



L'IMPLICATION DES COMMUNES DANS LE DEVELOPPEMENT DE PROJETS EOLIENS : LIMITES ET OPPORTUNITES¹

Mathieu Lambert, conseiller expert

Le niveau d'implication des communes dans le développement de projets éoliens peut revêtir diverses formes, allant de l'intervention la plus minime à l'investissement le plus important, selon les ressources financières et humaines dont elles disposent et selon leur volonté de s'investir ou non dans de tels projets.

Pour ces raisons, une telle implication dans ces projets et le niveau de celle-ci doivent être laissés à leur libre appréciation.

Nous présentons, dans les lignes qui suivent, un panorama non exhaustif des outils juridiques à disposition des communes dans ce cadre.

I. ABSENCE D'IMPLICATION DES COMMUNES DANS LE DEVELOPPEMENT DE PROJETS EOLIENS

Certaines communes pourraient ne pas vouloir s'investir dans le développement de projets éoliens. . Aussi, conformément aux règles prescrites en matière d'aménagement du territoire, d'urbanisme et d'environnement, la commune ne délivrant pas le permis pour des éoliennes raccordées au réseau, son rôle se limitera à rendre un avis aux fonctionnaires régionaux, avis qui peut même ne pas être rendu si le délai pour ce faire est échu. Il s'agit du niveau d'implication le plus bas.

II. FAIBLE IMPLICATION DES COMMUNES DANS LE DEVELOPPEMENT DE PROJETS EOLIENS

D'autres communes pourraient ne pas souhaiter s'impliquer fortement dans le développement de projets éoliens, mais toutefois vouloir obtenir un retour financier d'activités hautement lucratives.

A. ETABLISSEMENT D'UNE TAXE

L'autonomie fiscale des communes est garantie par la Constitution (art. 41 et 170, par. 4); elle ne peut être limitée que par une loi, pour autant que la nécessité en soit démontrée.

Les règlements-taxes communaux sont soumis à l'approbation de l'Autorité de tutelle (CDLD, art. L3131-1, par. 1^{er}, 3^o). L'approbation peut être refusée pour violation de la loi ou lésion de l'intérêt général et régional (CDLD, art. L3131-1, par. 4, al. 1^{er}).

On notera également que selon le Conseil d'Etat, ni la directive 2009/28/CE ni l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006 qui la transpose n'interdisent aux communes d'établir

¹ Mise à jour d'un article de Mathieu Lambert et Laetitia Vander Borghet paru dans le *Mouvement communal* de février 2012 (pp. 42-46) ; merci à Gaëlle De Roeck pour sa relecture.

une taxe sur les installations productrices d'énergie au moyen de sources renouvelables. Par ailleurs, il n'est pas déraisonnable que la taxe ne vise que les mâts d'éoliennes destinés à la production industrielle d'électricité. Enfin, la taxe ne restreint pas de manière disproportionnée la liberté de commerce et d'industrie. Et il ne peut être reproché à la ville de ne pas affecter le produit de la taxe à une compensation de l'incidence que les mâts et pales peuvent produire sur l'environnement mais à alimenter la trésorerie municipale étant donné que c'est le régime normal des recettes et dépenses communales³.

L'établissement d'une taxe est un véritable acte d'autorité, fondé sur l'*imperium* de la commune. Il ne peut donc certainement pas être question de quelque négociation en la matière.

B. ETABLISSEMENT D'UNE REDEVANCE

La redevance est la contrepartie d'un service individuel fourni par l'administration, d'un montant proportionné à ce service, et auquel le redevable a recouru volontairement.

Aussi, dans le cadre du développement de projet éolien, on voit difficilement quelle contrepartie dans le chef de la commune justifierait le paiement de cette redevance. Dès lors, il semble que le recours à la notion de redevance n'a pas lieu d'être dans ce contexte, sauf cas particuliers, par exemple l'usage de la voirie pour le passage de câbles ou du domaine public pour l'érection du mât.

C. GESTION DU PATRIMOINE COMMUNAL

La commune, propriétaire des terrains sur lesquels le promoteur souhaite implanter son parc, pourrait mettre ces terrains en location ou octroyer sur ceux-ci un droit de superficie ou d'emphytéose.

S'agissant d'opérations purement immobilières, pour autant que la commune n'impose aucune charge ni condition au promoteur, elles ne sont pas soumises à la réglementation des marchés publics.

L'on appliquera néanmoins les principes rappelés dans la circulaire du 23 février 2016 du Ministre des Pouvoirs locaux portant sur les opérations immobilières des pouvoirs locaux⁴.

L'on constate ainsi, à sa lecture, que les principes d'égalité et de non-discrimination doivent guider l'action des pouvoirs locaux, en cette matière également.

Et s'il n'est pas permis, en termes d'opportunité en tout cas, d'octroyer de tels droits pour une redevance ou un canon inférieur à l'estimation, les offres supérieures peuvent bien sûr être admises. Aussi, il est recommandé aux communes de se tenir au courant, dans la mesure du possible, des montants habituellement atteints par ailleurs (que les terrains soient communaux ou appartiennent à des propriétaires privés).

D. INDEMNISATION POUR PREJUDICE PAYSAGER OU VOYER

Ce genre d'indemnisation forfaitaire et préalable peut être qualifié de transaction, soit le "*contrat par lequel les parties [...] préviennent une contestation à naître*" (C. civ., art. 2044).

Par cette convention, commune et promoteur s'accordent, sans que le différend soit porté devant le juge, sur le montant que le second paiera à la première, en réparation d'un préjudice.

³ C.E., 3 octobre 2016, 15e Ch., n° 236108.

⁴ M.B. 9.3.2016.

L'on a ainsi déjà rencontré de telles conventions dont l'objet est la réparation du dommage subi à la voirie communale et plus généralement au mobilier urbain, à l'occasion de la construction du parc éolien, l'important charroi pouvant en effet porter atteinte au domaine public communal.

Un autre exemple est celui de la réparation du préjudice paysager.

E. CONTRIBUTION VOLONTAIRE ET CONTRAT DE SPONSORING

Certaines conventions conclues entre opérateurs éoliens et communes font mention de "contributions volontaires" au profit des communes. Ces contributions volontaires sont l'objet de conventions *sui generis*, dans la mesure où les opérateurs éoliens ne doivent attendre aucune contrepartie dans le chef des communes.

Une variante a également fait son apparition : la contribution volontaire en nature, par laquelle le promoteur éolien offre à la commune des panneaux photovoltaïques à placer sur certains bâtiments communaux⁵.

Par ailleurs, il arrive que, dans le cadre de leur projet, des promoteurs éoliens proposent, pour faire connaître et promouvoir leur entreprise, de parrainer ou sponsoriser certaines activités culturelles ou sportives dans la commune, voire de restaurer un bien communal ou de prendre soin, remettre en état et/ou entretenir les alentours du parc éolien (par exemple dans les périmètres de parcs naturels).

III. IMPLICATION FORTE DES COMMUNES DANS LE DEVELOPPEMENT DE PROJETS EOLIENS

Des communes pourraient souhaiter s'investir plus fortement dans un projet éolien, en devenant réellement acteur du projet. Ceci peut se faire de différentes façons à condition toutefois que le projet puisse être considéré d'intérêt communal.

A. CREATION D'UNE REGIE COMMUNALE DONT L'OBJET SOCIAL CONSISTERAIT EN L'EXPLOITATION D'UNE OU PLUSIEURS EOLIENNES ?

Une solution qui pourrait s'avérer intéressante pour les communes serait la création d'une régie communale autonome ayant pour objet l'exploitation d'une ou plusieurs éoliennes.

Toutefois, en vertu de l'article L1231-4 de Code de la démocratie locale et de la décentralisation (CDLD), le recours à la création d'une régie communale autonome est réservé à un nombre déterminé d'activités, desquelles l'activité de production d'électricité est actuellement exclue.

La création d'une telle régie ne semble dès lors pas pouvoir être envisagée à l'heure actuelle.

Cette impossibilité de recourir au mécanisme de la régie communale autonome est particulièrement regrettable, d'autant que la création d'une telle régie avec prise de participation dans une filiale (article L1231-8, par. 2 du CDLD) serait la formule juridique "idéale" permettant à la commune d'assurer un partenariat avec le secteur privé voir avec la société civile.

B. CREATION D'UNE ASSOCIATION DE PROJET DONT L'OBJET SOCIAL CONSISTERAIT EN L'EXPLOITATION D'UNE OU PLUSIEURS EOLIENNES ?

⁵ M. Duquesne, M. Lambert, "La Bruyère : compensation éolienne sous forme de modules solaires", *Mouv. comm.*, 12/2011, pp 48-50.

Une commune qui souhaiterait s'investir dans le développement d'un projet éolien pourrait-elle le faire en s'associant à d'autres communes via création d'une association de projet dont le projet consisterait en l'exploitation d'une ou plusieurs éoliennes ?

L'article L1512-2, alinéa 1^{er}, du CDLD prévoit que plusieurs communes peuvent créer une association de projet pour assurer la "*planification, la mise en œuvre et le contrôle d'un projet d'intérêt communal*".

Il s'agit d'une formule souple qui s'avère utile pour la réalisation de projets à petite échelle concernant un nombre limité de communes.

Pour autant que l'exploitation d'éoliennes puisse être considérée comme "*projet d'intérêt communal*", la création d'une association de projet en vue de s'occuper du développement d'un parc éolien semble constituer une solution appropriée.

En effet, s'il est vrai que l'association de projet est créée pour une période maximale de six ans par décision des conseils communaux (art. L1522-1, par. 1^{er} du CDLD), elle est cependant reconductible par période maximale également de six ans.

Par ailleurs, il convient de souligner qu'outre les communes, toute autre personne de droit public ou de droit privé peut également faire partie d'une association de projet. Cet élément devrait permettre aux communes participant à une association de projet de bénéficier de l'expertise et du financement d'autres partenaires, tant publics que privés.

Cependant, il ne faut pas perdre de vue que la participation globale des autres associés que communaux, personnes de droit privé ou de droit public, à une association de projet ne peut jamais être supérieure à 49 % du capital social total. (CDLD, art. L1522-7, al. 3). Cette limitation pourrait s'avérer contraignante en termes de financement de ce type d'activités.

Enfin, il nous semble utile d'ajouter que si, certes, la création pure et simple d'une association de projet n'est pas soumise à la réglementation sur les marchés publics, c'est sous réserve néanmoins, s'agissant éventuellement d'une association de projet comprenant un ou des partenaires privé(s), de ce qui sera dit plus loin au sujet de la création d'une société avec un partenaire privé.

C. CREATION D'UNE INTERCOMMUNALE DONT L'OBJET SOCIAL CONSISTERAIT EN L'EXPLOITATION D'UNE OU PLUSIEURS EOLIENNES OU EXTENSION DE L'OBJET SOCIAL D'UNE INTERCOMMUNALE EXISTANTE ?

L'article L1512-3 du CDLD prévoit que plusieurs communes peuvent former des intercommunales ayant des objets déterminés d'intérêt communal.

Dès lors, pour autant que l'on puisse considérer que l'exploitation d'une ou plusieurs éoliennes constitue un tel objet d'intérêt communal, l'association de plusieurs communes sous la forme d'une intercommunale est une solution appropriée pour les communes qui souhaitent s'investir activement dans un projet éolien.

Ainsi, l'implication des communes dans le développement de projets éoliens par l'intermédiaire d'une intercommunale peut se réaliser soit par création d'une nouvelle intercommunale, soit par extension de l'objet social d'une intercommunale existante, voire création d'un secteur spécifique au sein d'une intercommunale existante.

Dans ce cadre, il convient d'attirer l'attention des communes sur le fait que les gestionnaires de réseaux de distribution (GRD) ne peuvent réaliser des activités de production que pour autant qu'il s'agisse de produire de l'électricité verte – ce qui est le cas en l'espèce – et pour autant que

l'électricité ainsi produite soit exclusivement utilisée pour alimenter leurs propres installations et/ou pour compenser leurs pertes réseau⁶.

Le choix du promoteur éolien, partenaire privé de la (des) commune(s) dans l'intercommunale (CDLD, art. 1512-4, al. 1^{er}), sera soumis, selon toute vraisemblance, à l'application de la réglementation des marchés publics. En effet, comme le relève la Commission européenne, l'apport du partenaire privé consiste, en plus de la contribution au capital de la société mixte, en la participation active à l'exécution des tâches confiées à celle-ci⁷.

Ainsi, lorsque la mission dévolue à la société mixte a un objet relevant de la réglementation des marchés publics (travaux, fournitures et/ou services), l'opération est soumise au champ d'application de cette réglementation, et ce même si en principe la création d'une personne juridique, en l'occurrence au capital mixte, n'est pas en elle-même visée par la réglementation des marchés publics.

D. CREATION OU PARTICIPATION A UNE SOCIETE EXPLOITANTE ?

L'article 180 de la loi du 21 décembre 1994 portant des mesures sociales autorise les communes à prendre des participations directes ou indirectes dans des sociétés publiques ou privées de production d'électricité.

Cette disposition permet aux communes de créer ou de participer à des sociétés commerciales ayant pour objet l'exploitation d'une ou plusieurs éoliennes et dès lors de s'investir pleinement dans un projet éolien tout en bénéficiant d'un return via distribution des dividendes.

a. Aspect institutionnel

La participation de la commune au capital de la société exploitante pourrait se réaliser soit directement, soit indirectement.

La participation directe se comprend aisément. En revanche, il faut constater que les travaux préparatoires relatifs à disposition légale ne précisent pas ce qu'il y a lieu d'entendre par "*prendre des participations indirectes*"⁸.

La participation de la commune au capital d'une société exploitante ne pourrait pas se réaliser par l'intermédiaire d'une association de projet puisque le CDLD n'autorise pas pareille association à participer au capital de sociétés commerciales.

A l'heure actuelle, il n'est pas non plus possible de réaliser la participation indirecte via une régie communale autonome. Certes, l'article L1231-8, par. 2, alinéa 1^{er}, du CDLD prévoit que les régies communales autonomes peuvent prendre des participations directes ou indirectes dans des sociétés, associations et institutions de droit public ou de droit privé dénommées filiales. Néanmoins, pareille participation n'est possible que pour autant que l'objet social de la filiale soit compatible avec celui de la régie. Or, le recours à la création de régies communales autonomes est réservé à un nombre déterminé d'activités desquelles l'activité de production d'électricité est actuellement exclue⁹.

Par contre, la participation indirecte de la commune au capital d'une société exploitante pourrait très bien se réaliser par l'intermédiaire d'une intercommunale. En effet, l'article L1512-5, alinéa 1^{er},

⁶ Décr. du 12.4.2001 rel. à l'organisation du marché régional de l'électricité, art. 8, par.1^{er}, al. 2.

⁷ *Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)*, C(2007) 6661, 5.2.2008; la jurisprudence de la C.J.U.E. et celle du Conseil d'Etat vont dans le même sens.

⁸ Projet de loi portant des dispositions sociales et diverses, Senat, sess. 1994-1995, n° 1218/5, p. 24.

⁹ Cf. supra.

du CDLD prévoit que les intercommunales peuvent prendre des participations au capital de toute société lorsqu'elles sont de nature à concourir à la réalisation de leur objet social.

Enfin, selon nous, la participation indirecte de la commune à la société exploitante pourrait encore se réaliser par l'intermédiaire d'une société privée pour autant que cette société ait également pour objet social la production, le transport et la distribution d'énergie, et ce par application de l'article 180 de la loi de 1994.

b. Application de la réglementation en matière de marchés publics

A nouveau, c'est la même question que celle évoquée plus haut en ce qui concerne la création d'une intercommunale mixte qui se pose ici.

Ainsi, par distinction avec le partenariat de type purement contractuel qui se fonde sur des liens uniquement conventionnels, sans création d'une société de projet, le partenariat public-privé de type institutionnalisé (PPPI) "*[implique] une coopération entre le secteur public et le secteur privé au sein d'une entité distincte*"¹⁰.

Cette entité, encore appelée société (d'économie) mixte, est dotée de la personnalité juridique et voit son capital détenu à la fois par le partenaire public et le partenaire privé.

Aussi, l'apport du partenaire privé consiste, en plus de la contribution au capital de la société mixte, en la participation active à l'exécution des tâches confiées à celle-ci.

Dans ce cas, comme le partenariat (prenant la forme d'une participation dans une société d'économie mixte) a pour objet, dès l'origine, des travaux à réaliser et/ou des services à prester par le partenaire privé dans cette société ou par la société elle-même, l'opération doit être qualifiée de marché public¹¹.

Si, au contraire, le partenariat n'intervient qu'une fois les infrastructures réalisées, l'objectif du partenaire public étant, non de faire réaliser des travaux – puisque les infrastructures existent – ni de se faire prester des services, mais "seulement" d'investir dans un but de rentabilité, l'opération ne doit pas être qualifiée de marché public.

L'on peut en effet considérer, dans ce dernier cas, que le projet ne résulte pas d'une initiative du pouvoir public ou, à tout le moins, partagée par le pouvoir public, mais qu'il constitue un projet au départ entièrement privé, c'est-à-dire un projet imaginé, défini, étudié et concrétisé par l'opérateur privé, auquel, dans un second temps, la commune souhaite participer, la société privée développant seule un projet (prospecte des sites, signe des contrats fonciers, fait des études de faisabilité, etc.), et propose en fin de développement un partenariat financier à la commune qui chercherait à investir des fonds.

c. Participation citoyenne au capital de la société privée

La société exploitante pourrait très bien décider d'ouvrir son capital non seulement à la commune, mais également aux citoyens.

Ces derniers détiendraient alors des parts soit directement, soit par l'intermédiaire d'une société coopérative, dans le capital de la société exploitante et se verraient distribuer, en contrepartie, des dividendes.

¹⁰ *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, 30.4.2004, Commission des Communautés européennes, COM (2004) 327 final.

¹¹ C.J.C.E., 15.10.2009, *Acoset SpA c/ Conferenza Sindaci*, aff. C-196/08; C.E., n° 145.163, 30.5.2005.

E. EXPLOITATION D'UNE EOLIENNE DIRECTEMENT PAR LA COMMUNE VIA CESSION D'UNE EOLIENNE ?

La commune qui souhaite s'investir activement dans un projet éolien pourrait également se voir céder une éolienne, afin de l'exploiter en son nom propre.

L'on doit cependant s'interroger sur l'existence, dans cette hypothèse, d'un marché de travaux. Certes, la cession d'un immeuble existant n'est pas soumise à la réglementation des marchés publics. Mais dans la mesure où, au moment où la convention serait conclue, celle-ci aurait pour objet la mise à disposition d'un ouvrage qui doit encore être construit, celui-ci étant financé par la commune, il faudrait plus que probablement conclure à l'existence d'un marché de travaux.

Et il est plus que probable par ailleurs que la commune devra sous-traiter l'exploitation de sa propre éolienne, de sorte qu'un marché de services devra également être conclu, en même temps que le marché de travaux (marché mixte) ou postérieurement à celui-ci.

F. EXPLOITATION D'UNE EOLIENNE VIA CONVENTION ENTRE COMMUNES

L'article L1512-1 du CDLD prévoit que "*les communes peuvent conclure des conventions relatives à des objets d'intérêt communal*".

Plusieurs communes pourraient-elles conclure une convention en vue d'exploiter une ou plusieurs éoliennes ?

Le mécanisme ne nous semble pas être un mécanisme adapté. En effet, la convention au sens où l'entend l'article L1512-1 du CDLD est réservée aux seules communes. Les communes devraient dès lors de toute façon sous-traiter l'exploitation de leur propre éolienne, de sorte qu'un marché de services devrait également être conclu, en même temps que le marché de travaux (marché mixte) ou postérieurement à celui-ci.

MLA/2018-12-13