

LES COLLECTIVITES LOCALES ET LES EOLIENNES. L'UTILISATION DE LEUR FONCIER AU SERVICE DE LEUR POPULATION

LOCAL COMMUNITIES AND WIND TURBINES: THE USE OF THEIR LANDS IN THE SERVICE OF HIS PEOPLE

COMUNIDADES LOCAIS E AS TURBINAS EOLICAS : O USO DE SUAS TERRAS NO SERVIÇO DO SEU POVO

Norbert Foulquier<sup>1</sup>

**Résumé**

La production de ressources d'énergie éolienne par le secteur privé est le thème mis en débat. Analyse à partir, les avantages et les inconvénients de l'utilisation d'un partenariat privé et l'utilisation des terres de la ville ou de son propre local, la production d'énergie éolienne dans ces termes est en mesure de satisfaire les intérêts de l'industrie et des besoins de l'Etat au profit de la population.

**Mots clés:** l'énergie éolienne; Délégation de négociation; L'initiative privée;

**Abstract**

The production of wind energy resources through the private sector is the theme put into discussion. Analyzes from, the advantages and disadvantages of using a private partnership and the use of land the city or its own local, the production of wind energy in this terms is able to meet the interests of industry and the state needs in benefit of the population.

**Keywords:** Wind Energy; Negotiating Delegation; Private initiative;

**Resumo**

A produção de energia elétrica eólica através do recursos a iniciativa privada é o tema posto em debate. Analisa-se a partir, das vantagens e desvantagens da utilização de uma parceria privada e do uso das terras da cidade ou dos seus próprios habitantes, que a produção de energia eólica neste termos é capaz de atender a interesses da indústria e as necessidades do Estado em benefício da própria população.

**Palavras-Chaves:** Energia Eólica; Delegação Negocial; Iniciativa Privada;

La production d'électricité, grâce à des éoliennes, intéresse les industriels, notamment parce que l'Etat français a mis en place une obligation d'achat à un prix garanti, à la charge de l'ancien

---

<sup>1</sup> Professeur de droit public à l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne Co-directeur du SERDEAUT. E-mail: [norbert.foulquier@univ-paris1.fr](mailto:norbert.foulquier@univ-paris1.fr)

opérateur public, l'entreprise Electricité de France, ancien établissement public devenu une société anonyme à la suite de la loi 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières. Elle intéresse également les communes, pour plusieurs raisons. Cette production peut être une source de revenus ainsi qu'une contribution à la lutte contre le réchauffement climatique en réduisant le recours aux énergies fossiles. Bien conçus, les projets publics d'installation d'éoliennes peuvent aussi favoriser la cohésion sociale dans certains territoires plus ou moins favorisés<sup>2</sup>. Ce n'est donc pas étonnant si certains élus locaux français ont depuis quelques années cherché en ce domaine les meilleurs montages juridiques, économiques et techniques. Toutefois, avant d'étudier dans le détail ces montages juridiques qui allient le plus souvent droit public et droit privé, il importe de préciser si les communes françaises ont effectivement le droit de se lancer dans la production d'électricité éolienne.

Il n'y a jamais eu de monopole de la production d'électricité en France, seulement, celui de son transport, au bénéfice de l'ancien établissement public Electricité de France. Ce monopole qui connaît quelques exceptions perdure aujourd'hui encore. Toutefois, en vertu de la liberté du commerce et de l'industrie, qui constitue un principe général du droit administratif<sup>3</sup> et de la liberté d'entreprendre qui a valeur constitutionnelle<sup>4</sup>, les activités industrielles relèvent normalement du secteur privé. Les personnes publiques ne peuvent pas les exercer même dans le but d'améliorer leur situation financière. Selon le Conseil d'Etat, c'est seulement en cas de carence de l'initiative privée que les personnes publiques peuvent prendre en charge les activités industrielles et commerciales. Or, quand on se promène dans les campagnes françaises, le nombre d'éoliennes qui gâchent le paysage fait douter de l'existence d'une telle carence. En toute logique, les communes ne devraient pas se lancer dans une telle activité. La réalité est peut-être plus complexe. Dès lors que les pouvoirs publics affirment haut et fort la nécessité de réduire l'utilisation des énergies fossiles d'une part et l'énergie nucléaire d'autre part, il convient de multiplier très fortement la production d'électricité éolienne et photovoltaïque sachant qu'en France il y a peu de rivières qui pourraient aujourd'hui encore accueillir de nouveaux barrages pour la production hydraulique d'électricité. Les textes juridiques en vigueur incitent eux-aussi à considérer que les communes sont bien compétentes pour créer des champs d'éoliennes. En effet, le premier article du Code de l'environnement affirme que la protection, la mise en valeur, la restauration, la remise en état et la gestion de l'environnement « sont d'intérêt général

---

<sup>2</sup> BROUANT, Jean-Philippe, **Le droit de la cohésion territoriale**, Paris, LGDJ, 2015.

<sup>3</sup> Conseil d'Etat, ass., 22 juin 1951, Daudignac : Recueil CE, p. 362 ; revue Dalloz 1951, p. 589, concl. Gazier, note J. C. ; Grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA), Paris, Dalloz, 2013, 19<sup>e</sup> éd., commentaire 64.

<sup>4</sup> Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, n° 81-132 DC : Actualité juridique 1982, p. 377, note J. Rivero – Conseil d'Etat, 10 juin 2009, Société L'Oasis du désert, Syndicat union des professionnels du narguilé : Recueil CE, tables, p. 610.

et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes, sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs ». Cette même disposition précise que l'objectif de développement durable passe par « une dynamique du développement suivant des modes de production et de consommation responsables ». Dans de telles conditions, il est difficile de refuser aux communes, qui, comme toutes les collectivités publiques, ont pour raison d'être la poursuite de l'intérêt général, la possibilité, pour ne pas dire le devoir, de contribuer à la production de l'énergie propre que constitue l'électricité d'origine éolienne<sup>5</sup>.

Se pose maintenant la question des montages juridiques auxquels peuvent recourir les communes. Deux questions principales se posent. La première porte sur l'éventuel recours à un partenariat public-privé, la seconde sur la nature du foncier sur lequel les éoliennes s'élèveront.

### L'EVENTUEL RECOURS A UN PARTENARIAT

La commune qui ambitionne de produire de l'énergie éolienne sur son territoire n'est pas obligée de recourir à des partenariats. Elle peut faire construire des éoliennes, puis les exploiter grâce à son personnel. En France, on dit que l'activité est alors exercée par la personne publique en régie. En pratique, ce procédé se rencontre peu car les communes ne disposent pas d'un personnel techniquement compétent pour superviser les travaux de construction des éoliennes et pour assurer leur exploitation.

D'où le recours à des partenaires privés. Une alternative s'offre à la commune. Soit elle confie la construction et l'exploitation des éoliennes à une société dans laquelle elle ne détient aucune part du capital, soit elle s'associe à une ou plusieurs entreprises reconnues pour leurs compétences techniques pour créer une société mixte dont le capital est en partie privé et en partie public. Cette dernière solution présente des avantages et des inconvénients. Le principal inconvénient pour la commune est qu'elle prend le risque de devoir assumer la faillite de cette société *ad hoc* si le projet ne s'avère pas rentable. Les avantages sont doubles. Tout d'abord, la commune percevra des dividendes de cette société si son activité est lucrative. Ces sommes allègeront son budget et diminueront la pression fiscale sur les contribuables locaux. L'autre avantage, c'est qu'il est possible d'ouvrir le capital de l'entreprise aux citoyens de la commune donc leur offrir la possibilité de tirer directement profit de cette industrie. Ainsi, les habitants ne feront pas que subir la présence des éoliennes, ils en tireront un

---

<sup>5</sup> Dans le même sens : Ph. Terneyre, Domaines publics et énergies renouvelables, revue Environnement 2011, n° 2, p. 15.

revenu, parfois substantiel, ce qui permet aux élus d'obtenir plus facilement l'assentiment de leur population.

Cette solution est juridiquement plus sûre que celle qui consisterait à prévoir que la société a l'obligation de fournir l'électricité aux habitants, soit gratuitement soit à un tarif plus bas que celui du marché. En effet, c'est une chose d'affirmer qu'une commune a le droit de produire ou de faire produire de l'électricité éolienne sur son territoire, au motif que c'est une activité d'intérêt général. C'en est une autre que de prétendre que le secteur privé se montre incapable en France de vendre de l'électricité à la population. En la matière, il n'y a pas de carence de l'initiative privée. Loin de là. Et même si le Conseil d'Etat a admis qu'une carence de l'initiative privée, susceptible de justifier la création d'un service public communal, peut être d'ordre qualitatif, donc éventuellement en raison du prix pratiqué par le secteur privé, trop élevé pour une population pauvre<sup>6</sup>, il est peu probable qu'en matière de vente d'électricité, il admettrait l'existence d'une telle carence. Mais cette analyse n'a rien d'absolu ; elle dépend de la situation financière de la population et des prix pratiqués par le secteur privé. On peut donc imaginer que dans certaines communes, la création d'un service public de fourniture d'électricité devienne licite. Cela ouvrirait la possibilité d'imposer à la société produisant l'électricité éolienne de la fournir gratuitement ou à bas cout à la population.

## LA QUESTION DU FONCIER

La seconde question importe porte sur le statut du terrain sur lequel la commune souhaite faire construire des éoliennes. Deux cas sont à distinguer. Soit la commune utilise des terrains qui appartiennent à ces habitants, soit elle utilise son propre foncier.

Si les éoliennes sont installées sur des terrains privés, la commune a alors l'obligation de les louer. Afin de pouvoir obtenir des garanties bancaires pour financer ces projets, il faut que cette location soit la moins précaire possible. C'est pourquoi, les communes recourent de préférence au bail emphytéotique de droit privé, régi par L. 451-1 du Code rural et de la pêche maritime, qui confère au preneur des droits réels susceptibles d'hypothèque et permettant le recours au crédit-bail. En échange de ce bail, la commune ou la société qu'elle aura créée, verse un loyer au propriétaire du terrain.

Si le foncier appartient à la commune et qu'elle confie la construction des éoliennes et leur exploitation à une société, qu'elle soit ou non détentrice d'une partie de son capital, elle devra recourir soit au bail emphytéotique de droit privé, soit au bail emphytéotique administratif (BEA).

---

<sup>6</sup> CE, sect., 20 novembre 1964, Ville de Nanterre : Recueil du CE, p. 563.

Le bail emphytéotique de droit privé peut être conclu seulement sur le domaine privé des personnes publiques<sup>7</sup>. Ainsi, les communes utilisent ce type de contrat sur leurs propres biens ainsi que sur les biens dits des sections de communes<sup>8</sup>. Il s'agit là de biens qui, au Moyen Age, appartenaient de façon indivise et solidaire aux habitants de la commune. Aujourd'hui, la commune en est propriétaire ; ils relèvent de son domaine privé, mais elle ne peut pas les gérer librement : une sorte de conseil des habitants les gère. Elle a aussi la possibilité de recourir au bail emphytéotique administratif. L'intérêt de ce bail est qu'il n'est pas soumis textuellement à l'obligation pour la commune de poursuivre sur son domaine privé une fin d'intérêt général. Elle peut le conclure juste dans le but d'encaisser les loyers et ainsi s'enrichir.

Si le terrain d'assiette relève du domaine public, c'est-à-dire s'il s'agit d'un bien qui est affecté ou a été affecté (sans ensuite être déclassé formellement) à l'usage direct du public ou à un service public à la condition de faire l'objet d'un aménagement indispensable à ce service<sup>9</sup>, seul le BEA est possible.

Celui-ci est soumis à des conditions plus sévères que le bail emphytéotique de droit privé mais celles-ci entravent finalement assez peu la liberté d'action des communes. En effet, selon l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales, « 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 et de la pêche maritime, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou [...]. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif. Un tel bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte, en raison notamment de l'affectation du bien résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion du bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion, constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de voirie ». Les communes peuvent également accorder sur le domaine public des autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels (voir l'article L. 1311-5 du code général des collectivités territoriales). En ce qui concerne les missions de services ou les activités d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité, ces autorisations

---

<sup>7</sup> Par ex., CAA Marseille, 20 mars 2014, n° 12MA02908, Société anonyme simplifiée Parc Solaire Le Fangas I. – CAA Lyon, 23 octobre 2007, n° 06LY02337, Sarl Le Pré Bossu : Recueil du CE, tables.

<sup>8</sup> Par ex. CAA Lyon, 25 mai 2012, 11LY03061, Mme Gisèle B. – CAA Lyon, 30 août 2011, n° 09LY01220, l'association Autant en emporte le vent. – CAA Lyon, 21 juin 2010, n° 08LY02593, Section de commune de Lespinasse.

<sup>9</sup> Cf. l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques – FOULQUIER, Norbert; **Droit administratif des biens**, Paris, Lexisnexis, 2<sup>e</sup> éd., 2013.

permettent les mêmes choses que les BEA. A notre connaissance, il n'y a pas de contentieux illustrant l'utilisation de cet outil juridique pour faire installer des éoliennes. Mais il semble acquis que les communes y recourent tout de même<sup>10</sup>. En effet, comme indiqué ci-dessus, la production d'électricité constitue une opération d'intérêt général qui entre dans le champ de compétence des communes. L'intérêt du BEA sur le bail emphytéotique de droit privé, c'est qu'il permet au bailleur, en l'espèce, la commune, de mieux contrôler les activités du locataire et de le soumettre à des conditions que le droit privé exclut. Toutefois, en pratique, les industriels privés préfèrent le bail de droit privé, car justement, il les laisse plus libres dans leurs actions.

Comme c'est la commune qui est à l'origine du projet et qu'elle peut faire jouer la concurrence entre les sociétés techniquement compétentes pour la construction d'éoliennes, elle est souvent en position d'imposer ses vues. En fonction de ses choix politiques, la production d'électricité éolienne peut être plus ou moins directement profitables à la population. Tout ici est affaire de décisions politiques !

## REFERENCES

BROUANT, Jean-Philippe, **Le droit de la cohésion territoriale**, Paris, LGDJ, 2015.

CONSEIL D'ETAT, ass., 22 juin 1951, **Daudignac : Recueil CE**, ; revue Dalloz 1951

GRANDS ARRETS DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE (GAJA), Paris, Dalloz, 2013, 19<sup>e</sup> éd.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, 16 janvier 1982, n0 81-132 DC : **Actualité juridique 1982**, note J. Rivero – Conseil d'Etat, 10 juin 2009, Société L'Oasis du désert, Syndicat union des professionnels du narguilé : Recueil CE, tables, p. 610.

TERNEYRE, **Domaines publics et énergies renouvelables**, revue Environnement 2011, n° 2, p. 15.

FOULQUIER, Norbert; **Droit administratif des biens**, Paris, Lexisnexis, 2<sup>e</sup> éd., 2013.

TERNEYRE, **Domaines publics et énergies renouvelables**, revue Environnement 2011, n° 2, p. 15.

*Trabalho enviado em 22 de março de 2015.*

*Aceito em 26 de abril de 2015.*

---

<sup>10</sup> Ph. Terneyre, *Domaines publics et énergies renouvelables*, revue Environnement 2011, n° 2, p. 15.