

Le vert est dans le vent. De quelques questions en rapport avec les éoliennes

Diane Déom
Conseiller d'Etat
Professeur à l'U.C.L.

TABLE DES MATIÈRES

I.	Introduction	2
II.	Les polices administratives	2
A.	Nature des dispositifs éoliens	2
B.	Les zones d'implantation	3
C.	Les sites d'implantation et les critères d'octroi des permis	4
D.	Questions de procédure	5
III.	Les structures d'exploitation	7
A.	La commune et le petit éolien	7
B.	La commune et l'exploitation d'éoliennes de puissance	8
C.	La commune et les partenariats pour l'exploitation d'éoliennes de puissance	9

I. Introduction

S'il ne suffit pas à rassurer sur l'avenir climatique et environnemental, l'essor des énergies renouvelables n'en constitue pas moins une réalité tangible, dont l'un des signes est le développement rapide des infrastructures éoliennes¹. Ce foisonnement ne va pas sans soulever des débats, quelquefois passionnés, qui semblent comporter deux dimensions essentielles. D'une part, l'installation des éoliennes comme de toutes les infrastructures d'intérêt collectif s'expose à la critique des riverains, spécialement lorsqu'il s'agit d'installations de taille industrielle: l'impact paysager, le bruit, les risques éventuels pour la santé, sont mis en évidence pour contester, parfois le principe, plus souvent le lieu d'implantation de tels dispositifs. Les incidences sur l'avifaune, le coût élevé de l'énergie produite, les risques d'accidents, constituent également des objections fréquentes. C'est dans les polices de l'urbanisme et de l'environnement que cette problématique trouve son cadre juridique. Dans la première partie de cette étude, nous évoquerons – sans prétention à l'exhaustivité... – les règles en vigueur à cet égard et nous chercherons à cerner le rôle des communes dans la mise en œuvre des régimes d'autorisation applicables.

D'autre part, le mode même d'exploitation de l'énergie éolienne est objet de discussions et d'enjeux qui sont peut-être révélateurs d'une véritable évolution sociétale². Envisagée simplement en tant que technique de production d'électricité, l'éolienne semble, dans l'univers économique du XXI^e siècle, vouée à se développer sur le mode capitaliste, et les communes ne sont alors que spectatrices de son émergence. Pourtant, ce scénario heurte l'opinion, comme si cette innovation drainait des aspirations dépassant le domaine pragmatique de la satisfaction des besoins énergétiques. Les communes sont interpellées pour encourager l'auto-production, favoriser des initiatives «citoyennes», participer à des coopératives, plutôt que de laisser le champ libre aux grandes entreprises du secteur, suspectées de surfer sur la vague verte pour engranger de plantureux profits³. Dans la seconde partie de notre article, nous aborderons quelques-unes des questions juridiques que soulève l'implication des communes dans les divers modes d'exploitation des éoliennes.

II. Les polices administratives

A. Nature des dispositifs éoliens

Les dispositions du C.W.A.T.U.P.E. qui déterminent l'affectation des différentes zones du territoire ne visent spécifiquement ni les éoliennes, ni plus généralement les installations de production d'électricité. De tels dispositifs sont malaisés à classer parmi les affectations du territoire prévues par ces dispositions. Pour clarifier le problème, une distinction est traditionnellement introduite entre les éoliennes «de puissance» (plus de 500 kW) et les éoliennes de faible puissance, qui n'ont pas pour finalité première de fournir le réseau public de distribution d'électricité et s'inscrivent donc plutôt dans une démarche d'auto-production. L'évolution de la technique attire plus récemment l'introduction d'éoliennes de moyenne puissance, se situant entre ces deux pôles.

1. On se permet de renvoyer aux indications statistiques et cartographiques figurant sur le site internet de l'APERe, «facilitateur éolien» de la Région wallonne: www.eolien.be
2. Voy. pour une vue très vaste de questions de cet ordre, C. ARNSPERGER, *Ethique de l'existence post-capitaliste*, Ed. du Cerf, 2009.
3. Suspicion aggravée, dans certains cas, par l'hypothèse de collusions mafieuses. Celles-ci font l'objet d'enquêtes policières en Italie et dans quelques autres pays européens, notamment en raison de l'importance des financements publics prévus pour soutenir le développement des énergies renouvelables.

Les éoliennes de puissance et le moyen éolien présentent une dimension et mettent en œuvre des procédés qui amènent, à première vue, à y voir des activités industrielles (ou de petite industrie) au sens courant du terme; pareille qualification les situerait naturellement dans la zone d'activité économique industrielle ou mixte. Mais leur adéquation avec la définition de l'activité industrielle, supposant le traitement de matières premières, laisse un peu perplexe. Il est certainement défendable⁴ par ailleurs de les qualifier, en tant qu'instruments de mise en œuvre d'une énergie renouvelable, d'aménagements qui «ont pour finalité de promouvoir l'intérêt général» au sens de l'article 28 du C.W.A.T.U.P.E., ce qui justifie leur localisation dans les zones de services publics et d'équipements communautaires. Justifient-elles, pour autant, de la qualification d'aménagements de services publics et d'équipements communautaires, ce qui les localiserait dans les zones de même appellation (art. 28) mais aussi, moyennant certaines conditions, dans les zones d'habitat (art. 26 et 27) et de loisirs (art. 29)? On sait que la jurisprudence définit, comme critères d'une telle qualification, deux critères cumulatifs: l'équipement doit être ouvert au public ou être affecté au service du public, et son exploitation ne doit pas viser un but lucratif en ordre principal, la qualité publique ou privée du gestionnaire étant indifférente⁵. Il est satisfait à la première condition pour les éoliennes de puissance, on ne saurait affirmer que la seconde soit remplie dans tous les cas, ni même dans la majorité d'entre eux. Ce n'est donc qu'au terme d'une appréciation cas par cas qu'il pourra être conclu qu'un parc éolien, géré soit par une personne de droit public (relevant du service public organique) soit par une structure dont le but lucratif ne serait pas prédominant (éolienne citoyenne) constitue un équipement communautaire ou de service public.

Quant au petit éolien, sa qualification urbanistique semble logiquement devoir se rattacher à l'affectation principale des installations qu'il dessert.

Au regard du droit de l'environnement⁶, on notera que l'installation et l'exploitation d'une éolienne de puissance requièrent un permis d'environnement, au titre d'installation de classe 1 (au-delà de 3 MW électrique) ou 2 (en deçà de cette limite). Le petit éolien ne requiert ni permis d'environnement, ni déclaration à ce titre, pour autant qu'il demeure en deçà de 100 kW.

Entre 100 kW et 499 kW, il s'agit d'une installation de classe 3, soumise au régime de la déclaration d'environnement⁷.

Dans les points qui suivent, nous limiterons notre propos aux éoliennes de puissance, dont l'implantation soulève bien entendu des questions majeures⁸.

B. Les zones d'implantation

La nature même des éoliennes de puissance explique aisément que leur implantation s'opère le plus souvent, en tout ou en partie, dans les zones non destinées à l'urbanisation, à commencer par les zones agricoles dont les vastes territoires non bâtis sont propices à la formation de couloirs de vent. Or, de telles installations sont manifestement étrangères aux affectations normales que les articles 35 à 39 prévoient pour ces zones.

C'est donc par le biais de mécanismes dérogatoires que l'implantation de ces éoliennes sera le plus souvent autorisée. C'est aujourd'hui dans l'article 127, § 3, du C.W.A.T.U.P.E., que se trouve le siège de ces dérogations. Cette disposition permet en effet la délivrance de permis s'écartant du plan de secteur, pour un certain nombre d'actes et travaux, à condition que ceux-ci «soit respectent, soit structurent, soit recomposent les lignes de force du paysage», ce qui fait implicitement référence aux dispositions de la Convention européenne du paysage, signée à Florence le 20 octobre 2000. L'importance des contestations relatives aux incidences paysagères des parcs éoliens trouve là un fondement juridique explicite⁹. Néanmoins, il y a lieu de souligner que l'article 127, § 3, n'utilise plus le terme de dérogation au plan de secteur, de sorte que le caractère exceptionnel qui était consacré expressément dans le régime antérieur, n'est plus prévu textuellement¹⁰. On peut cependant se demander si ce caractère exceptionnel ou d'interprétation restrictive ne demeure pas d'actualité malgré tout, en tant qu'il caractérise de manière générale tout régime dérogatoire¹¹. Certes, l'article 127, § 3, ne parle plus de dérogation; mais à moins d'ériger en habitude l'octroi de permis «s'écartant» du plan de secteur, instrument majeur de la régulation de l'affectation des sols, pareil écart requiert une justification¹². Après s'être prononcée à propos d'une précédente modification décrétable dans l'arrêt n° 137/2006, du 14 septembre 2006, la

4. ... bien que cette vision des choses soit vivement contestée par un courant d'opinion significatif.

5. F. HAUMONT, B. JADOT et C. THIEBAUT, «Urbanisme et environnement», *R.P.D.B.*, compl. X, Bruylant, 2007, n° 302; J.-F. NEURAY, «Aperçu de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'urbanisme», *A.P.T.*, 2009/1, p. 11. Ces critères sont par exemple rappelés dans l'arrêt n° 204.187 du 20 mai 2010.

6. Voy. les trois rubriques 40.10.01.04. dans l'annexe 1 à l'arrêt du Gouvernement wallon du 4 juillet 2002 arrêtant la liste des projets soumis à étude d'incidences et des installations et activités classées.

7. Art. 11, 13 et s. du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement.

8. En ce qui concerne le petit éolien, on peut renvoyer au document publié par la Région wallonne, «Prescriptions urbanistiques pour l'implantation d'une éolienne domestique», disponible notamment sur le site du facilitateur éolien.

9. Rappelé, par exemple, par les arrêts n° 200.002 du 25 janvier 2010, et n° 208.341 du 21 octobre 2010. Un arrêt de la Cour constitutionnelle du 9 juillet 2009, n° 114/2009, précise que la notion de paysage au sens d'une disposition similaire à celle-ci vise aussi bien les sites bâtis que les sites non bâtis, de sorte que la condition ainsi formulée ne diffère pas sensiblement de celle qui, antérieurement, requérait l'appréciation de l'intégration du projet au site bâti et non bâti.

10. Le texte de l'article 127, § 3, tel que modifié par le décret du 20 septembre 2007, ne faisant plus référence à l'article 114, qui prévoit divers mécanismes dérogatoires pouvant être mis en œuvre «à titre exceptionnels».

11. M. PAQUES, «Interdictions, autorisations, dérogation», in *Liber amicorum Paul DELNOY*, Larcier, 2005, pp. 1037 et s.

12. Comme il est d'ailleurs relevé dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 87/2007, point B.9.3. Sur ces questions, voy. M. DELNOY, M. PAQUES, C. THIRY, S. LEPRINCE et N. VAN DAMME, «Actualités du C.W.A.T.U.P.», in *Questions choisies de droit de l'urbanisme et de droit de l'environnement*, Anthemis, 2007, p. 59 et s.; Th. de VILLENFAGNE, «Les plans de secteur à l'épreuve des dérogations en région wallonne», *Amén.*, 2007/2, pp. 66 et s.

Cour constitutionnelle a considéré dans l'arrêt n° 87/2007, du 20 juin 2007, que la modification apportée à cet égard au régime des actes et travaux situés dans des zones de services publics et d'équipements communautaires constituait une régression sensible dans le niveau de protection du droit à un environnement sain, mais que pareille régression était justifiée par des motifs d'intérêt général. Le même arrêt examine le régime des constructions et équipements de services publics et communautaires pour décider qu'en ce qui les concerne, aucune régression sensible du niveau de protection n'est établie.

Les éoliennes entrent-elles toujours dans les catégories d'actes et travaux susceptibles de bénéficier d'un permis «s'écartant» du plan de secteur? L'article 127, § 3, s'applique, si l'on se concentre sur les hypothèses pouvant intéresser notre sujet:

- aux permis sollicités par une personne de droit public,
- aux permis concernant des actes et travaux d'utilité publique,
- aux permis concernant des actes et travaux situés sur le territoire de plus d'une commune,
- aux actes et travaux situés dans les zones de services publics et d'équipements communautaires,
- et enfin aux constructions et équipements de services publics ou communautaires.

Les actes et travaux d'utilité publique, au sens de cette disposition, sont énumérés par l'article 274bis du C.W.A.T.U.P.E., qui vise notamment, en son point 2°, d, les actes et travaux concernant la construction ou l'agrandissement «de centrales destinées à la production d'électricité». La notion de «centrale» n'étant pas qualifiée¹³, on peut se demander si elle appelle une définition de nature technique ou bien si, comme nous avons tendance à le croire, elle peut s'appliquer aux éoliennes dès lors qu'elles constituent une installation technique permettant d'accumuler l'électricité. Si on admet qu'une éolienne de puissance est une centrale destinée à la production d'électricité, elle peut donc faire l'objet de permis dérogatoires au plan de secteur (comme aux plans communaux) dans tous les cas, sur cette base, sans qu'il soit nécessaire de déterminer par ailleurs si le parc éolien constitue un équipement communautaire ou de service public¹⁴ ni s'il présente une utilité publique spécifique en raison de sa contribution au développement des énergies renouvelables. Si on considère au contraire que l'éolienne ou le parc d'éolienne ne répond pas à la définition technique du terme «centrale»¹⁵, l'application de l'article 127 et, corrélativement, la dérogation au plan de secteur, de-

vront trouver une autre justification spécifique¹⁶. Ose-t-on se risquer, malgré l'épuisement et la lassitude que les modifications successives du C.W.A.T.U.P.E. inspirent à tous les professionnels, à souhaiter une clarification textuelle de la question?

La jurisprudence montre en tout cas que peu de contestations portent sur le zonage proprement dit, au point qu'on peut penser qu'en son état actuel, cette technique juridique n'est pas opérationnelle pour encadrer la problématique du choix des sites éoliens.

C. Les sites d'implantation et les critères d'octroi des permis

Le plan de secteur ne doit pas prévoir systématiquement les zones d'implantation des éoliennes, même fortement concentrées, dès lors que l'article 23 du C.W.A.T.U.P.E. impose seulement la mention du tracé existant ou projeté des principales infrastructures de transport d'énergie. Dans l'hypothèse où l'implantation d'un parc éolien générant une production importante imposerait la modification de ces infrastructures de transport, qu'elles soient aériennes ou souterraines¹⁷, la mention de ces dernières dans le plan de secteur serait cependant requise¹⁸.

La question du choix des sites est pourtant particulièrement sensible et donne lieu à des démarches qui tentent d'optimiser et d'objectiver les décisions en la matière à l'échelle de l'ensemble du territoire wallon. On citera particulièrement la cartographie dite «FELTZ», du nom du professeur d'université qui en a réalisé l'étude pour le compte de la Région wallonne. Dépourvue de toute valeur réglementaire, mais citée dans de nombreux dossiers, cette cartographie est utilisée pour évaluer de manière générale les diverses contraintes auxquelles il faut avoir égard lors du choix d'un site d'implantation. L'implantation des éoliennes de puissance en Région wallonne fait par ailleurs l'objet d'un «cadre de référence» qui a été fixé par le gouvernement wallon le 18 juillet 2002. Il est en cours d'actualisation, une vaste démarche de concertation en ce sens étant en cours depuis plusieurs mois¹⁹. Ce document tente de définir les principes généraux qui doivent guider l'appréciation des autorités saisies de ce type de demande et il est fréquemment invoqué dans les contestations relatives à la motivation des décisions rendues en la matière. Décrivant les impacts potentiels des éoliennes, il détermine un certain nombre de conditions de distances à respecter, de limites admissibles, de seuils de nuisances, et pose également les balises de l'étude des incidences paysagères.

13. Dans la nomenclature des installations classées, au contraire, la mention des éoliennes ou parcs d'éoliennes est suivie de mentions visant spécifiquement les centrales hydroélectriques ou nucléaires.

14. Voy. sur ce point les indications assez nuancées du cadre de référence du 18 juillet 2002, cité au point 3 (note 20), en particulier son annexe A.

15. Hypothèse retenue, par exemple, par Ph. COENRAETS, «Urbanisme et énergies vertes: mariage d'amour ou de raison», cette *Revue*, 2010/4, n° spécial, p. 42.

16. Pour rappel, les dérogations aux plans communaux et aux règlements régionaux d'urbanisme sont quant à elles permises par l'article 113 du C.W.A.T.U.P.E., moyennant la même condition d'ordre paysager que celle qui est énoncée à l'article 127.

17. En raison du principe de standstill: C. E., 27 janvier 2009, n° 189.820.

18. Sur l'obligation de tenir compte dans la demande de permis des exigences de raccordement des éoliennes au réseau électrique à haute tension, même si ce dernier relève du gestionnaire de réseau et non du producteur d'électricité, voy. l'arrêt n° 208.341 du 21 octobre 2010.

19. Voy. les nombreuses questions parlementaires à ce sujet, notamment celle de C. EERDEKENS, n° 301 (2009-2010), et la réponse de M. le Ministre NOLLET en date du 21 avril 2010.

Quel que soit le respect que méritent les techniques de soft law, il est paradoxal de constater, dans la matière surabondamment réglementée qu'est l'aménagement du territoire, que l'implantation d'équipements appelés à prendre une telle importance s'opère dans une sorte de vacuité du droit positif, comme si la technique juridique du zonage n'était plus opérationnelle. Une planification à l'échelon communal est certes imaginable²⁰, même si elle paraît nécessiter des moyens peu proportionnés à la dimension communale... sans compter que les articles 113 et 127 permettent en toute hypothèse l'octroi de permis dérogatoires. L'idée d'une planification plus précise et plus formalisée des sites éoliens à l'échelon régional est en discussion de longue date, et elle devrait trouver un écho dans les orientations du nouveau cadre de référence. L'enjeu est non seulement d'ordre environnemental, mais aussi de nature financière et foncière, l'identification de sites propices étant de nature à alimenter la spéculation.

En ce qui concerne la justification des critères de décision proprement dits, l'importance et le nombre des consultations requises, l'obligation de procéder à une étude d'incidences, l'attention de la population à l'égard des projets de cette nature, confortent l'obligation de motivation qui pèse sur l'autorité délivrant ou refusant un tel permis. On ne rappellera pas ici les principes généraux régissant l'appréciation de ce type de contestations, qui n'est nullement propre aux implantations d'éoliennes: l'obligation de rencontrer les objections d'ordre technique, celle de motiver plus amplement les décisions qui s'écartent des avis recueillis, celle de démontrer un examen suffisamment sérieux des différents éléments du dossier, etc.²¹ Rappelons que dans le cas d'application de l'article 127, § 3, l'autorité doit spécifiquement justifier en quoi le projet respecte, recompose ou restructure les lignes de force du paysage²².

Notons par exemple, dans la jurisprudence récente, l'obligation de faire procéder à un véritable complément d'étude d'incidences lorsqu'un document déposé après coup par le demandeur de permis examine les risques – selon lui limités voire inexistantes – d'impact sur les chiroptères présents dans la zone considérée, alors que l'étude se fondait sur l'absence d'une telle faune dans la région²³.

Au-delà d'appréciations purement jurisprudentielles concernant la motivation suffisante de décisions individuelles, des instruments d'évaluation plus généraux mentionnés ci-dessus jouent naturellement un rôle fondamental. Bien qu'il soit dépourvu de tout carac-

tère réglementaire, il est évident que le cadre de référence revêt une valeur de ligne de conduite et que les décisions qui s'en écartent devront faire l'objet d'une motivation renforcée. De même, et malgré son défaut de caractère officiel²⁴, la cartographie FELTZ constitue un outil de référence en tant que méthode d'objectivation des choix d'implantation.

On ne peut manquer d'évoquer par ailleurs les récentes lignes directrices adoptées par la Commission européenne le 29 octobre 2010 pour déterminer les principes de combinaison entre le développement de l'énergie éolienne et les règles de protection de la biodiversité, plus particulièrement dans les zones Natura 2000.

Pour autant que de besoin, on ajoutera que l'adoption de dispositions de police communale régissant l'implantation ou le fonctionnement des éoliennes paraît exclue en présence d'un régime de police administrative complet et détaillé émanant des autorités régionales²⁵.

D. Questions de procédure

L'article 127 du C.W.A.T.U.P.E., déjà cité, a pour objet principal d'organiser la procédure de délivrance des permis dits publics²⁶. Comme nous venons de le voir, les éoliennes relèvent d'office de cette disposition pour autant qu'on les qualifie comme des centrales de production d'électricité. Dans le cas contraire, le recours à l'article 127 doit faire l'objet d'une autre justification spécifique, la compétence communale étant alors de principe.

Par ailleurs, l'exploitation des éoliennes de puissance requérant un permis d'environnement, on se trouve donc en présence de projets mixtes au sens de l'article 1^{er}, 11^o, du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement, soumis à ce titre au régime du permis unique conformément au point 12^o de la même disposition. Aux termes de l'article 81, § 2, alinéa 3, de ce décret, les permis uniques relatifs à des projets visés à l'article 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du C.W.A.T.U.P.E. relèvent de la compétence conjointe du fonctionnaire technique et du fonctionnaire délégué, un recours étant ouvert auprès du gouvernement régional en vertu de l'article 95. La demande de permis doit toutefois être déposée à la commune, ou à l'une des communes, sur le territoire de laquelle se situe le projet²⁷. La phase consultative de tels dossiers est particulièrement fournie. L'arrêté du Gouvernement du 4 juillet 2002 précise en son annexe 1 qu'une étude d'incidences est requise pour toutes les éoliennes ou

20. Voy. le cadre de référence du 18 juillet 2002, p. 11.

21. Voy. not. pour un rappel synthétique, F. HAUMONT, B. JADOT et C. THIEBAUT, *op. cit.*, n° 1306.

22. C.E., 21 octobre 2010, n° 208.341. Néanmoins, c'est bien au requérant qu'il appartient de démontrer, dans le cadre d'une procédure en suspension, que l'atteinte paysagère lui cause un risque de préjudice grave et difficilement réparable: C.E., 1^{er} septembre 2009, n° 195.691.

23. C.E., 27 juillet 2006, n° 161.470.

24. Voy. l'arrêt n° 200.002 du 25 janvier 2010, où l'objection tirée de l'absence de publication de ce document est écartée, la législation sur la transparence administrative permettant aux requérants d'en obtenir connaissance.

25. En ce sens, à propos des antennes GSM: Liège, 13 novembre 2007, *Amén.*, 2008/2, p. 147.

26. Th. CEDER, «Le point sur les permis publics», disponible sur le site www.uvcw.be/articles.

27. Art. 82 du même décret.

tous parcs d'éoliennes dont la puissance est égale ou supérieure à 3 MW électrique, les autres projets étant bien entendu soumis au régime de la notice et pouvant être soumis à étude sur décision des fonctionnaires technique et délégué²⁸. La liste de toutes les instances consultatives appelées à intervenir doit être établie, pour chaque dossier, par le fonctionnaire technique et le fonctionnaire délégué au début de l'instruction de la demande.

Si l'on veut synthétiser les aspects essentiels du rôle des communes dans la procédure, on mentionnera donc:

- la réception du dossier de demande et sa transmission aux fonctionnaires technique et délégué;
- l'organisation de l'enquête publique;
- la possibilité de solliciter une concertation entre les instances consultatives (art. 92, § 2);
- la formulation d'un avis par le collège communal (art. 127, § 2, al. 7 et 8, du C.W.A.T.U.P.E.);
- la possibilité pour le collège communal d'introduire un recours au gouvernement contre la décision des fonctionnaires technique et délégué; ce recours est assorti d'un caractère suspensif (art. 95, § 5).

Les autorités communales n'exercent donc pas de pouvoir de décision dans l'examen des demandes de permis relatives à des parcs éoliens traités selon l'article 127, leur rôle étant essentiellement d'une part celui d'une instance consultative et d'autre part celui d'un organe d'exécution administrative.

Néanmoins, elles peuvent jouer un rôle décisif dans la procédure par le biais de leur compétence concernant les questions de voirie, qui doivent nécessairement faire l'objet d'une évaluation des incidences simultanément au projet lui-même²⁹. La desserte des parcs éoliens de quelque importance requérant généralement des modifications de la voirie communale, voire de celle de plus d'une commune, il s'agit là d'un levier d'intervention important³⁰.

On sait que les articles 128 et 129 du C.W.A.T.U.P.E. réservaient traditionnellement au conseil communal la compétence exclusive de statuer sur les questions de voirie, quel que soit le régime procédural applicable par ailleurs aux projets soumis à permis. La jurisprudence a interprété cette disposition dans un sens très favorable aux compétences communales, en incluant dans les questions de voirie non seulement ce

qui concerne le tracé, mais aussi l'aménagement et l'équipement des voiries³¹.

Ces dispositions ont été modifiées par le décret «RESAter» (du 30 avril 2009)³², qui restreint sensiblement l'étendue de la compétence des conseils communaux et modifie la procédure. Il convient toutefois de souligner que ces modifications ne concernent que la voirie communale innommée, les voiries vicinales étant désormais explicitement exclues du champ d'application de cette section du C.W.A.T.U.P.E. par l'article 129, § 1^{er}, tel qu'introduit par l'article 108, 1^o, du décret-programme du 22 juillet 2010. Les voiries vicinales sont donc régies uniquement par la loi du 10 avril 1841, en particulier par ses articles 27 à 28bis, qu'il faudra le cas échéant veiller à respecter indépendamment du cheminement du dossier urbanistique proprement dit. Il convient d'observer que cette prescription s'écarte de la solution antérieurement admise par la jurisprudence, qui considérait que la voirie vicinale, faisant partie de la voirie communale, était visée par les dispositions en cause³³. Le nouvel article 129bis du C.W.A.T.U.P.E. précise que la modification d'une voirie communale s'entend (seulement) de «l'élargissement ou le rétrécissement de l'espace destiné au passage du public, à l'exclusion de l'équipement des voiries», la notion d'espace destiné au passage du public incluant les zones de parcage et les accotements. En outre, le gouvernement se voit autoriser à arrêter la liste des modifications de voirie qui seraient soustraites à l'accord préalable du conseil communal. L'autre modification essentielle résultant des dispositions modificatives réside dans la création d'un mécanisme de recours au gouvernement. L'article 129bis, § 2, 3^o et 4^o, organise ce mécanisme qui confère pour la première fois³⁴ au gouvernement régional le pouvoir du dernier mot en cette matière. Ce recours peut être introduit par le demandeur, l'autorité ayant soumis la demande ou tout tiers intéressé.

Quant au régime procédural, on note que les demandes d'ouverture, de modification ou de suppression des voiries communales peuvent être introduites auprès du collège communal par toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt, mais aussi par le conseil communal lui-même³⁵, par le gouvernement, ou par le fonctionnaire délégué agissant seul ou de concert avec le fonctionnaire technique. La demande doit, selon le § 3 de l'article 129bis, tendre à

28. Art. D.68 du Code de l'environnement, spécialement § 2, 2: si ces autorités estiment que le projet est susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement, elles doivent prescrire une étude d'incidences.

29. En vertu des articles D.62 et R. 53 du Livre I^{er} du Code de l'environnement. L'article 96 du permis du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement précise par ailleurs que l'enquête publique qui se tient dans ce cas porte à la fois sur le projet mixte et sur la modification de voirie et qu'elle a lieu selon les dispositions du Code de l'environnement.

30. Comme on l'observe par exemple dans l'affaire faisant l'objet de l'arrêt n° 188.004 du 18 novembre 2008, où le refus du conseil communal de Ham-sur-Heure amena une réduction et une modification du projet. L'arrêt décide qu'en pareil cas, il incombe à l'autorité d'apprécier si l'étude d'incidences reste appropriée par rapport au projet finalement retenu, et, le cas échéant, de demander un complément d'étude.

31. D. LAGASSE, «Les questions de voirie» au sens des articles 128 et 129 du C.W.A.T.U.P.E., *Amén.*, 2007/1, p. 3; Voy. F. HAUMONT, B. JADOT ET C. THIEBAUT, *op. cit.*, n°s 762 et 763.

32. Art. 82 à 84 pour les modifications du C.W.A.T.U.P.E. et art. 91, 3^o, pour la modification du décret du 11 mars 1999.

33. C.E., 10 juin 2004, n° 132.270, et en annulation, 2 octobre 2007, n° 175.273. Voy. F. HAUMONT, B. JADOT ET C. THIEBAUT, *op. cit.*, n° 759.

34. On considérait traditionnellement que ce domaine constituait un terrain d'élection de l'autonomie communale: voy. par ex. en ce sens F. HAUMONT, «Urbanisme», *Rép. not.*, XIV, 1988, n° 586.

35. Ce qui est pour le moins étrange puisqu'il s'agit de l'autorité amenée à statuer. Certes, c'est au collège qu'il revient d'organiser l'enquête publique, mais il n'en est pas moins incongru d'évoquer une «demande» du conseil au collège. On retiendra plutôt que le conseil peut prendre l'initiative de la modification, soumise, toutefois, à la condition de l'article 129bis, § 3, évoqué à la phrase suivante.

assurer ou améliorer le maillage des voiries, à faciliter les cheminements des usagers faibles et à encourager l'utilisation des modes doux... mais ceci ne s'entend que «sauf pour des motifs d'intérêt général». Dans le cadre du permis unique, le nouvel article 96 du décret du 11 mars 1999 prévoit qu'il appartient aux fonctionnaires technique et délégué de soumettre le cas échéant la demande relative à la modification de la voirie communale au conseil communal concerné. Le gouvernement peut également procéder à cette démarche s'il apparaît, au stade du recours dirigé contre la décision des deux fonctionnaires compétents, que les exigences de l'article 129bis du C.W.A.T.U.P.E. n'ont pas été respectées.

Ces dispositions ne sont applicables qu'aux demandes introduites après le 13 juin 2009, l'article 111 du décret RESAter précisant que les demandes de projets mixtes de cette nature, introduites avant son entrée en vigueur, ainsi que les recours administratifs y relatifs sont traités selon les règles en vigueur au jour de l'introduction de la demande.

III. Les structures d'exploitation

Au-delà de leur intervention dans les régimes d'autorisation, quel rôle les communes peuvent-elles jouer dans l'organisation même de l'exploitation des dispositifs éoliens?

A. La commune et le petit éolien

Nombreux sont les instruments juridiques auxquels l'autorité communale peut recourir si elle souhaite soit encourager, soit réguler, le développement du petit éolien dans le secteur résidentiel ou dans les petites entreprises, sachant bien entendu qu'il s'agit là d'un choix d'opportunité dont il y a lieu d'étudier soigneusement les diverses dimensions. Nous essayons d'évoquer ici, sans pouvoir les approfondir systématiquement, les instruments réglementaires et les modes d'intervention individuels.

En termes réglementaires, on pense tout d'abord aux leviers offerts par les instruments de politique urbanistique. Le plan communal d'aménagement, tel que défini désormais par l'article 49 du C.W.A.T.U.P.E., ne semble pas offrir de perspectives particulières à cet égard, si ce n'est dans la mesure où il doit comporter «les options d'aménagement relatives (...) aux infrastructures et aux réseaux techniques». Quant au règlement communal d'urbanisme, il peut, aux termes de l'article 76, du C.W.A.T.U.P.E.³⁶, contenir toutes les dispositions de nature à assurer notamment «3° la

desserte des immeubles par des équipements d'intérêt général et concernant notamment les distributions d'eau, de gaz, d'électricité, de chauffage (...)» et «5° la qualité thermique et acoustique des constructions, les économies d'énergie et la récupération des énergies». Ces mentions permettraient-elles d'envisager qu'un tel règlement impose, dans certaines conditions, le recours à l'éolien domestique, ou plus généralement qu'il en formule les conditions d'autorisation? L'hypothèse n'est pas visée de manière directe, puisqu'il ne s'agit à proprement parler ni de distribution d'électricité, ni d'économie d'énergie. C'est plutôt au titre de l'équipement d'intérêt général qu'elle peut néanmoins, selon nous, être considérée comme entrant dans le champ des matières qui peuvent être abordées dans un règlement communal d'urbanisme.

L'octroi de subventions communales destinées à encourager le recours au petit éolien ne paraît se heurter à aucune objection juridique de principe, l'autonomie communale trouvant là une application dont les limites tiendront plutôt à la situation des finances communales et, bien sûr, à des principes généraux tels que celui d'égalité et, dans l'hypothèse d'aides destinées aux entreprises, le droit des aides d'Etat.

Plus délicate est l'hypothèse de l'instauration d'une taxation sur l'éolien. On sait que l'autonomie fiscale permet aux communes, sous réserve d'exceptions légales, de déterminer a priori librement les objets sur lesquels s'exerce le pouvoir fiscal communal³⁷. Il ne semble pas qu'une disposition législative fasse directement obstacle à la taxation des éoliennes. L'interdiction des octrois, qui constitue l'une des sources générales de restriction à l'autonomie fiscale des communes³⁸, s'opposerait à une taxe frappant les quantités d'électricité produites, mais non, nous semble-t-il, à une taxe sur l'installation de l'éolienne elle-même. Quant à la taxe communale sur la force motrice, elle a été supprimée par l'article 36 du décret programme du 23 février 2006 relatif aux actions prioritaires pour l'avenir wallon («plan Marshall»), mais cette taxe se définit comme toute taxe sur les moteurs, quelle que soit la source d'énergie qui les actionne «dont le montant est calculé en fonction de la puissance de ces moteurs». Une taxe sur l'éolien, qui se fonderait sur un autre critère que la puissance des moteurs (par exemple, la hauteur des mâts) ne semble pas tomber sous le coup de cette disposition³⁹.

Toutefois, on sait que les autorités régionales exercent sur le choix des matières taxables un contrôle assez strict, se référant à une nomenclature des taxes «autorisées», disons plutôt admises par la Région wallonne, qui traduit l'accord connu sous l'appellation de Paix

36. Concernant les règlements régionaux d'urbanisme, mais rendu applicable aux règlements communaux par le renvoi qui figure à l'article 78, § 1^{er}, alinéa 5.

37. Voy. pour un aperçu synthétique V. SEPULCHRE, «La taxation locale des activités économiques», cette *revue*, 2009/2, pp. 2 et s.

38. L. du 18 juillet 1860 et A.R. du 2 août 1860. Voy. M. QUINTIN, «La querelle des octrois», cette *Revue*, 2006, pp. 47-55.

39. Plus généralement, voy. V. SEPULCHRE, «Les aspects de fiscalité locale des énergies vertes», cette *Revue*, 2010/4, pp. 25 et s. On peut renvoyer aussi, *mutatis mutandis*, aux discussions relatives à la taxation des antennes GSM: voy. not. M. NIHOUL et A. VENDENBURIE, «La taxation des mâts et pylones porteurs d'antennes GSM: état des lieux», cette *Revue*, 2009/4, pp. 18 et s.

fiscale⁴⁰. Or, non seulement aucune taxation des éoliennes n'est prévue dans cette nomenclature⁴¹, mais en outre, et surtout, il semble probable que l'autorité de tutelle trouverait facilement des arguments pour justifier en quoi une telle taxe violerait l'intérêt général, compte tenu de l'accent mis de toutes parts sur le développement des énergies renouvelables.

En termes de projets individuels, quels types de techniques permettent aux communes de promouvoir l'éolien domestique?

Une première possibilité consiste à faire le choix de recourir, pour leurs propres services ou immeubles, à cette technique. Elles se trouveront, dans ce cas, dans la position de demandeurs de permis et leurs projets seront soumis à la procédure de l'article 127 en tant que permis publics⁴².

Le droit immobilier général et le droit des marchés publics permettent également aux communes d'influencer le développement du petit éolien. Des clauses de cette nature peuvent être insérées dans les actes de vente d'immeubles communaux, intégrant ainsi dans la politique foncière une orientation environnementale d'intérêt général⁴³. Un certain nombre de projets de partenariat public-privé, notamment à l'échelon de la Société wallonne du Logement, mettent en évidence la notion d'éco-quartiers, qui pourrait intégrer des dispositifs éoliens domestiques. En concertation avec l'opérateur privé, le partenaire public subordonne alors sa participation (financière et/ou foncière) au projet à la réalisation d'un certain nombre d'objectifs de nature écologique, à mettre en balance avec les coûts économiques et leurs incidences sociales.

L'introduction de conditions environnementales dans les marchés publics de travaux est-elle à mentionner? Le pouvoir adjudicateur fixe alors, dans le cahier des charges, les obligations qu'il assigne au soumissionnaire en termes d'objectifs écologiques dans le cours même de la réalisation du marché⁴⁴. Il semble néanmoins peu réaliste d'imaginer qu'un recours à l'éolien soit prévu en tant que modalité de réalisation du marché. Cette ouverture ne semble donc pas intéressante à ce titre dans l'optique qui nous occupe.

On peut encore s'interroger sur les techniques liées aux permis proprement dits, et en particulier sur celle des charges d'urbanisme: serait-il imaginable que la délivrance d'un permis d'urbanisation soit assortie d'une charge consistant à installer une éolienne domestique? Le nouvel article 128 du C.W.A.T.U.P.E. prévoit que ces charges peuvent couvrir notamment la

réalisation de constructions ou d'équipements publics ou communautaires, «ainsi que toutes mesures favorables à l'environnement». L'hypothèse formulée ne paraît donc pas l'exclure a priori, sous toutes les réserves qu'imposent notamment le respect du principe de proportionnalité et les impératifs de la praticabilité⁴⁵.

B. La commune et l'exploitation d'éoliennes de puissance

En raison de son importance même, l'installation d'un parc éolien sur le territoire d'une commune donne nécessairement lieu à une concertation préalable avec les autorités communales.

La pratique révèle l'existence de situations dans lesquelles on va bien au-delà de la concertation⁴⁶. Il s'agit d'établir une convention, parfois dénommée contrat de sponsoring, par laquelle le promoteur assure à la commune un certain nombre de compensations financières à l'installation du parc éolien. Pareille compensation peut prendre la forme d'avantages divers au profit des infrastructures communales ou, dans certains cas, d'un montant forfaitaire par éolienne autorisée. Parfois, la commune s'engage à utiliser ces sommes dans des investissements en matière de développement durable. Comme plusieurs questions parlementaires l'ont mis en évidence⁴⁷, cette pratique soulève des interrogations fondamentales en termes de transparence et d'indépendance des autorités communales. La conclusion de pareilles conventions avant le déroulement des procédures d'examen des permis pèse en effet, nécessairement, sur les prises de position de ces autorités: on se défend difficilement de l'impression que le promoteur «achète» l'avis favorable du conseil communal. En sens contraire, on peut estimer acceptable que le promoteur indemnise en quelque sorte de son propre chef la collectivité pour les nuisances que son activité, par hypothèse lucrative, va comporter pour l'ensemble de la population: pareille convention ne prévoit généralement que peu voire aucun engagement de la part de la commune et présente donc d'indéniables avantages pragmatiques. Aucun cadre juridique précis ne paraît applicable à ce genre d'accords, qui ne peut se rattacher ni à la notion de marché public, ni à celle de concession. L'absence de disposition législative à ce sujet ne permet nullement de conclure à l'illégalité de telles conventions: l'autonomie communale permet aux communes de conclure, sur le seul fondement de leur capacité juri-

40. Sur la technique de la paix fiscale, voy. not. D. DEOM et Ch. THIEBAUT, «La décentralisation et l'autonomie financière en Belgique», in M. VERDUSSEN (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation: étude comparée France, Belgique, Canada*, Bruylant, 2006, pp. 327 à 353.

41. Comme l'indique la réponse donnée par M. le Ministre FURLAN à la question parlementaire écrite du 2 février 2010 de C. EERDEKENS, n° 147 (2009-2010). Voy. la circulaire budgétaire du 23 septembre 2010, *M.B.*, 12 octobre 2010, p. 61229.

42. Th. CEDER, «Le point sur les permis publics», *op. cit.*

43. De telles préoccupations devront se concilier avec d'autres principes généraux, en particulier le principe d'égalité: C. THIEBAUT, «Principes généraux de gestion du patrimoine immobilier», in *Guide de droit immobilier*, Kluwer, f.m.

44. M.-A. et Ph. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges – l'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Larcier, 2009, pp. 129 et s.

45. Voy. au sujet du nouveau régime des charges d'urbanisme organisé par l'article 128, la circulaire du 20 mai 2009, *M.B.*, 3 décembre 2009.

46. Des habitudes similaires existent sans doute pour l'implantation d'autres activités économiques, mais nous n'en avons pas connaissance.

47. Voy. en particulier la question écrite du 2 février 2010 de C. EERDEKENS, n° 147 (2009-2010), et la réponse détaillée de M. le Ministre FURLAN en date du 7 avril 2010. Voy. aussi la question écrite du 5 mars 2010 de L. DEVIN, n° 211 (2009-2010) et la réponse du ministre en date du 13 avril 2010, annonçant une circulaire ministérielle à ce sujet. Il a été annoncé également que le futur cadre de référence révisé aborderait cette question.

dique et de l'autonomie de la volonté, toute espèce de convention au nom de l'intérêt communal⁴⁸. Bien entendu, la signature de l'accord n'est pas censée influencer l'appréciation des autorités sur les mérites de la demande de permis, dans le cadre d'un examen qui doit se fonder uniquement sur les critères légaux d'appréciation de telles demandes, soit des critères urbanistiques et environnementaux⁴⁹. L'accord ne relèvera que de la tutelle générale, sans transmission obligatoire de l'acte aux autorités régionales.

Cette réponse juridique semble peu sujette à contestation. Pourtant, la situation décrite nous paraît révéler une lacune du droit positif. On comprend aisément ce que l'absence d'encadrement de tels procédés peut avoir de malsain, ne serait-ce qu'en termes d'image pour l'opinion publique, et parce qu'on ne saurait nier le risque de dérapages vers des compensations qui ne seraient plus destinées à la commune, mais aux mandataires communaux.

Deux techniques juridiques plus orthodoxes pourraient être envisagées, *de lege ferenda*, pour encadrer le mécanisme par lequel l'exploitant d'un parc éolien assurerait à la commune qui accueille celui-ci une compensation financière adéquate. Dans les deux cas, il s'agit de prérogatives de décision unilatérale qui écarteraient le recours à des arrangements conventionnels.

La première est la technique des charges d'urbanisme. Elle permettrait de répondre à la préoccupation invoquée, tout en évitant la dangereuse pratique qui consiste à signer la convention relative aux compensations avant l'octroi du permis. On sait que la législation bruxelloise décline cette notion en l'étendant à des versements en espèces⁵⁰. Le droit wallon actuel ne prévoit pas cette possibilité dans le cadre des charges d'urbanisme qui assortiraient un permis unique relatif à l'installation d'un parc éolien⁵¹. Néanmoins, comme nous l'avons relevé ci-dessus, le nouvel article 128 prévoit la possibilité d'imposer toutes mesures favorables à l'environnement, ce qui pourrait viser certaines autres compensations offertes par les promoteurs de parcs éoliens. A notre sens, il serait d'ailleurs opportun d'envisager l'inscription d'un mécanisme de cette nature dans le régime du permis d'environnement, qui ne peut actuellement être modulé que par des «conditions», dont la portée juridique prête à controverses⁵².

La seconde technique est la voie fiscale, qui constitue après tout la manière la plus normale de prélever sur

les activités lucratives des ressources au profit de la collectivité. Comme nous l'avons vu au point précédent, l'instauration d'une telle taxe appelle une étude circonstanciée et est susceptible de se heurter à certains obstacles.

Si, pour des raisons quelconques, la voie contractuelle semblait cependant devoir être privilégiée, il serait souhaitable, à notre avis, qu'elle soit prévue par la législation relative à la délivrance des permis, afin d'assurer une transparence des conditions proposées par les promoteurs, du type de compensations admissibles, des sanctions dont elles peuvent être assorties et des conditions de révision de tels engagements.

C. La commune et les partenariats pour l'exploitation d'éoliennes de puissance

Enfin, les communes peuvent être amenées à jouer un rôle plus actif dans la mise sur pied d'éoliennes de puissance⁵³. Il est évidemment inconcevable qu'une telle initiative soit menée à bien par les seules autorités communales: celles-ci doivent nécessairement s'assurer la collaboration d'un partenaire privé ou public disposant de l'expertise nécessaire.

Deux types de raisons, qui ne sont pas incompatibles, peuvent être à l'origine d'un tel engagement de la part des autorités communales. La première est un souci de valorisation foncière et éventuellement d'initiative économique: la commune est propriétaire d'un site présentant des potentialités éoliennes, ou souhaite opérer un investissement dans ce secteur. La seconde raison est d'ordre plus politique. Une certaine dynamique invite les communes à s'engager dans des «éoliennes citoyennes» et à s'inscrire directement dans le développement des infrastructures de ce secteur, avec la collaboration d'associations et d'acteurs de type coopératif faisant appel à un investissement financier direct des citoyens de la commune concernée⁵⁴.

L'engagement d'une commune dans ce type de formules soulève toutes les questions juridiques propres au partenariat public-privé, qui sont largement abordées dans la doctrine récente. On sait que, de manière générale, deux grands dispositifs ancrés dans le droit européen au titre des exigences de l'égalité de concurrence doivent entrer en ligne de compte, comme pour toute initiative économique d'une collectivité publique: le droit des marchés publics et des concessions, d'une part, et le droit des aides d'Etat, d'autre part.

Nous mettrons seulement en évidence ici deux obser-

48. Voy. notre étude, «Les instruments du droit administratif à l'épreuve des P.P.P.», in *Les partenariats public-privé (P.P.P.): un défi pour le droit des services publics*, La Chartre, 2005, pp. 191 et s., spéc. pp. 202 à 205.

49. Voy. notre étude, «Les instruments du droit administratif à l'épreuve des P.P.P.», *op. cit.*, pp. 214-215.

50. Art. 100 et 112, CoBAT.

51. On observera que la nouvelle rédaction de l'article 128 est particulièrement maladroite quant à la définition de son champ d'application matériel. Si elle renvoie clairement aux permis d'urbanisation et aux permis d'urbanisme pour constructions groupées (art. 88 et 89), elle ne vise pas explicitement le permis d'urbanisme simple (art. 84), alors même que l'article 86, qui consacrait la possibilité des charges d'urbanisme lors de la délivrance d'un tel permis, a été abrogé. C'est par la référence aux articles 107 et 127, qui régissent la procédure de délivrance de l'ensemble des permis, que l'on peut conclure qu'il reste possible d'assortir un permis d'urbanisme (simple) de charges d'urbanisme...

52. F. HAUMONT, B. JADOT, C. THIEBAUT, *op. cit.*, n°s 1341 à 1344, et les réf. citées.

53. Nous examinons ici les hypothèses dans lesquelles une commune s'engagerait directement dans un tel processus, et non celles dans lesquelles elle n'y participe qu'indirectement, par exemple en tant qu'affiliée à l'intercommunale qui gère le projet.

54. L'exemple le plus documenté est celui de l'éolienne citoyenne de Villers-le-Bouillet: voy. M. DUQUESNE et L. VANDER BORGHT, «Eolienne communale citoyenne à Villers-le-Bouillet: les coulisses du projet», *Mouv. comm.*, février 2010 (ég. accessible sur le site Internet de l'Union des villes et communes de Wallonie).

vations propres au secteur qui nous occupe.

Tout d'abord, on peut s'interroger sur la nature juridique d'une opération contractuelle par laquelle une commune, propriétaire d'un site présentant des potentialités éoliennes⁵⁵, met celui-ci à la disposition d'un opérateur afin d'y ériger une éolienne et de l'exploiter.

Si pareille opération prend simplement la forme d'une vente immobilière, même assortie de conditions, l'acte nous paraît échapper au droit des marchés publics et des concessions et relever seulement de la gestion immobilière⁵⁶. Comme toute autre vente d'immeuble, elle devra s'effectuer dans le respect de principes généraux axés essentiellement sur le principe d'égalité et dans des conditions économiques excluant l'existence d'une aide d'Etat⁵⁷.

Si l'opération implique une relation contractuelle plus durable entre les parties, par exemple parce qu'elle repose sur un droit réel démembré, l'opération pourrait-elle éventuellement constituer une concession de travaux, forme de marché public? La question vise l'hypothèse où la commune chargerait un opérateur d'ériger une éolienne et d'en assumer l'exploitation en ce compris le risque économique de celle-ci, dans des conditions financières pouvant varier du tout au tout⁵⁸. Visée par la réglementation des marchés publics, y compris dans les secteurs spéciaux⁵⁹, pareille formule est soumise à des exigences procédurales plus souples que la passation des marchés de travaux proprement dits. Encore faudrait-il, pour que la qualification de concession ait un sens, que l'exploitation de l'éolienne puisse d'une manière ou d'une autre apparaître comme une tâche dont la commune charge l'exploitant, c'est-à-dire dont elle définit au moins certaines modalités montrant qu'elle en assume en partie la responsabilité⁶⁰. A supposer que pareille condition soit remplie, ce qui devrait se concilier avec les dispositions relatives à l'organisation du marché de l'électricité, on semble tomber sous le coup de l'article 37bis de la loi du 24 décembre 1993⁶¹, selon lequel les dispositions du titre IV, relatif aux marchés publics dans

les secteurs spéciaux, ne sont pas applicables aux concessions de travaux publics accordées par les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une activité visée à ce titre, lorsque ces concessions sont octroyées pour l'exercice de ces activités. Resterait à se demander si on n'est pas alors en présence d'une concession de services, exclue du droit des marchés publics proprement dit mais soumise à un corpus jurisprudentiel européen qui met essentiellement l'accent sur la transparence du choix du partenaire⁶². A notre sens, l'importance prépondérante de l'ouvrage (l'éolienne) et de fournitures (l'électricité) dans l'objet du contrat rend cependant cette qualification peu adéquate.

La deuxième remarque porte sur les formules de partenariat institutionnel, qui trouvent ici un terrain d'élection exceptionnel. En effet, si de manière générale le doute subsiste sur la possibilité pour les communes de participer à une société commerciale, le domaine de la production d'énergie constitue un des très rares, voire dans le seul, domaine(s) où une disposition législative expresse règle le problème: l'article 180 de la loi du 21 décembre 1994 portant des mesures sociales habilite en effet les communes à prendre des participations directes ou indirectes dans des sociétés de production d'énergie⁶³. C'est à ce titre qu'une commune peut participer en tant qu'associé à une société tant coopérative qu'anonyme. L'habilitation n'établit aucune distinction entre des opérations essentiellement commerciales et des opérations orientées vers la participation citoyenne.

Le choix du partenaire amené à participer à la constitution d'une société commerciale n'est en principe pas soumis à une procédure de mise en concurrence, pour autant que l'objet de l'opération dans son ensemble ne s'apparente pas à un marché public ou à une concession de services⁶⁴. La qualification nécessite donc une analyse concrète des objectifs et modalités de l'investissement ainsi que de la nature de l'activité concernée. Il y a lieu notamment de prêter attention aux conditions dans lesquelles la commune pourrait, le cas échéant, se fournir spécialement en électricité

55. En l'état actuel du droit, il ne nous paraît pas possible que la commune se rende propriétaire de tels biens par la voie de l'expropriation, aucune disposition législative ne fournissant de fondement à ce cas d'expropriation. Comme on ne se trouve pas dans l'hypothèse d'une affectation directe à l'usage public, un tel fondement est assurément indispensable: voy. D. RENDERS, note sous J.P. Herstal, 2 janvier 2004, *J.L.P.*, 2006, pp. 149 et s.

56. En ce sens, F. MOISES, J.-F. JAMINET et A. VANDENBURIE, *Promotion immobilière publique*, Larcier, 2009, n°s 110 et s., et les réf. citées.

57. D. DEOM et C. THIEBAUT, «Principes généraux de la gestion du patrimoine immobilier des personnes de droit public», in *Guide de droit immobilier*, t. VII, Kluwer, f.m. Voy. aussi notre étude, «Le régime juridique du domaine public et du domaine privé», in (dir.) M. PAQUES, *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, Rép. not., t. XIV, n°s 101 et s. et 116 et s.

58. Les articles 28 à 40 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 déterminent les grandes lignes de ce régime. Il appert de l'article 38 que le concessionnaire peut verser des redevances au pouvoir adjudicateur ou, au contraire, que la concession peut être assortie d'un prix à payer par le pouvoir adjudicateur.

59. S'agissant des secteurs spéciaux, la notion figure à l'article 27, *in fine*, de la loi du 24 décembre 1993. Introduite par la loi du 23 décembre 2005 portant des dispositions sociales, cette disposition transpose la directive 2004/17 du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. La modification est présentée comme introduisant la possibilité de recourir aux concessions d'ouvrages dans les secteurs spéciaux, ce qui n'aurait pas été possible antérieurement dans le silence de la loi (*Doc. parl.*, Ch. repr., 51-2020 (2005-2006), n° 1, pp. 56 et 57).

60. F. MOISES, J.-F. JAMINET et A. VANDENBURIE, *op. cit.*, n° 112.

61. Introduite par la même loi du 23 décembre 2005, transposant l'article 18 de la directive précitée. L'exception prévue pour tout le domaine de la production d'électricité par l'article 42 de la loi ne vise, quant à elle, que les marchés de travaux, de fournitures et de services, mais non les concessions de travaux.

62. Voy. pour une présentation synthétique, P. THIEL, *Memento des marchés publics et PPP*, Kluwer, 2011, n°s 625 et s. Pour des analyses approfondies, voy. not. A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, Larcier, 2007, n°s 82 et s., et S. VAN GARSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Die Keure, 2007.

63. La circonstance que cette disposition n'émane pas du législateur régional aujourd'hui compétent en matière d'organisation communale est sans conséquence dès lors qu'en tout état de cause, il s'agit d'une règle propre à une matière spéciale, subsistant indépendamment des législations régionales et particulièrement du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation.

64. Voy. F. MOISES et V. BERTRAND, «Deux arrêts importants sur l'application de la réglementation des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés», *J.T.*, 2009, pp. 753 et s.



auprès de la société issue du partenariat⁶⁵. Compte tenu du caractère évolutif de la jurisprudence européenne, on ne peut que recommander en tout état de cause que la mise sur pied de telles sociétés s'opère selon un mode de décision qui permette de justifier le choix du partenaire par des critères objectifs après une certaine ouverture de la procédure, à tout le moins lorsqu'un partenaire privé intervient dans la structure de partenariat. En effet, la Commission européenne et la Cour de justice ont, sur la base des principes géné-

raux du traité, développé des conceptions très englobantes des obligations de transparence et de mise en concurrence. Quel que soit le jugement que l'on porte sur ces prises de position, il faut en prendre acte. Dès lors que l'activité concernée revêt un caractère économique, et même si l'on estime avoir affaire à une initiative économique conjointe plutôt qu'à un marché public ou à une concession de services, il sera sage d'anticiper le grief d'une rupture dans l'égalité de concurrence.

65. Voy. sur cette problématique C.J.C.E., 15 octobre 2009 (ACOSET), C-196/08, qui écarte l'exigence d'une double mise en concurrence: il pourra être recouru aux services du «concessionnaire» sans autre forme de mise en concurrence, pour autant que l'associé privé ait été soumis à une telle procédure lors de la constitution de l'entité.

