



Éolien : éviter le risque pénal

Pour les élus et agents

SOMMAIRE

1. RAPPELS SUR LE DROIT PENAL APPLICABLE A L'ACTION DES COLLECTIVITES	2
1.1. LES INFRACTIONS PENALES SPECIFIQUES AUX ELUS ET AGENTS PUBLICS	2
1.2. LA PROTECTION GENERALE DES ELUS PAR LEUR COLLECTIVITE	4
2. ÉVITER CES RISQUES DANS LE DEVELOPPEMENT DE L'EOLIEN SUR SON TERRITOIRE.....	5
2.1. LORSQUE LA COLLECTIVITE DONNE SON AVIS	5
2.1.1. <i>Éviter le risque de prise illégale d'intérêts</i>	6
2.1.2. <i>Éviter le risque de corruption et de trafic d'influence</i>	7
2.2. LORSQUE LA COLLECTIVITE FACILITE ET ACCOMPAGNE	7
2.2.1. <i>Éviter le risque de trafic d'influence</i>	7
2.2.2. <i>Éviter les risques de concussion et de corruption</i>	8
2.3. LORSQUE LA COLLECTIVITE S'IMPLIQUE FINANCIEREMENT	11
2.3.1. <i>Éviter les risques spécifiques dans le cadre des EPL</i>	11
2.3.2. <i>Éviter les risques spécifiques dans les SA/SAS d'EnR</i>	13
2.4. LORSQUE LA COLLECTIVITE REALISE UN PARC EOLIEN EN REGIE	15
2.4.1. <i>Éviter le risque de favoritisme</i>	15
2.4.2. <i>Éviter le risque de prise illégale d'intérêts</i>	15

PRÉAMBULE

Le fort développement des énergies renouvelables en France – du fait de l'ambition des objectifs associés – ne peut s'ancrer durablement dans les territoires sans une forte implication des collectivités territoriales sur ces questions.

Cette réalité est d'autant plus prégnante pour la filière éolienne que les projets doivent nécessairement s'intégrer dans la stratégie territoriale des collectivités, bénéficier au maximum au territoire et prendre en compte les avis des populations et des acteurs du territoire.

Si cette implication génère de nombreux avantages pour les collectivités (meilleure acceptabilité et rentabilité pour le territoire), elle nécessite également une bonne connaissance de certains risques juridiques qui peuvent être évités moyennant quelques précautions. Le contentieux autour de la question étant important et fortement alimenté par une opposition bien structurée, il est nécessaire pour qu'une collectivité s'implique sereinement de connaître ses risques et les bonnes pratiques à mettre en place pour s'en prémunir.

La première partie de cette publication rappelle le cadre général du droit pénal applicable à l'action des collectivités. Il est ensuite proposé dans la seconde partie d'indiquer les bonnes pratiques à observer en matière d'éolien pour éviter les risques.

1. Rappels sur le droit pénal applicable à l'action des collectivités

La responsabilité pénale des élus et agents publics peut être engagée, soit sur le fondement des dispositions applicables à l'ensemble des citoyens, soit sur le fondement de dispositions spécialement édictées à l'égard des dépositaires de l'autorité publique. C'est cette dernière responsabilité qui sera présentée ici.

1.1. Les infractions pénales spécifiques aux élus et agents publics

Infractions	Personnes concernées	Élément matériel	Élément intentionnel	Peines maximales
DÉLIT DE CONCUSSION Art. 432-10 du Code pénal	Élus et agents ¹	Recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû OU Accorder sous une forme quelconque et pour quelque motif que ce soit une exonération ou franchise des droits, contributions, impôts ou taxes publics en violation des textes légaux ou réglementaires	Oui. Toutefois, cette circonstance est largement déduite du fait de la qualité de professionnel de l'auteur. Il est indifférent que l'auteur agisse dans son intérêt ou de manière désintéressée ²	5 ans d'emprisonnement 500 000€ d'amende (le montant peut être au double du produit tiré de l'infraction) Peines complémentaires (art. 432-17 du Code pénal : inéligibilité, etc.)
DÉLIT DE CORRUPTION PASSIVE Art. 432-11 1° du Code pénal	Élus et agents	Solliciter ou accepter un avantage en échange de l'accomplissement d'un acte ou d'une abstention qui relève de ses prérogatives ou qui est facilité par sa position. L'infraction peut être caractérisée même si l'élu ou l'agent a déjà accompli l'acte pour lequel il est récompensé ou il sollicite une récompense ³ .	Oui, l'auteur doit avoir conscience de l'infraction qu'il commet. Il doit exister un accord de volonté entre le corrupteur et le corrompu, qui peut toutefois être déduit des circonstances.	10 ans d'emprisonnement 1 000 000€ d'amende Peines complémentaires (art. 432-17 du Code pénal : inéligibilité, etc.)

¹ *Crim.*, 24 octobre 2001, n°00-88165Bull., *crim.*, n° 220.

² A ce titre, même si la somme est au profit de la collectivité, l'agissement est répréhensible.

³ Depuis la loi n°2000-595 du 30 juin 2000, le moment de conclusion du « pacte » entre le corrupteur et le corrompu importe peu. En effet, l'article 432-11 du code pénal prévoit, depuis cette date, qu'elle peut intervenir « à tout moment ».

<p>DÉLIT DE TRAFIC D'INFLUENCE PASSIF Art. 432-11 2° du Code pénal</p>	<p>Élus et agents</p>	<p>Solliciter ou accepter un avantage en échange de l'abus de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable⁴.</p>	<p>Oui, l'auteur doit avoir conscience de l'infraction qu'il commet.</p> <p>Il doit exister un accord de volonté entre le corrupteur et le corrompu.</p>	<p>10 ans d'emprisonnement</p> <p>1000 000€ d'amende</p> <p>Peines complémentaires (art. 432-17 du Code pénal : inéligibilité, etc.</p>
<p>DÉLIT DE PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS Art. 432-12 du Code pénal</p>	<p>Élus et agents</p>	<p>Prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou une opération dont l'auteur avait, au moment de l'acte et dans le cadre de fonctions publiques, la charge d'assurer le contrôle, la surveillance⁵, la liquidation ou le paiement pour le compte de la collectivité.</p> <p>L'intérêt personnel n'a pas à être en contradiction avec l'intérêt public.</p> <p>L'intérêt personnel est défini très largement et peut être : moral (indépendant de tout enrichissement), financier, direct ou indirect⁶.</p>	<p>Oui, mais l'intention frauduleuse se résume au fait d'avoir agi sciemment⁷, circonstance qui pourra être déduite des circonstances de fait.</p>	<p>5 ans d'emprisonnement</p> <p>500 000€ d'amende (le montant peut être au double du produit tiré de l'infraction)</p> <p>Peines complémentaires (art. 432-17 du Code pénal : inéligibilité, etc.</p>
<p>DÉLIT DE FAVORITISME OU D'OCTROIE D'AVANTAGE INFUSTIFIÉ Art. 432-14 du Code pénal</p>	<p>Élus et agents</p>	<p>Octroie d'un avantage injustifié dans une procédure de mise en concurrence de marché ou de concession, par la méconnaissance des règles de passation encadre la liberté d'accès et l'égalité de traitement des candidats</p>	<p>En théorie oui, mais la jurisprudence est assez stricte en la matière. Elle présume souvent que l'auteur connaissait les dispositions qu'il viole⁸</p>	<p>2 ans d'emprisonnement</p> <p>200 000€ d'amende (le montant peut être au double du produit tiré de l'infraction)</p> <p>Peines complémentaires (art. 432-17 du Code pénal : inéligibilité, etc.</p>

⁴ Notamment l'obtention d'un permis de construire (Crim. 4 juill. 1974, n° 73-93.144), voire l'attribution d'un marché public (Crim. 16 déc. 1997, n° 96-82.509).

⁵ La surveillance peut consister en: - la participation à un organe délibérant d'une collectivité territoriale (Crim 19 mai 1999, Bull. Crim. n°101; CE, 9 juillet 2003, Caisse régionale du crédit agricole mutuel de Champagne) - la préparation, la proposition ou la présentation de rapports ou d'avis en vue de la prise de décisions par d'autres personnes (Crim 19 sept. 2003, Juris-Data n°2003-021728).

⁶ Le délit est caractérisé par « la prise d'un intérêt matériel ou moral, direct ou indirect et se consomme par le seul abus de la fonction indépendamment de la recherche d'un gain ou de tout autre avantage personnel » (Crim. 21 juin 2000, pourvoi n° 99-86871). Un lien d'amitié peut être constitutif d'une prise illégale d'intérêts au sens de l'article 432-12 du code pénal (Crim. 5 avr. 2018, n° 17-81.912).

⁷ « l'intention coupable est caractérisée par le seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit [de prise illégale d'intérêt] reproché » (Crim. 21 nov. 2001, no 00-87.532).

⁸ « l'élément intentionnel du délit prévu par l'article 432-14 du code pénal est caractérisé par l'accomplissement, en connaissance de cause, d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics » (Crim. 14 janv. 2004, no 03-83.396).

1.2. La protection générale des élus par leur collectivité

Les articles L. 2123-34 et 35, L. 3123-28 et 29 et L. 4135-28 et 29 du code général des collectivités territoriales (CGCT) prévoient deux types de protections des élus quand leur responsabilité pénale est engagée.

Tout d'abord, la responsabilité pénale des chefs des exécutifs locaux ou leurs suppléants ayant reçu une délégation est limitée dans le cas des délits non-intentionnels. Il ne peut être poursuivi « *que s'il est établi qu'il n'a pas accompli les diligences normales compte tenu de ses compétences, du pouvoir et des moyens dont il disposait ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi lui confie.* » Cette limitation ne s'applique pas dans le cas des infractions précitées, s'agissant de délits intentionnels.

En outre, ces mêmes dispositions prévoient que les collectivités « *sont tenues d'accorder leur protection* » fonctionnelle à certains élus. Cette protection fonctionnelle permet pour l'essentiel que les frais de justice des élus concernés soient pris en charge par la collectivité publique, il ne s'agit pas de limiter la responsabilité pénale des élus.

La mise en œuvre de cette protection est soumise à deux conditions :

- **Élus bénéficiaires** : maires, présidents d'EPCI, présidents de conseil départemental et de conseil régional, ainsi que les élus les suppléant ou ayant reçu une délégation. Ils peuvent bénéficier de cette protection aussi bien lorsqu'ils sont en fonction qu'après avoir cessé de les exercer. Concernant les autres élus, une incertitude demeure, dès lors qu'ils ne sont pas mentionnés dans les textes. Dans les faits, il arrive cependant que la protection fonctionnelle soit accordée à de simples conseillers municipaux.
- **Cas d'ouverture** : La protection fonctionnelle ne peut être accordée que pour des « *faits qui n'ont pas le caractère de faute détachable de l'exercice des fonctions* ». Le Conseil d'État a précisé que trois types de faits étaient susceptibles de constituer une faute détachable⁹ :
 - o les faits qui révèlent des préoccupations d'ordre privé ;
 - o ceux qui procèdent d'un comportement incompatible avec les obligations qui s'imposent dans l'exercice de fonctions publiques ;
 - o et les faits qui, eu égard à leur nature et aux conditions dans lesquelles ils ont été commis, revêtent une particulière gravité.

Cette protection pourrait s'appliquer dans les infractions précitées sous réserve de remplir les conditions strictes d'ouverture.

⁹ CE 30 déc. 2015, n° 391798, Cne de Roquebrune-sur-Argens

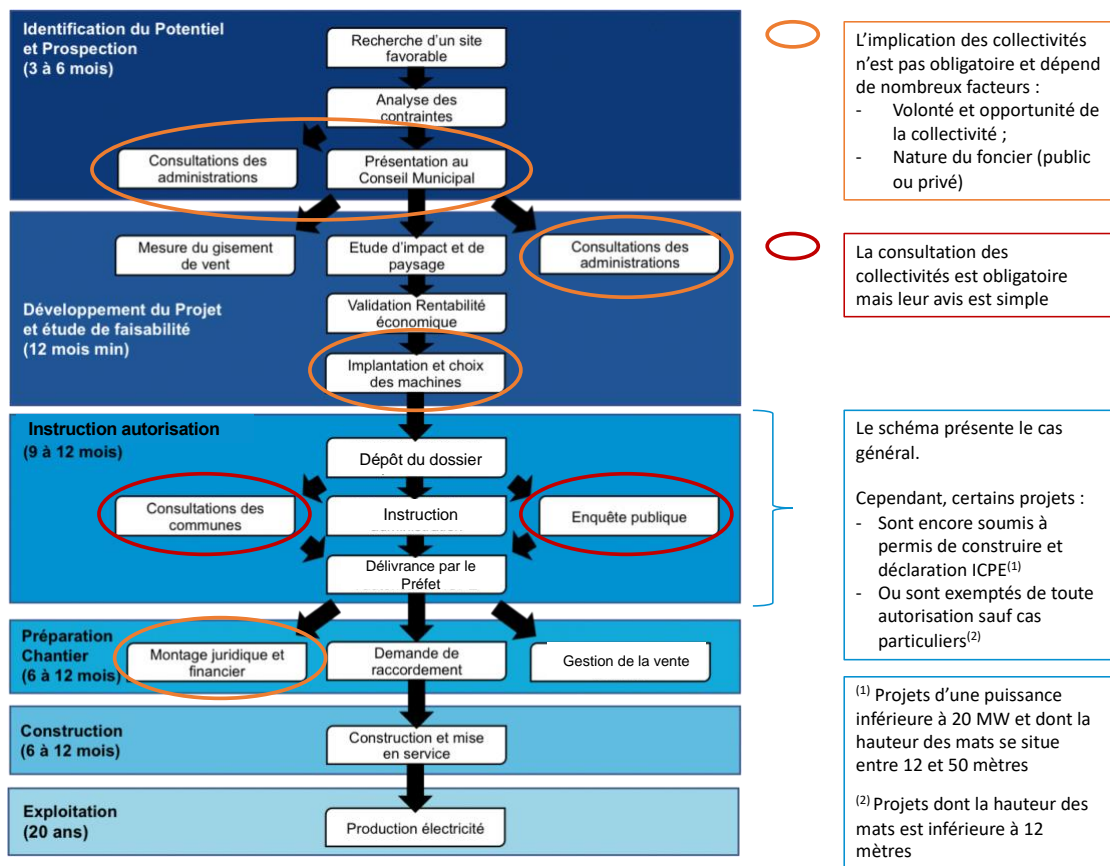
2. Éviter ces risques dans le développement de l'éolien sur son territoire

Ces infractions sont applicables à l'ensemble des activités de la collectivité. En matière d'éolien, il convient de prendre en compte ces risques dans l'action des collectivités et leur différents niveaux d'implication possibles dans les projets.

2.1. Lorsque la collectivité donne son avis

Les procédures d'obtention des autorisations administratives nécessaires à la construction et à l'exploitation d'un parc éolien ont beaucoup évolué ces dernières années, afin notamment de prendre en compte le contentieux important généré par la filière éolienne.

Les collectivités, au premier rang desquelles figurent les communes ainsi que les intercommunalités, ont vu leur rôle évoluer dans l'autorisation des projets portés par des développeurs privés.



Elles sont néanmoins amenées à délibérer sur un projet de parc éolien dans les cas suivants :

- Pour rendre un avis réglementaire (simple) dans le cadre de l'enquête publique (Article R. 181-38 du code de l'environnement) ;
- Uniquement dans le cas de projets non soumis à l'autorisation environnementale unique : Pour rendre un avis réglementaire (simple) dans le cadre de l'octroi d'un permis de construire (Article R. 423-56-1 du code de l'urbanisme) ou dans le cadre de la délivrance du permis uniquement en autoconsommation ;
- Pour exprimer un vœu de la collectivité sur un projet de parc éolien ou pour prendre une délibération de principe relativement à un projet de parc éolien.

2.1.1. Éviter le risque de prise illégale d'intérêts

	<p>Il est interdit pour un élu de participer à l'intégralité du processus de prise de décision de la collectivité autorisant, favorisant, ou émettant un avis sur un projet de parc éolien dans lequel il aurait un intérêt personnel direct ou indirect :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Le projet impacte, est situé (ou potentiellement situé) sur un de ses terrains ou celui d'un de ses proches (amis ou cercle familial) au moment de la délibération¹⁰ - Le projet est porté par une entreprise dans laquelle il (ou un de ses proches) a un intérêt au moment de la délibération¹¹
	<p>Dans ces cas :</p> <ul style="list-style-type: none"> - L'élu concerné doit en informer la collectivité ; - Il ne peut participer ni au débat ni à la délibération de la commune (même indirectement par mandat par exemple) ; - Il devra se retirer de la salle du conseil avant que le dossier ne soit évoqué lors de la séance ; - Ces éléments figurent sur la délibération prise la collectivité. <p>Lorsque le permis est délivré par la Commune, l'élu ne doit pas le délivrer lui-même ou participer à la décision.</p>

	<p>Il est interdit pour l'élu ou l'agent en situation de conflit d'intérêts d'exercer une influence sur la prise de décision.</p>
	<p>Il ne doit pas participer au suivi du projet pour le compte de la collectivité :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Préparer les délibérations ; - Suivre le projet pour le compte de la collectivité (participer à la concertation, etc.)¹²

1

condamnation par an est prononcée pour prise illégale d'intérêts en lien avec un projet éolien

¹⁰ **Rapport annuel 2018 de l'Observatoire SMACL : "Le risque pénal des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux"** : Condamnation d'un maire pour prise illégale d'intérêts (commune de moins de 500 habitants) sur plainte d'une association de défense de l'environnement. Il lui est reproché d'avoir participé au vote d'une délibération sur une étude préliminaire de faisabilité concernant la construction d'un parc éolien sur un groupement forestier dont il est actionnaire – même si l'intérêt financier est très minime (750€/an), Tribunal correctionnel de Rodez, 6 septembre 2017.

¹¹ **Rapport annuel 2017 de l'Observatoire SMACL : "Le risque pénal des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux"** : Condamnation d'un maire pour prise illégale d'intérêts. Il est reproché à l'élu d'être intervenu au projet, aux côtés du promoteur, en qualité de géomètre expert alors qu'en tant que maire, il avait participé au vote des délibérations concernant cette implantation sur sa commune. Tribunal correctionnel de Saumur, 13 décembre 2016.

¹² Tribunal correctionnel de Poitiers, 26 février 2015 : Trois élus poursuivis et condamnés pour avoir participé aux réunions déterminant la zone d'implantation des éoliennes, alors que des terrains leur appartenant étaient situés au sein de cette zone.

2.1.2. Éviter le risque de corruption et de trafic d'influence

	<p>Aucune contrepartie ne peut être demandée ou acceptée par un élu ou une collectivité en échange d'un avis favorable ou défavorable, que celui-ci relève de ses pouvoirs propres (corruption) ou d'une influence réelle ou supposée qu'il puisse exercer (trafic d'influence).</p> <p>Il convient d'attirer l'attention du lecteur sur le fait que la contrepartie n'est pas nécessairement versée à un élu personnellement ou à un agent. Un risque de condamnation existe également lorsque la contrepartie est exigée au profit de la collectivité¹³.</p>
	<p>Lorsqu'un avis doit être rendu relativement à un projet éolien en phase de développement, proscrire :</p> <ul style="list-style-type: none"> - toute demande de participation financière du développeur à un événement de la commune ; - toute demande de réalisation de travaux, d'investissements ou tout autre service qui ne soit pas strictement lié aux impacts du parc éolien.

2.2. Lorsque la collectivité facilite et accompagne

Au-delà du simple avis donné par la collectivité sur le projet, la réalisation d'un parc éolien sur le territoire de la collectivité doit nécessairement impliquer les élus de cette collectivité. Même si ce ne sont pas les élus qui autorisent projet, la concertation avec les habitants, la communication sur le projet, les effets pour la commune, etc. nécessitent leur implication dès le départ. Par ailleurs, les collectivités devront dans certains cas spécifiques délivrer une autorisation.

2.2.1. Éviter le risque de trafic d'influence


	<p>Comme indiqué précédemment, c'est le préfet qui est compétent dans la plupart des cas pour autoriser un projet de parc éolien. Les collectivités concernées sont consultées par le préfet et formulent un avis simple. Par ailleurs, leurs représentants peuvent avoir une influence informelle auprès des pouvoirs préfectoraux.</p> <p>Aucune contrepartie ne peut être exigée ou reçue pour exercer une influence positive ou négative auprès de la préfecture¹⁴.</p> <p>A nouveau, un risque de condamnation existe également lorsque la contrepartie est exigée au profit de la collectivité.</p>
	<p>Lorsqu'un avis doit être rendu relativement à un projet éolien en phase de développement, proscrire :</p> <ul style="list-style-type: none"> - toute demande de participation financière du développeur à un événement de la commune ; - toute demande de réalisation de travaux, d'investissements ou tout autre service qui ne soit pas strictement lié aux impacts du parc éolien.



¹³ En effet, peu importe que la contrepartie obtenue par le corrompu lui profite directement ou non. Le maire ayant conditionné la délivrance d'un permis de construire au versement d'une somme d'argent est coupable du délit de corruption passive, quand bien même cette somme ne lui était pas destinée directement mais devait servir à alimenter la trésorerie de la mairie (Crim. 20 mai 2009, n° 08-83.789). En outre, le texte précise bien que la contrepartie peut être obtenue pour soi ou pour autrui.

¹⁴ Concernant l'obtention d'un permis de construire (Crim. 4 juill. 1974, n° 73-93.144) ; l'attribution d'un marché public (Crim. 16 déc. 1997, n° 96-82.509).

2.2.2. Éviter les risques de concussion et de corruption

2.2.2.1. En ce qui concerne les mesures d'accompagnement

	<p>Mesure d'accompagnement ≠ Mesure ERC</p> <p>Les mesures d'accompagnement, qui se sont généralisées, ne sont pas comprises dans la séquence « éviter, réduire, compenser » (ERC), qui vise à supprimer, réduire et, si possible, compenser les conséquences dommageables pour l'environnement ou les incidences négatives notables sur l'environnement¹⁵. Elles peuvent être proposées en complément de celles-ci.</p> <p>Ces mesures visent donc à favoriser l'insertion des parcs éoliens dans le territoire de la collectivité et à permettre une meilleure acceptabilité. Elles ne doivent pas être dépourvues de lien avec les effets attendus du parc. S'il existe quelques pratiques courantes, ces mesures sont d'une très grande variété et quelques limites doivent être fixées.</p>
---	---

	<p>D'un point de vue juridique, plusieurs risques sont à prendre en compte à ce sujet. La collectivité n'est en effet pas fondée à réclamer au développeur la réalisation de travaux, d'investissement ou le versement de sommes d'argent qui ne sont pas dus par lui au regard de la réglementation¹⁶.</p> <p>Les délits de concussion voire de corruption passive sont des risques sérieux en la matière¹⁷.</p>
	<p>Si la jurisprudence est pour l'heure peu fournie dans ce domaine, il convient d'être vigilants et de prendre en compte les précautions suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> - La collectivité ne peut subordonner son avis à la mise en œuvre de mesures d'accompagnement ; - Les mesures sont par principe proposées par le développeur. Elles ne peuvent pas faire l'objet de négociations, <i>a fortiori</i> avant la délivrance de l'autorisation du parc et l'avis rendu par la collectivité ; - Les mesures doivent avoir un lien direct avec le parc éolien et son insertion dans le territoire ; - Les mesures doivent être proportionnées aux incidences du parc ; - Les mesures sont prioritairement réalisées sur des terrains privés ou à destination d'acteurs privés sans lien avec les collectivités ou les élus/agents.

Des mesures observées respectant ces préconisations : construction sur les terrains du parc d'un sentier pédagogique, entretien/amélioration d'un chemin communal qui sera emprunté pour la construction et l'exploitation du parc, organisation de visites du parcs, remise en état des chemins après démantèlement, plantation de haies ou d'obstacle visuels, etc.

A éviter : rénovation de bâtiments publics ou privés, construction de nouveaux bâtiments publics, réfection/amélioration des voiries sans lien avec le projet, etc.

¹⁵ Article R122-4 II du Code de l'environnement

¹⁶ Condamnation pour corruption - réalisation de travaux gratuits : Crim. 4 juill. 1974, préc. – Crim. 1er oct. 1984, préc.

¹⁷ La corruption est souvent confondue avec le délit de concussion réprimé à l'article 432-10 du Code pénal. La concussion consiste, pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, réclamer des sommes indues sur le fondement d'un prétendu texte de loi. Elle se différencie, sur ce point, du délit de corruption passive qui se caractérise par la sollicitation ou la réception d'avantages quelconques sans se fonder sur un texte de loi. La jurisprudence a longtemps maintenu la confusion jusqu'à l'affaire "Denis" qui a clairement posé la distinction (Cass. crim., 26 juill. 1917 : DP 1921, 1, 142).

2.2.2.2. En ce qui concerne les conventions relatives au foncier public

La collectivité est également mobilisée en amont de l'autorisation du parc lorsque des autorisations spécifiques sont nécessaires pour l'exploitation du parc.

2.2.2.2.1. Réalisation d'un parc sur un terrain public (domaine public ou privé)

	<p>Lorsque la collectivité est propriétaire du terrain sur lequel un projet de parc éolien est envisagé :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Si ce terrain relève du domaine public : L'implantation du parc nécessitera alors une autorisation d'occupation du terrain. Depuis l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017, les collectivités qui souhaitent octroyer une autorisation d'occupation d'un terrain relevant du domaine public pour l'exercice d'une activité économique doivent organiser une procédure de sélection préalable. En cas de manifestation spontanée d'un développeur, les formalités sont allégées. - Si ce terrain relève du domaine privé : Une incertitude juridique demeure sur l'application ou non de ces nouvelles règles. Le texte de l'ordonnance précitée ne vise que le domaine public. Toutefois, le droit européen, qui impose une telle mise en concurrence pour la mise à disposition des biens appartenant à une personne publique, ne fait aucune distinction entre les deux régimes de propriété. En outre, une réponse ministérielle récente¹⁸ tend à indiquer que les dispositions de ladite ordonnance doivent être appliquées au domaine privé. Juridiquement, il semble nécessaire de mettre en œuvre une procédure de sélection quand l'occupation du domaine privé octroie un réel avantage économique. <p>Dès lors, en cas de demande d'occupation privative de son domaine pour un projet éolien, la collectivité doit s'assurer de respecter le principe d'une concurrence préalable à toute délivrance d'un titre d'occupation de son domaine public et de son domaine privé si ce domaine privé présente un véritable intérêt économique pour la société de développement éolien (par exemple si l'essentiel du projet occupe des dépendances du domaine privé de la collectivité).</p>
	<p>Il appartient à l'autorité propriétaire d'organiser « <i>librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester</i> »¹⁹.</p> <p>Les conditions de mise en œuvre de cette concurrence peuvent toutefois être allégées en cas de manifestation d'intérêt spontanée pour une occupation privative, à condition que l'autorité propriétaire s'assure « <i>au préalable par une publicité suffisante, de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente</i> »²⁰.</p> <p>Le jugement des candidatures est <i>a minima</i> basé sur des critères objectifs et publiés à l'avance²¹.</p> <p>Le défaut de respect de ces règles entraînera à tout le moins un risque d'annulation de la décision²².</p>

¹⁸ Réponse ministérielle n° 12868, JOAN 29 janvier 2019, p. 861

¹⁹ Art. L.2122-1-1 code général de la propriétés des personnes publiques

²⁰ Art. L.2122-1-4 code général de la propriétés des personnes publiques

²¹ Pour plus de précisions, se reporter à la publication AMORCE – ENJ13 « Gestion et valorisation du domaine public en matière d'énergie ».

²² TA St Denis de la Réunion, 16 mars 2018, n°1800124 : en l'espèce, la décision d'autorisation a été suspendue pour doute sérieux quant à la légalité.

	<p>Dans le cadre de la négociation de ces conventions d'occupation, il convient d'éviter la demande de contreparties inappropriées pour l'obtention de l'autorisation.</p>
	<p>La collectivité ne peut exiger des contreparties démesurées sans lien avec le parc pour autoriser l'occupation :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Si des mesures sont sollicitées, il convient de se reporter au 2.2.2.1. ; - Le loyer réclamé par la collectivité est par principe fixé librement, toutefois, il convient qu'il ne soit pas démesuré par rapport à l'avantage que le développeur ou l'exploitant retire de l'occupation de la parcelle. A l'inverse, il n'est pas fixé à un niveau excessivement bas.
	<p>Les situations de conflit d'intérêts des élus et/ou agents vis-à-vis de l'entreprise qui obtient le droit d'occupation du foncier public sont à prendre en compte²³.</p>
	<p>Les élus et agents en situation de conflit d'intérêts respectent les préconisations du 2.1.1.</p>

2.2.2.2.2. Utilisation des voiries et réseaux

	<p>L'utilisation des voiries, propriété de la collectivité, en vue de la réalisation des travaux, du survol des pâles ou de la pose de câbles nécessite l'obtention d'autorisations (sur la voirie publique) ou la conclusion de servitudes (sur les chemins ruraux). A la différence de l'octroi d'une autorisation d'occupation d'un terrain sur lequel serait situé un parc, une procédure de sélection préalable n'est pas nécessaire.</p> <p>Toutefois, la négociation de ce type de conventions peut parfois s'étendre à d'autres sujets connexes tels que la détermination des mesures d'accompagnement²⁴ susceptibles d'être mises en œuvre, ou encore l'étendue des obligations d'entretien ou des contributions à l'amélioration des réseaux. Dans ce cas, il convient de prendre en compte les risques afférents à la qualification de concussion ou de corruption au regard des contreparties consenties par le développeur éolien.</p>
	<p>S'agissant des mesures d'accompagnement, il conviendra de suivre les recommandations mentionnées au paragraphe 2.2.2.1 ci-avant.</p> <p>S'agissant des obligations d'entretien ou des contributions à l'amélioration des réseaux, il faut veiller à ce que les demandes n'excèdent pas ce qui est effectivement nécessaire pour le parc éolien²⁵.</p>

²³ **Rapport annuel 2018 de l'Observatoire SMACL : "Le risque pénal des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux"** : Condamnation d'un maire (commune de 2 500 habitants) poursuivi pour prise illégale d'intérêts. Il lui est reproché d'avoir signé un bail pour la location d'un espace communal à son gendre.

²⁴ Ces conventions peuvent notamment avoir pour objet la mise en œuvre de travaux d'aménagement d'un sentier de randonnées pédagogique.

²⁵ A titre d'exemple, se rend coupable de concussion un maire qui a requis de la part d'un lotisseur une participation financière à une opération d'extension du réseau d'eau potable alors même que cette extension excédait en effet les besoins du lotissement et ne pouvait dès lors être regardée comme se rapportant à un équipement propre à l'opération au sens de l'article L.332-15 du Code de l'urbanisme (Crim., 10 septembre 2008, n° 07-88.407).

	<p>La conclusion d'une convention d'utilisation des voies communales et chemins ruraux comprenant des autorisations ou constitution de servitudes de survol ou de passage de câbles implique le paiement d'une redevance ou d'une indemnité par la société de développement éolien. Le montant de cette redevance ou de cette indemnité est par principe fixé librement.</p>
	<p>La négociation ne doit toutefois pas conduire à faire augmenter artificiellement la redevance ou l'indemnité sans rapport avec l'avantage retiré par le développeur ou l'exploitant.</p>
	<p>Les situations de conflit d'intérêts des élus et/ou agents vis-à-vis l'entreprise qui obtient le droit d'utilisation des voiries et réseaux sont à prendre en compte²⁶.</p>
	<p>Les élus et agents en situation de conflit d'intérêts respectent les préconisations du 2.1.1.</p>

2.3. Lorsque la collectivité s'implique financièrement

2.3.1. Éviter les risques spécifiques dans le cadre des EPL

2.3.1.1. Protections existantes

Les collectivités ont la faculté de créer des entreprises publiques locales (EPL) qui peuvent notamment avoir pour objet le portage et l'exploitation d'un parc éolien soit directement soit par l'intermédiaire d'une société de projet dédiée. Des élus des collectivités actionnaires sont amenés à participer aux organes de décision de ces EPL.

Au-delà des protections générales déjà mentionnées ci-avant, l'article L.1524-5 du CGCT protège les élus mandataires de leurs collectivités pour certains aspects de leur activité au sein des EPL :

- Ils peuvent siéger et voter dans l'organe délibérant de la collectivité, quand celui-ci se prononce sur ses relations avec l'EPL, même s'ils font partie des instances dirigeantes de cette société. Ils ne sont pas considérés comme des conseillers intéressés au sens de l'article L.2131-11 du CGCT. En revanche, la portée exonératoire de ces dispositions sur le risque pénal reste incertaine, même si les Parquets ne poursuivent généralement pas ce type de situation en pratique ;
- Toutefois, ils ne peuvent participer aux commissions d'appel d'offres ou d'attribution des délégations de service public si l'EPL est candidate. Ni aux délibérations d'attribution de ces contrats à l'EPL²⁷ ;
- Ils ne peuvent participer aux délibérations de la collectivité concernant leurs nominations comme représentants de celle-ci au sein de l'EPL²⁸ ;
- Cette protection de l'élu mandataire ne vaut qu'à l'égard de la collectivité qui l'a mandaté pour la représenter. Elle ne fonctionne pas pour l'élu administrateur d'une EPL désigné par une collectivité locale, qui délibère sur les relations d'affaires avec cette EPL au sein d'une autre collectivité locale dans laquelle il est élu.

²⁶ Rapport annuel 2018 de l'Observatoire SMACL : "Le risque pénal des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux" : Condamnation d'un maire (commune de 2 500 habitants) poursuivi pour prise illégale d'intérêts. Il lui est reproché d'avoir signé un bail pour la location d'un espace communal à son gendre.

²⁷ Rép. min. Masson, no 1560, 23 avr. 2009, JO Sénat Q, p. 1017

²⁸ Rép. min. no 33868: JO Sénat Q, 7 mars 2002, p. 723

2.3.1.2. Éviter les risques qui subsistent

2.3.1.2.1. Dans les relations entre la collectivité et sa SEM

	<p>Les dispositions du Code de la commande publique concernant l'attribution directe d'un marché ou d'une concession à une entreprise contrôlée par une ou plusieurs collectivités ne s'appliquent pas aux SEM²⁹.</p>
	<p>Une SEM lorsqu'elle candidate à un marché public ou une concession est un candidat lambda. Ainsi les risques liés au délit de favoritisme sont pleinement à prendre en compte³⁰.</p> <p>De même, les élus représentants de la collectivité au sein de la SEM ne participent pas aux commissions d'appel d'offres ni aux délibérations d'attribution des contrats.</p>

2.3.1.2.2. Dans les relations entre la collectivité et une filiale de sa

SEM

	<p>Les SEM ont la faculté de créer des filiales. Des élus présents dans les instances dirigeantes de la SEM pourraient être amenés à participer aux instances de ces filiales. Or, dans ce cas, l'article L.1524-5 du CGCT n'est pas applicable.</p>
	<p>Lorsque la collectivité délibère sur une question en rapport avec la filiale de sa SEM dans laquelle l'élu est nommé, l'élu doit respecter les préconisations listées au 2.1.1.</p>

2.3.1.2.3. Dans les relations de l'EPL avec ses prestataires

	<p>Les EPL concluant des marchés pour la construction ou l'exploitation d'un parc sont soumises aux règles du Code de la commande publique.</p> <p>Dans les rapports d'affaires de l'EPL avec un de ses prestataires, les situations de conflit d'intérêts doivent être évitées³¹ et le risque de favoritisme doit être pris en compte.</p>
	<p>Les EPL respectent le Code de la commande publique pour les marchés et concessions qu'elles passent.</p> <p>Un élu qui a un intérêt dans une entreprise candidate à un marché ou une concession lancée par une EPL respectent les préconisations du 2.1.1.</p>

²⁹ Voir les dispositions des articles L.2511-1 à L.2511-5 du Code de la commande publique prévoyant la passation de contrat en quasi-régie.

³⁰ Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-88.373 : condamnation pour délit de favoritisme – attribution d'un marché sans mise en concurrence préalable alors même que les conditions du « in house » ne sont pas remplies.

³¹ Rép. min. no 33868: JO Sénat Q, 7 mars 2002, p. 723 : « *Le risque existe aussi dans l'hypothèse où l'élu mandataire établirait des rapports d'affaires entre la société d'économie mixte locale et une entreprise dans laquelle il a un intérêt personnel quelconque.* »

2.3.2. Éviter les risques spécifiques dans les SA/SAS d'EnR

Les articles L.2253-1 du CGCT pour les communes et EPCI, L.3231-6 du CGCT pour les Départements et L.4211-1 du CGCT pour les Régions permettent aux collectivités de prendre des parts en capital dans des sociétés anonymes ou des sociétés par actions simplifiées ayant pour objet social la production d'EnR. Cette participation est désormais admise dans des sociétés commerciales qui ont pour seul objet de détenir des actions au capital dans les SA et SAS précitées³². La collectivité, en fonction de sa participation, pourrait se voir représentée dans les instances de direction de ces sociétés, par des élus.

2.3.2.1. Lors de la prise de participation au capital

	<p>Une collectivité, comme tout associé, peut prendre une participation dans une société de production d'EnR ou une holding pour un montant égal à la valeur nominale des actions.</p> <p>Attention toutefois, l'octroi d'actions à une collectivité sans réelle contrepartie peut relever des qualifications pénales de concussion, de corruption, voire de trafic d'influence – outre les risques induits pour la SA/SAS concernée.</p>
	<p>Le nombre de parts sociales attribuées à la collectivité doit être proportionnel à l'apport effectué en numéraire (somme d'argent) ou en nature (par exemple par l'apport de foncier). Le soutien (décision favorable ou influence) de la collectivité ne peut être une contrepartie en soi à l'obtention de parts sociales. L'octroi de parts en capital en contrepartie de la facilitation d'un projet par un avis favorable, de la délivrance d'une autorisation ou d'une influence positive auprès du préfet est donc proscrit.</p> <p>Se pose la question de l'octroi de parts sociales à une collectivité en contrepartie de l'implication de celle-ci dans l'élaboration du projet (mobilisation des élus, concertation avec les habitants, suivi du projet, ...). Un doute juridique persiste sur ce point dans la mesure où, une collectivité ne peut recevoir de rémunération spécifique pour l'exercice de ses missions ou pour son influence réelle ou supposée y compris sous forme de parts sociales. Toutefois, en raison des compétences détenues par les collectivités en matière d'électricité renouvelable, elles peuvent réaliser certaines prestations rémunérées notamment par l'octroi de parts en capital. Ces prestations ne doivent pas relever de leur mission générale de collectivité. Il convient à notre sens de prévoir la conclusion d'une convention entre la société et la collectivité fixant une rémunération aux conditions de marché pour limiter les risques.</p>

³² Article 42 de la LOI n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat

	<p>Lorsqu'une société de production d'EnR ouvre son capital aux collectivités, elle peut également mettre en œuvre en parallèle une campagne de mobilisation financière des citoyens en capital ou en financement. Un élu, agent ou un de ses proches, en son nom propre, peut dès lors être amené à acquérir des parts de capital d'une société de production d'EnR, ou participer à une campagne de financement participatif lancée par cette société.</p> <p>En pareil cas, il convient de souligner que l'élu ou l'agent doit être considéré comme détenant un intérêt dans cette société.</p> <p>En outre, quand bien même la prise d'intérêts dans la société interviendrait postérieurement à la délibération de la collectivité à laquelle l'élu ou l'agent a participé, une telle participation est répréhensible³³.</p>
	<p>L'élu ou l'agent détenant des intérêts dans cette société doit se conformer aux prescriptions du 2.1.1. quand la collectivité doit se prononcer sur ses relations avec ladite société :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Octroi d'une autorisation ; - Avis sur un projet ; - Prise de participation de la collectivité dans cette société. <p>Lorsqu'un élu ou agent envisage une prise d'intérêt future, il respecte les prescriptions du 2.1.1. lors de la délibération de la collectivité. A défaut, il paraît plus prudent d'éviter la prise d'intérêt de cet élu ou agent.</p>

2.3.2.2. Dans la gestion de la société

	<p>Dans le cadre de la gestion de la société de production d'EnR, il s'agira de prévenir tout risque de prise illégale d'intérêts dans la mesure où les dispositions de l'article L.1524-5 du CGCT ne s'appliquent pas.</p> <p>En outre, afin d'éviter tout risque de favoritisme, dès lors qu'une collectivité souhaitera attribuer un contrat de concession ou un marché public à la société de production dont elle est actionnaire, sauf si les conditions de la quasi-régie sont remplies, ladite collectivité devra procéder à une publicité et une mise en concurrence, conformément aux dispositions du code de la commande publique.</p>
	<p>Lorsque la collectivité actionnaire d'une société de production d'EnR délibère sur une question en rapport avec cette société, l'élu mandataire de la collectivité doit respecter les recommandations mentionnées au 2.1.1. des présentes.</p> <p>Une société de production d'EnR, lorsqu'elle candidate à un marché public ou une concession lancé par une collectivité présente à son actionnariat, participe à la consultation, au même titre que l'ensemble des candidats ayant déposé une offre.</p> <p>Par ailleurs, l'élu représentant la collectivité au sein de cette société de production d'EnR ne participe pas aux commissions d'appel d'offres ni aux délibérations d'attribution du contrat.</p>

³³ Cass. crim., 9 sept. 2008, n° 07-87.900

2.4. Lorsque la collectivité réalise un parc éolien en régie

2.4.1. Éviter le risque de favoritisme

	<p>Une collectivité peut agir et développer un parc directement via la création d'une régie. Cette régie recourt dans certains cas à des contrats de la commande publique.</p>
	<p>Quand des marchés publics ou concessions sont conclus pour la construction et l'exploitation du parc, les risques concernant le délit de favoritisme sont à prendre en compte.</p>

2.4.2. Éviter le risque de prise illégale d'intérêts

	<p>Les situations de conflit d'intérêts sont à prendre en compte :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Concernant la situation géographique du parc réalisé par la régie ; - Concernant les entreprises avec lesquelles la régie contracte.
	<p>Les élus et agents en situation de conflit d'intérêts, quant à la situation géographique du parc, respectent les préconisations du 2.1.1.</p> <p>Il en va de même lorsqu'une entreprise dans laquelle un élu, un agent ou un proche a un intérêt est candidate à un marché ou une concession lancée dans ce cadre.</p>

Pour aller plus loin

Adhérez à AMORCE et participez aux échanges de son réseau



Consultez nos précédentes publications

- ENP37 – Guide l'élu et l'éolien, AMORCE 2017
- Charte des collectivités et des professionnels en faveur d'un développement de projets éoliens territoriaux et concertés, AMORCE et FEE 2015

Avec le soutien technique
et financier de



Réalisation

AMORCE, Pôle institutionnel juridique et fiscal
Joël RUFFY – jruffy@amorce.asso.fr

Contributions et relecture

Sébastien BILLEAU – ADEME
Delphine MAZABRARD – AMORCE
Service juridique – COMPAGNIE NATIONALE DU RHÔNE
Me Thomas RICHET – GREEN LAW AVOCATS
Me Matthieu HENON – SEBAN & ASSOCIÉS
Thomas DUFFES – VALECO
Service juridique – WPD