B

Belgique, 51, 103, 119, 122, 137, 178, 182, 206, 219, 225, 227, 357, 386, 388, 391, 408, 473, 475, 476, 477
bien commun, 36, 293, 296, 297, 299, 300, 314, 430, 441, 498
bien public, 29, 81, 223, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 301, 302, 303, 304, 309, 310, 312, 313, 439, 459, 498
bien public mondial, 223, 292, 293, 301, 302, 303, 304, 309, 310, 312, 313, 459, 498
biens communs, 86, 224, 298, 299, 301, 303, 311, 314, 431, 439, 441, 443, 445, 451, 498
biens de reprise, 401
biodiversité, 42, 43, 51, 52, 76, 223, 234, 270, 282, 304, 308, 334, 335, 352, 362, 366, 443, 460, 484

C

cadastre marin, 237, 266, 277, 282, 283, 284, 287, 415, 459, 498
cahiers des charges, 45, 57, 73, 138, 146, 184, 192, 193, 200, 201, 203, 204, 205, 207, 215, 216, 241, 336, 348, 365, 379, 388
carence de l'initiative privée, 55, 158, 345
champs électromagnétiques, 354, 361, 362
changement climatique, 11, 22, 44, 142, 223, 290, 292, 297, 302, 311, 363, 370, 429

Charte de l'environnement, 45, 282, 312, 316, 335, 338, 344, 353, 355, 357, 362, 373, 438, 467
 chose commune, 46, 248, 253, 258, 260, 261, 262, 263, 264, 268, 269, 270, 274, 285, 287, 353, 381, 414, 447, 454, 497
 climat, 11, 14, 29, 38, 157, 179, 220, 223, 226, 282, 290, 291, 292, 302, 304, 311, 332, 336, 373
 collectivité territoriale, 329
 collision, 361, 375, 385, 390, 398, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 410, 411, 412, 415
 Commission nationale du débat public, 318
 compensation écologique, 31
 concession d'occupation du domaine public, 79, 129, 401
 concession de travaux, 84, 149, 175, 401
 conflit d'usage, 34, 246, 273, 275, 285, 286, 329, 415
 Conseils maritimes de façade, 331
 consortium, 184
 contrat administratif, 190
 contrat d'achat, 56, 62, 115, 123, 145, 146, 147, 148, 152, 154, 168, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 207, 208, 495
 contrats administratifs, 30, 35, 146, 147, 148, 150, 152, 155, 190, 191, 204, 205, 208, 434
 Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 3, 8, 10, 43, 47, 245, 363
 Convention OSPAR, 51, 462
 Cour administrative d'appel de Nantes, 25, 66, 90, 97, 206, 232, 346, 373
 CRE (Commission de régulation de l'énergie), 4, 41, 61, 69, 72, 73, 134, 144, 147, 158, 160, 166, 169, 170, 183, 184, 187, 195, 198, 226, 230, 231, 349, 471, 473
 CSPE, 4, 72, 73, 143, 144, 157, 160, 165, 166, 168, 169, 170, 221, 473

D

Danemark, 51, 170, 219, 220, 225, 227, 228, 229, 298, 357, 371, 372, 390, 474
 débat public, 3, 254, 305, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 328, 333, 338, 415, 416, 443, 499
 délégation de service public, 26, 81, 84, 135, 145, 148, 149, 150, 151, 205, 401, 444, 454, 494
 démantèlement, 46, 52, 113, 198, 211, 336, 362, 364, 379, 388, 391, 392, 406
 développement durable, 17, 36, 38, 42, 45, 51, 106, 107, 110, 163, 211, 236, 244, 250, 275, 278, 282, 284, 291, 302, 307, 309, 317, 319, 329, 334, 335, 336, 343, 347, 348, 355, 365, 370, 414, 419, 430, 431, 437, 438, 439, 446, 455, 460, 471
 dialogue concurrentiel, 19, 27, 59, 60, 64, 66, 68, 152, 156, 171
 document stratégique de façade, 214, 276, 331
 domaine public maritime, 36, 42, 49, 58, 60, 78, 79, 80, 81, 83, 87, 95, 99, 100, 101, 102, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 116, 117, 119, 123, 124, 125, 128, 129, 131, 136, 149, 150, 175, 176, 204, 211, 231, 236, 237, 238, 239, 240, 246, 251, 260, 266, 267, 268, 273, 279, 280, 281, 282, 283, 293, 324, 325, 330, 331, 341, 377, 378, 379, 383, 399, 400, 401, 402, 403, 406, 438, 449, 459, 468, 469, 470, 492, 499
 domaine public maritime naturel, 42, 58, 99, 100, 101, 102, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 116, 131, 175, 236, 237, 238, 239, 279, 377, 383, 402, 470, 492
 dommages graves et irréversibles, 357, 358, 365, 368, 373, 500

droit de propriété, 68, 100, 102, 103, 105, 113, 117, 119, 128, 238, 240, 246, 251, 259, 263, 264, 283, 288, 326, 327, 344, 399, 434, 452
droit exclusif, 48, 83, 245, 257, 313, 389, 400
droits fondamentaux, 302, 311, 313, 314, 424, 439, 498
droits réels, 42, 58, 99, 100, 101, 104, 105, 106, 107, 109, 110, 111, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 121, 123, 130, 206, 234, 239, 284, 327, 446, 453, 492, 493
droits souverains, 9, 10, 47, 48, 75, 76, 120, 121, 272, 394
DSP (délégation de service public), 135, 148, 150, 151, 494

E

eau de mer, 9, 46, 89, 97, 175, 248, 249, 252, 253, 254, 260, 264, 266, 267, 268, 269, 270, 285, 308, 332, 400, 419, 422, 436, 442
eaux surjacentes, 46, 112, 246, 267, 268, 272, 281, 328, 331, 377, 378, 500
EDF, 4, 15, 20, 24, 26, 55, 72, 85, 101, 123, 125, 134, 139, 140, 142, 143, 145, 157, 161, 164, 167, 168, 180, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 190, 195, 208, 221, 231, 297, 366, 387, 397, 404, 405, 406, 422, 447, 448, 478
énergie électrique, 7, 239, 250, 263, 264, 305, 422, 460
énergie éolienne, 12, 17, 23, 61, 138, 142, 144, 149, 208, 226, 227, 244, 250, 310, 319, 320, 346, 349, 370, 417, 441, 471
énergie houlomotrice, 12, 23, 33, 254
énergie solaire, 61, 64, 93, 146, 170, 177, 195, 202, 225, 254, 269, 417
énergie thermique des mers, 7, 23, 24, 89, 96, 164, 305, 414, 420
Énergie thermique des mers (ETM), 144
énergies renouvelables, 11, 12, 14, 22, 71, 163, 165, 454, 459
enquête publique, 45, 315, 316, 317, 323, 324, 325, 333, 344, 499
environnement marin, 2, 36, 43, 45, 71, 227, 235, 246, 270, 271, 318, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 341, 346, 347, 350, 352, 354, 355, 357, 358, 363, 366, 372, 386, 433, 439
éolien offshore, 18, 19, 23, 34, 38, 45, 50, 61, 62, 63, 64, 65, 68, 69, 71, 73, 93, 95, 96, 101, 115, 122, 146, 149, 152, 156, 160, 166, 168, 170, 171, 178, 179, 180, 181, 184, 186, 187, 192, 198, 200, 201, 205, 207, 212, 216, 219, 220, 221, 225, 226, 227, 228, 229, 240, 250, 281, 292, 299, 310, 318, 319, 324, 330, 336, 339, 346, 348, 349, 365, 370, 372, 374, 375, 376, 379, 381, 385, 387, 388, 390, 391, 406, 408, 422, 438, 473
éolienne flottante, 162, 323, 404
éolienne terrestre, 64, 134, 174, 193
erreur manifeste d'appréciation, 281, 342
État actionnaire, 182, 185
État côtier, 47, 48, 74, 77, 121, 122, 228, 245, 272, 307, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 393, 394, 395, 400, 428
éthique, 2, 36, 50, 235, 236, 263, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 302, 313, 314, 315, 333, 334, 335, 356, 416, 417, 419, 426, 431, 440, 448, 459, 460, 498, 499
étude d'impact, 43, 45, 96, 323, 346, 349, 350, 365, 366, 367, 368, 370, 371, 372, 416
exclusivité, 49, 59, 61, 74, 78, 81, 83, 84, 180, 185, 253, 254, 255, 265, 266, 267, 273, 274, 288, 415

F

façade maritime, 319
financements de projets, 122

G

générations futures, 112, 236, 282, 290, 291, 311, 338, 351, 354, 355, 356, 427, 440, 441, 450, 500
Grande commission nautique, 381
guichet unique, 38

H

haute mer, 48, 59, 60, 74, 77, 78, 119, 120, 122, 159, 232, 236, 246, 266, 267, 273, 276, 285, 306, 307, 308, 313, 374, 376, 384, 388, 389, 392, 393, 394, 395, 399, 443, 460, 461, 491, 493, 497, 500
houlomoteur, 361
hydraulique, 127
hydrolienne, 117, 144, 212, 213, 214, 271, 297, 388, 398, 406, 484
hypothèque maritime, 119

I

impacts environnementaux, 211, 254, 335, 339, 341, 348, 349, 361, 365, 370, 372, 390, 484
inaliénabilité, 103, 104, 105, 107, 109, 110, 111, 112, 117, 118, 402, 433, 446
interconnexion, 143, 167, 208, 217, 224, 226, 227, 228, 229, 301, 421

J

juge administratif, 37, 191, 195, 240, 281, 296, 339, 341, 342, 353, 355, 387, 394, 398, 404, 413, 441, 447, 499

L

lex rei sitae, 120, 121, 122
liberté de commerce et d'industrie, 89, 286
liberté de navigation, 379, 389, 390, 391, 394
libre concurrence, 28, 80, 86, 124, 160
libre usage du public, 128, 377, 380, 381, 500
loi sur l'eau, 50, 97, 98, 123, 127, 205, 207, 269, 271, 323, 324, 341, 366, 387, 404, 405, 406, 493

M

marché public, 26, 30, 66, 69, 84, 151
mer territoriale, 25, 36, 46, 47, 48, 60, 74, 76, 78, 86, 96, 106, 107, 108, 110, 112, 119, 159, 214, 228, 231, 232, 244, 245, 246, 260, 266, 267, 268, 271, 272, 273, 281, 332, 374, 376, 377, 378, 380, 382, 383, 384, 385, 386, 389, 394, 395, 398, 399, 400, 402, 420, 461, 491, 493, 497, 500
mesures de compensation, 371, 372

mise en concurrence, 18, 26, 33, 55, 59, 60, 63, 64, 65, 69, 74, 78, 80, 81, 82, 83, 87, 89, 166, 168, 171

N

Natura 2000, 31, 62, 271, 344, 350, 366, 414

navigation, 7, 16, 47, 51, 108, 111, 112, 129, 228, 246, 268, 274, 282, 284, 289, 306, 332, 336, 362, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 403, 405, 408, 413, 417, 438, 452, 475, 500

navire, 96, 118, 122, 252, 273, 384, 386, 395, 396, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 421, 435, 451

non-discrimination, 60, 69, 80, 86, 87, 266

Norvège, 51, 71, 119, 217, 219, 225, 228, 229

O

obligation d'achat, 26, 38, 73, 123, 157, 158, 164, 165, 168, 169, 170, 174, 192, 194, 195, 196, 197, 200, 202, 204, 207, 208, 219, 220, 221, 222, 229, 421, 469, 494, 495

obligation de service public, 16, 57, 133, 134, 135, 137, 145, 157, 158, 159, 169

opérateur historique, 134, 183, 184

ordre public, 36, 197, 204, 374, 378, 380, 443

outré-mer, 4, 22, 23, 24, 276, 305, 421

ouvrage public, 139, 140, 141, 142, 397, 398, 399, 400, 402, 404, 449

ouvrages EMR, 42, 106, 116, 118, 119, 121, 136, 388, 396, 493

P

parc naturel marin, 271, 467

parcs éoliens en mer, 52, 53, 149, 178, 318, 357, 372, 375, 408, 415

patrimoine commun de la nation, 43, 51, 261, 270, 272, 325, 328, 329, 330, 419, 453, 499

Pays Bas, 183, 220, 225, 227, 228, 229, 292, 372, 476

planification maritime, 49, 237, 275, 328, 333, 415

planification stratégique, 270, 277, 497, 498

plateau continental, 48, 49, 71, 74, 75, 76, 87, 119, 120, 121, 128, 202, 207, 214, 215, 232, 236, 245, 246, 248, 260, 266, 267, 268, 272, 273, 392, 395, 398, 399, 400, 408, 410, 420, 427, 428, 455, 461, 468, 491, 497

Politique Maritime Intégrée (PMI), 275

précarité du domaine public, 102, 105, 123, 124, 126, 128, 129, 130, 232, 269, 453, 493

préfet maritime, 87, 128, 214, 273, 380, 386, 389

principe d'égalité, 61, 69, 70, 80, 87, 266, 286

principe de liberté des mers, 336, 374

principe de participation, 316, 317, 321, 455

principe de précaution, 45, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 363, 365, 367, 368, 369, 371, 372, 373, 415, 432, 433, 441, 446, 449, 455, 472, 499, 500

production d'énergie, 8, 9, 10, 16, 22, 29, 37, 47, 61, 77, 96, 140, 142, 153, 157, 172, 175, 179, 197, 201, 202, 207, 217, 219, 223, 224, 239, 245, 253, 259, 260, 264, 272, 274, 276, 279,

291, 293, 299, 300, 301, 308, 320, 326, 335, 340, 365, 374, 375, 391, 393, 394, 399, 405, 413, 473

programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE), 180

Programmation Pluriannuelle des Investissements, 5, 37, 63

property rights, 91, 114, 127, 266, 277, 283, 284, 285, 287, 332, 426, 458

propriétés publiques, 42, 46, 81, 108, 117, 238, 240, 246, 285, 293, 401, 402, 429, 434, 446

public trust, 91, 113, 114, 127, 251, 281, 284, 285, 325, 327, 331, 332, 416, 458, 499

puissance publique, 34, 36, 70, 81, 131, 142, 145, 155, 156, 158, 219, 231, 232, 234, 240, 246, 278, 286, 298, 303, 325, 348, 398, 423, 425, 432, 439, 444, 452, 453

R

raccordement, 10, 45, 61, 62, 86, 138, 170, 189, 191, 192, 193, 194, 198, 199, 200, 202, 203, 207, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 225, 227, 229, 230, 244, 255, 271, 276, 323, 324, 346, 349, 361, 367, 370, 452, 468, 469, 470, 471, 495, 496

redevance, 102, 124, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 260, 265, 269, 329, 330

redevances, 41, 42, 234, 236, 237, 238, 239, 242, 246, 247, 248, 288, 329, 330, 333, 454, 497

région, 23, 97, 139, 163, 179, 180, 214, 226, 248, 276, 292, 297, 299, 320, 340, 357, 421, 478

régulation, 4, 28, 40, 41, 55, 57, 59, 60, 72, 74, 78, 86, 87, 88, 142, 160, 165, 166, 169, 181, 183, 184, 202, 230, 231, 257, 266, 277, 278, 285, 286, 287, 309, 349, 370, 386, 424, 425, 426, 427, 432, 439, 441, 445, 446, 449, 451, 471, 491, 495, 497, 498

res communis, 253, 258, 273, 280

res nullius, 46, 251, 253, 261, 285, 294

réseaux électriques, 53, 189, 213, 225, 226, 228, 300, 422

responsabilité administrative, 35, 347, 350, 352

ressource énergétique, 9, 46, 61, 263, 264, 422

ressource essentielle, 59, 78, 81, 257

ressource naturelle, 9, 42, 249, 250, 252, 254, 257, 364, 414, 497

ressource renouvelable, 9

ressources énergétiques, 12, 16, 36, 75, 88, 92, 94, 138, 160, 180, 225, 231, 236, 250, 251, 253, 289, 305, 312, 313

risque d'exploitation, 148, 149, 151, 152, 494

Royaume Uni, 14, 15, 51, 63, 71, 76, 110, 141, 163, 183, 217, 218, 219, 220, 221, 225, 228, 245, 254, 310, 358, 363, 371, 374, 379, 380, 382, 383, 391, 395, 433, 475, 476

Royaume-Uni, 18, 20, 21, 48, 171, 227, 349, 363, 379, 380, 391, 473

RTE, 5, 141, 199, 202, 203, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 225, 226, 227, 484

S

schéma régional de raccordement, 214

sécurité maritime, 374, 379, 385, 389, 396, 415

service d'intérêt économique général (SIEG), 156, 157

service public, 158, 234, 325, 425, 439, 444, 452

service public de l'électricité, 4, 15, 72, 73, 117, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 144, 157, 158, 160, 165, 166, 168, 169, 173, 183, 190, 191, 397, 442, 449, 450, 473

soutien public, 37, 339

souveraineté, 9, 36, 46, 47, 74, 75, 76, 88, 92, 106, 112, 120, 122, 128, 137, 156, 223, 232, 246, 251, 267, 269, 272, 273, 276, 301, 304, 305, 307, 315, 328, 384, 389, 398, 428, 434, 439, 444, 451
SRCAE, 6, 179, 180, 202, 213

T

tarif d'achat, 37, 55, 62, 64, 72, 123, 165, 191, 195, 198, 229
taxe foncière, 102, 121, 401
territoire de l'Union européenne, 74
théorie du bilan, 36, 38, 281, 342, 343, 344, 346, 438, 443
trafic maritime, 375, 385, 386, 387, 388
tragédie des communs, 44, 251
transition énergétique, 8, 22, 39, 65, 94, 145, 166, 168, 174, 180, 190, 195, 299, 422, 467
travaux publics, 400
trouble anormal de voisinage, 354, 382

U

usage commun, 47, 49, 50, 253, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 277, 286, 328, 381, 382, 415, 417, 497
utilité publique, 341, 344, 345

V

valorisation, 2, 23, 24, 25, 36, 41, 42, 43, 46, 49, 50, 54, 80, 99, 103, 104, 110, 135, 158, 159, 175, 179, 234, 236, 237, 238, 239, 240, 245, 248, 258, 261, 265, 266, 278, 288, 289, 292, 293, 297, 302, 314, 315, 322, 333, 335, 341, 414, 415, 416, 419, 444, 450, 473, 496, 497, 498, 499

Z

Zone, 6, 9, 49, 245, 249, 307, 308, 309, 389, 394, 437, 456, 474
zone de sécurité, 274, 284, 335, 375, 380, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 396, 405, 408, 415
zone économique exclusive (ZEE), 9, 267
zone non interconnectée (ZNI), 97, 141, 142, 143, 144, 168, 494
zone propice, 64, 179, 180, 198, 202, 209, 210, 216, 276, 278, 281, 294, 318, 319, 324, 349, 496

TABLE DES MATIERES

Remerciements	1
Sommaire	2
Sigles et abréviations	3
Introduction	7

Première partie

L’empreinte du milieu marin sur le marché de l’électricité EMR

Titre I. La complexité de l’accès au marché de l’électricité EMR	58
Chapitre I. La régulation et le contrôle de l’accès au marché de l’électricité EMR	59
Section I. La régulation de l’accès au marché de l’électricité EMR	59
§ 1. La régulation de l’accès à la ressource EMR	60
A. Les modes d’accès à la ressource EMR	60
1- La technique du « premier arrivé, premier servi »	61
2- La procédure de mise en concurrence de l’accès aux sites de production d’électricité EMR	63
B. Le respect des règles de transparence, d’égalité et de concurrence dans la procédure d’appel d’offres EMR	69
1- Le respect des principes d’égalité et de transparence dans le choix des candidats.	69
2- Le respect des règles de transparence, d’égalité et de concurrence dans le choix des offres	71
C. La régulation de l’accès à la ressource EMR au-delà de la mer territoriale	74
1- L’applicabilité du droit européen au plateau continental et à la ZEE	74
2- L’applicabilité du droit européen en haute mer	77
§ 2. La régulation de l’accès aux sites d’implantation des parcs EMR	78
A. La régulation de l’accès aux sites d’implantation en mer territoriale	78
1- Le respect des règles de concurrence par l’État en tant qu’offreur d’espaces publics aux exploitants EMR	78
a) Le respect des mesures de publicité préalable	79
b) La soumission des titres d’occupation du DPM à l’obligation de mise en concurrence	80
2- La possible confusion entre la qualité d’offreur d’espaces publics et celle de demandeur de l’administration	84
B. La régulation de l’accès aux sites d’implantation au-delà de la mer	

territoriale	86
Section II. Le contrôle de l'accès au marché de l'électricité EMR	88
§ 1. L'autorisation administrative d'accès à la production d'électricité EMR	88
A- La particularité de la procédure dans le cadre d'un appel d'offres	88
B- La question de la nécessité de détention d'un droit d'exploitation de l'énergie hydraulique	92
§ 2. La facilitation de l'accès au marché des EMR grâce une simplification administrative progressive	95
A. La simplification des procédures d'autorisations administratives	95
1- La suppression des formalités au titre du code de l'urbanisme	95
2- La question de l'application du régime des ICPE.	96
B. Les mesures prises pour juguler la multiplication des recours contentieux	97
1- La possible suppression d'un niveau de juridiction	97
2- La réduction des délais de recours	98
3- La création d'une voie de réclamation pour les tiers	98
Chapitre II. Les entraves à l'accès au marché de l'électricité EMR	99
Section I. La question des droits réels immobiliers sur le DPM naturel	99
§ 1. L'interdiction de la constitution de droits réels immobiliers sur le DPM naturel	100
A. La teneur du principe d'interdiction de constitution de droits réels sur le DPM naturel.	100
1- L'inexistence de droits réels civils sur le domaine public	100
a) Les droits réels principaux	100
b) Les droits réels accessoires	104
2- La possibilité de constitution de droits réels administratifs sur le domaine public à l'exclusion du domaine public naturel	104
B. La protection particulière du domaine public maritime naturel	106
1- La protection de la dimension stratégique du DPM naturel pour l'État	106
2- La protection du caractère naturel du DPM	107
§ 2. La pertinence de la levée de l'interdiction de constitution de droits réels sur le DPM naturel	108
A. L'hypothèse de constitution de droits réels sur le DPM naturel	109

1-	Une atteinte relative au caractère naturel	109
2-	Le recentrage autour de la notion d'affectation	111
B.	La relative efficacité des droits réels immobiliers sur le domaine public	113
Section II.	Les autres garanties pour l'accès au financement des investissements	
	EMR	115
§ 1.	Les autres garanties portant sur les ouvrages EMR	115
A.	La constitution de droits réels à caractère mobilier	115
1-	La question de l'incorporation des ouvrages de production d'électricité EMR dans le domaine public artificiel	116
2-	Les droits réels mobiliers	117
	a) Le gage mobilier sans dépossession	117
	b) L'hypothèque maritime	117
B.	L'incitation à l'implantation au-delà de la mer territoriale	119
1-	La question des droits sur les ouvrages en ZEE	119
2-	La question des droits sur les ouvrages en haute mer	121
§ 2.	Les limites à la constitution de garanties basées sur les revenus de l'activité	122
A.	Retrait ou révocation du titre d'occupation du DPM naturel	123
1-	Les lacunes du régime d'occupation domaniale dans l'indemnisation de l'exploitant EMR évincé	123
2-	La non-assistance à occupant en danger de la loi sur l'eau	127
3-	Le maintien de la précarité des titres d'occupation de la ZEE	128
B.	L'absence de propriété commerciale sur le DPM naturel	128
Titre II.	La singularité du marché de l'électricité EMR	133
Chapitre I.	Le marché de la production d'électricité EMR	134
Section I.	La qualification de service public de la production d'électricité EMR	134
§ 1.	L'applicabilité des critères d'existence d'un service public	135
A.	La nécessité d'une activité d'intérêt général caractérisé.	135
1-	Le caractère d'intérêt général de la production d'électricité EMR	136
2-	La nécessité d'un intérêt général caractérisé de la production d'électricité EMR	136
B.	Le recours au critère des sujétions liées à l'ouvrage de production d'électricité	138
1-	La position du Conseil d'État sur la délimitation du service public de	139

l'électricité	
2- L'application des critères à la production d'électricité EMR	142
a) Dans les zones connectées	142
b) Dans les zones non interconnectées (ZNI)	143
§ 2. Les modes d'exécution possibles de la mission de service public du producteur d'électricité EMR	145
A. La mission de service public de l'exploitant EMR	145
B. L'identification d'une délégation de service public dans la production d'électricité EMR	148
1- Les critères d'existence d'une délégation de service public	148
2- La recherche de l'existence d'une DSP dans l'activité de production d'électricité EMR à travers le risque d'exploitation	151
C. L'obligation de service public imposée aux producteurs EMR	156
Section II. La prégnance de l'État sur le marché de la production d'électricité EMR	160
§ 1. La prégnance de l'État dans le soutien au marché de la production d'électricité EMR	161
A. Le soutien financier direct contrôlé étroitement par le droit de l'UE	161
1- Le soutien à la recherche et au développement des technologies	161
a) Les financements internes	162
b) Les financements européens	163
2- L'admission d'un soutien public temporaire à l'achat de la production d'électricité EMR	165
a) Le mécanisme de l'obligation d'achat est une aide d'État	165
b) La compatibilité de l'aide d'État avec le droit de l'UE	165
B. La question de la légitimité du financement des EMR	168
§ 2. La prégnance de l'État sur le marché de la production d'électricité EMR	172
A. Les manifestations de la prégnance étatique sur le marché de la production d'électricité EMR	173
1- Le rôle limité des collectivités territoriales dans la production d'électricité EMR	173
a) La présence croissante des collectivités territoriales dans la production d'électricité de source renouvelable	173
b) L'absence des collectivités territoriales dans la production d'électricité EMR	175
2- La présence de l'État au capital des principaux intervenants sur le marché de la production d'électricité EMR	180

B.	La prégnance étatique sur le marché de la production d'électricité EMR à l'épreuve du droit de la concurrence.	181
1-	La présence capitalistique de l'État à l'épreuve du droit de la concurrence	182
2-	La régulation bicéphale du marché de la production d'électricité EMR	183
Chapitre II.	Le marché de la vente d'électricité EMR	189
Section I.	Le cadre contractuel de la vente de l'électricité EMR	189
§ 1.	Le contenu du contrat d'achat d'électricité EMR	189
A-	Le contrat d'achat d'électricité est un contrat administratif	190
B-	Les obligations réciproques des parties au contrat d'achat d'électricité EMR	191
1-	L'obligation de livrer l'électricité EMR produite	192
a)	Le contenu de l'obligation	192
b)	Le lien indissociable avec le contrat de raccordement	193
2-	L'obligation d'acheter l'électricité EMR à un prix déterminé	195
a)	La nature juridique singulière de l'obligation d'achat de l'électricité	195
b)	L'impossible uniformité du prix d'achat EMR	198
§ 2.	La vie du contrat d'achat d'électricité EMR	200
A.	Une prise d'effet du contrat d'achat d'électricité EMR subordonnée à la mise en service des installations.	200
1-	La mise en service des installations dans le cadre des appels d'offres	200
2-	L'exigence préalable du raccordement au réseau d'électricité	202
B.	Les modifications et la résiliation du contrat d'achat d'électricité EMR	203
1-	Les modifications du contrat d'achat	203
a)	Indexation du prix	204
b)	Modification du contrat d'achat	204
c)	Cession du contrat d'achat	205
2-	Extinction du contrat d'achat d'électricité EMR	207
a)	Inexécution du contrat	207
b)	Suspension et résiliation du contrat	207
Section II.	Le cadre structurel de la vente de l'électricité EMR	208
§ 1.	Les structures de connexions électriques	209
A.	Les limites des structures terrestres de raccordement au réseau des EMR	209
1-	Le principe d'accès non discriminatoire et prioritaire au réseau	209
2-	Les limites de l'application du principe d'accès prioritaire des	210

producteurs d'électricité EMR au réseau	
a) La rareté des zones propices au raccordement en raison des règles protectrices du littoral	210
b) La capacité limitée du réseau et la nécessité de renforcer les ouvrages de raccordement	212
B. La nécessité de « maritimiser » les procédures de raccordement électrique des parcs EMR	213
1- La nécessité d'une planification spécifique pour le raccordement des unités de production EMR	213
2- L'extension des compétences des gestionnaires de réseau et la question de la propriété des ouvrages de raccordement en mer	214
a) Compétence étendue au milieu marin	214
b) La clarification nécessaire à propos de la propriété des ouvrages en mer	215
§ 2. Les structures d'interconnexions électriques en mer	217
A. Les entraves à la libre circulation de l'électricité constituées par l'existence de régimes de soutien nationaux aux énergies renouvelables	217
1- La qualification de marchandise de l'électricité	218
2- Les entraves justifiées à sa libre circulation	218
a) L'existence de dispositifs de soutien nationaux disparates	219
b) Les atteintes tolérées à la libre circulation de l'électricité	222
B. Les projets visant à faciliter la libre circulation de l'électricité EMR nonobstant les régimes nationaux de soutien aux EMR	224
1- La multiplication des projets d'interconnexions marines	224
2- Les tentatives de levée des obstacles à la réalisation des projets d'interconnexion	227
Conclusion de la première partie	232
Seconde partie	
L'empreinte du marché de l'électricité EMR sur le milieu marin	
Titre I. La contribution du marché de l'électricité EMR à la valorisation du milieu marin	236
Chapitre I. La valorisation économique du milieu marin	237

Section I.	La nature de la valorisation économique	237
§ 1.	La valorisation économique du milieu d’implantation des parcs EMR	237
A-	La valorisation économique du DPM naturel	238
1-	Les redevances d’occupation du DPM naturel	239
2-	La taxe fiscale sur les éoliennes en mer	244
B-	La valorisation économique de la ZEE	245
§ 2.	La valorisation économique de la ressource EMR	248
A.	L’analyse de la nature juridique de la ressource EMR	248
1-	La ressource naturelle : une notion économique appréhendée par le droit	249
a)	Une notion économique	249
b)	Une notion économique appréhendée par le droit	250
2-	La classification juridique de la ressource EMR	252
a)	La ressource EMR est une chose	252
b)	La ressource EMR et la notion de valeur	253
b-1)	Valeur d’échange	253
b-2)	Valeur d’usage	258
B.	La valorisation économique de la chose commune	261
1-	Le mode d’acquisition de la propriété du bien électricité	261
2-	Le passage du « hors marché » au « marché »	264
Section II.	La valorisation économique à l’épreuve de l’usage commun	266
§ 1.	L’accroissement de la concurrence face à l’usage commun	267
A.	Le régime de l’usage commun	267
1-	L’usage commun en mer territoriale	267
a)	L’usage commun sur le DPM	268
b)	L’usage commun dans la colonne d’eau et l’espace aérien	269
2-	L’usage commun en ZEE et sur le plateau continental	272
3-	L’usage commun en haute mer	273
B.	La multiplication des usages concurrents à l’épreuve de l’usage commun	274
1-	La concurrence entre les EMR et les autres usages de la mer	274
2-	Des règles de planification des usages inadaptées en mer	274
§ 2.	Vers une régulation de la concurrence des usages en mer	277
A.	La régulation ex ante des usages concurrents par la planification stratégique du milieu marin	277
1-	Les raisons d’une planification stratégique pour réguler les usages	

Concurrents	277
a) La notion de régulation	277
b) La conciliation des intérêts concurrents avec l'intérêt général	279
2- Le concept anglo-saxon de cadastre marin	282
B. La régulation ex-post des usages concurrents en mer	285
1- Conséquence de l'échec de la régulation <i>ex ante</i>	285
2- Une possible régulation par le marché	287
Chapitre II. La valorisation éthique du milieu marin	289
Section I. La finalité de la valorisation éthique du milieu marin	293
§ 1. L'empreinte de la notion de bien public au domaine économique	293
A. Le bien public et l'ancienne notion juridique de bien commun	293
1- La définition du bien public	293
a) Une notion économique	293
b) Une amorce d'apparition dans la jurisprudence	285
2- Le rapprochement du bien public et du bien commun	296
B. Biens publics, biens collectifs et biens communs	298
1- Du bien public au bien collectif	298
2- Du bien collectif aux biens communs	299
§ 2. Les EMR et la notion de bien public mondial	302
A. La contribution du marché de l'électricité EMR à la production de biens publics mondiaux	302
1- La notion de bien public mondial appliquée aux EMR	302
2- Quelques exemples de biens publics mondiaux	304
a) La paix	304
b) Le développement économique équitable et la notion de justice distributive	306
c) L'accroissement de la connaissance du milieu marin	309
B. La protection des droits fondamentaux grâce à la production des biens publics mondiaux	311
1- Des biens publics mondiaux aux droits fondamentaux	311
a) Les droits fondamentaux protégés grâce à la production des biens publics mondiaux	311
b) La nature juridique des droits fondamentaux protégés	313
2- Des droits fondamentaux aux biens communs	314

Section II.	Les instruments de la valorisation éthique du milieu marin	315
§ 1.	La participation des citoyens aux décisions ayant des incidences sur l'environnement	315
A.	La controverse sur l'efficacité de la procédure de débat public	316
1-	L'institution de la procédure de débat public	316
2-	Le débat public dans le cadre des EMR	318
B.	La procédure d'enquête publique	323
§ 2.	L'implication du public dans la gestion du milieu marin	325
A.	Le rôle du public dans la gestion du domaine public maritime	325
B.	La place du public dans la gestion du patrimoine commun de la nation	328
C.	La comparaison avec la doctrine du <i>public trust</i>	331
Titre II.	Le marché de l'électricité EMR source de contraintes pour le milieu marin	334
Chapitre I.	Le marché de l'électricité EMR source de contraintes pour l'environnement marin	337
Section I.	Les enjeux de la mise en œuvre du principe de précaution dans le cadre de la mise en valeur des EMR	338
§ 1.	Le contrôle de l'action administrative relative à la mise en œuvre du principe de précaution	339
A.	La nature de l'acte administratif contrôlé	340
1-	La nécessité de l'existence d'un acte faisant grief	340
2-	L'identification des actes susceptibles de recours dans le domaine des EMR	340
B.	La nature du contrôle effectué par le juge administratif	341
1-	Le contrôle du respect du principe de précaution à travers le bilan coûts-avantages	341
2-	La transposition de ce contrôle dans le cadre des EMR	343
§ 2.	La responsabilité de l'État dans la mise en œuvre du principe de précaution	347
A.	L'influence du principe de précaution sur les régimes classiques de responsabilité des personnes publiques	347
1-	De la responsabilité pour risque classique à la responsabilité pour défaut d'anticipation des risques	347
2-	La responsabilité pour faute	348
B.	Vers un nouveau régime de responsabilité pour défaut d'anticipation des risques liés aux EMR ?	350
1-	Un nouveau concept de responsabilité	350
2-	L'intérêt à agir	352
a)	L'intérêt à agir des générations présentes	352

b) L'intérêt à agir des générations futures	355
Section II. L'application du principe de précaution dans le cadre du marché de l'électricité EMR	357
§ 1. L'applicabilité du principe de précaution	357
A. La probabilité de risques et de dommages graves et irréversibles	357
1- L'incertitude des risques et des dommages	357
a) Distinction sémantique du risque et du dommage	358
b) Les risques et dommages potentiels des EMR	360
2- Le caractère grave et irréversible des dommages	362
a) La gravité du dommage	363
b) L'irréversibilité	362
B. La confirmation de la probabilité de risques et de dommages	365
1- La nécessité d'une expertise scientifique indépendante	365
2- Le cas spécifique des EMR	365
§ 2. L'application du principe de précaution	367
A- L'accroissement de la connaissance des risques potentiels	368
B- Les mesures de précaution envisagées	371
Chapitre II. Le marché de l'électricité EMR source de contraintes pour l'espace marin	374
Section I. La nécessité d'un nouvel équilibre entre sécurité et liberté des mers	376
§ 1. Sécurité et libertés en mer territoriale	376
A. Sécurité et libre usage du public	377
1- Nature juridique du libre usage du public	377
a) Libre usage du DPM naturel	377
b) Libre usage des eaux surjacentes	378
2- Le traitement des atteintes portées par la présence des parcs EMR au libre usage du public	380
B. Sécurité et droit de passage inoffensif	384
1- Droit de passage inoffensif des navires étrangers et présence des parcs EMR	384
2- Restrictions possibles au droit de passage inoffensif pour la sécurité des parcs EMR	385
§ 2. Sécurité et libertés au-delà de la mer territoriale	389
A. Sécurité et liberté de la navigation au-delà de la mer territoriale	389
1- En ZEE	389
2- En haute mer	392
B. Sécurité et liberté de pose de câbles sous-marins au-delà de la mer territoriale	395

Section II. La complexification du régime de responsabilité des dommages survenus dans l'espace marin	396
§ 1. L'application du régime de responsabilité liée aux dommages causés par les ouvrages ou travaux publics	397
A. Les critères de qualification d'ouvrages ou travaux publics	397
1- Le caractère immobilier de l'ouvrage	398
2- Ouvrage public et domaine public	399
3- La qualification de travaux publics	400
B. Les responsabilités à l'occasion des dommages d'ouvrages ou travaux publics	402
1- La qualité de la victime : usager ou tiers	402
2- Les régimes de responsabilité	403
a) La responsabilité pour faute présumée	403
b) La responsabilité sans faute	403
§ 2. L'application du régime de responsabilité en droit maritime	404
A. La mise en jeu de la responsabilité au sein des parcs d'éoliennes offshore plantées	405
1- La mise en jeu de la responsabilité du fait personnel ou du fait des choses	406
2- La mise en jeu de la responsabilité du fait des produits défectueux ou des immeubles	407
B. La mise en jeu de la responsabilité dans les autres parcs EMR	409
1- L'explicitation de l'expression « Engins flottants non amarrés à poste fixe »	409
2- L'application du régime de l'abordage	410
3- L'invocation du principe de limitation de responsabilité	412
Conclusion de la seconde partie	414
Conclusion générale	417
Bibliographie	423
Index	485