



Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz
Rue de l'Industrie 26-38
1040 Bruxelles
Tél. 02/289.76.11
Fax 02/289.76.09

COMMISSION DE REGULATION DE L'ELECTICITE ET DU GAZ

ETUDE

(F)080124-CDC-743

sur

*'les modifications aux concessions domaniales
octroyées pour la construction et l'exploitation de
parcs d'éoliennes en mer du nord'*

*Texte intégrant l'erratum approuvé par le Comité de direction de la CREG
lors de sa réunion du 14 février 2008*

24 janvier 2008

ETUDE

Introduction

1. Le 4 décembre 2007, la CREG a reçu un courrier du Ministre Marc Verwilghen, daté du 27 novembre 2007, dans lequel ce dernier demande son point de vue quant aux différentes questions posées par la BELGIAN NORTH SEA WIND ENERGY PLATFORM (ci-après : B.N.S.W.E.P.).

2. La B.N.S.W.E.P. regroupe plusieurs acteurs du secteur de l'énergie éolienne dont, notamment, les sociétés C-POWER S.A., ELDEPASCO THV et BELWIND S.A. Par arrêtés ministériels des 27 juin 2003, 15 mai 2006 et 5 juin 2007, ces trois sociétés se sont vu conférer une concession domaniale pour la construction et l'exploitation d'un parc d'éoliennes en mer du nord.

3. Le 12 novembre 2007, la B.N.S.W.E.P. a écrit au Ministre Verwilghen pour connaître la procédure à suivre afin de modifier certaines conditions d'octroi de ces concessions. En particulier, il s'agirait de modifier le type et le nombre de turbines et, de là, leur plan d'implantation. L'objectif serait de modifier la capacité individuelle des turbines, afin de suivre l'évolution technique dans ce secteur. Selon B.N.S.W.E.P., ces modifications ne devraient pas porter atteinte aux aspects essentiels des concessions, tels leur périmètre ou la puissance maximale autorisée. Or, B.N.S.W.E.P. demande si, en l'absence de dispositions spécifiques à ce sujet, les sociétés doivent se soumettre à toute la procédure d'octroi de la concession ou s'il existe une procédure simplifiée. B.N.S.W.E.P. demande également des précisions quant à l'obligation d'information qui pèse sur ces sociétés. Dans son courrier du 27 novembre 2007, le Ministre a sollicité la position de la CREG sur ces différentes questions et sur l'intérêt d'une modification de la réglementation applicable pour renforcer la sécurité juridique dans ce domaine.

4. Le Comité de direction de la CREG précise que, mise à part la lettre précitée de la B.N.S.W.E.P., il n'a reçu aucun dossier de demande de modifications des trois sociétés précitées, de sorte que la présente étude ne peut être interprétée comme une appréciation portée sur lesdites demandes de modifications.

5. En revanche, le Comité de direction propose d'examiner si une procédure simplifiée peut être envisagée, sur la base de la réglementation et des principes applicables, pour modifier les concessions domaniales initialement octroyées (I). L'analyse montrera qu'une

réponse positive à cette question peut se concevoir mais au prix d'une délicate interprétation de la réglementation qui, à défaut d'être lacunaire, manque assurément de clarté. Une révision d'ensemble de l'arrêté royal applicable devrait être envisagée à moyen terme, afin de tenir compte des changements intervenus depuis son adoption. Mais le Comité de direction préconise, dès à présent, une modification ponctuelle de l'arrêté royal applicable, en suggérant quelques pistes à ce sujet, pour renforcer la sécurité juridique en la matière (II).

6. Les observations et suggestions qui vont suivre, ne peuvent être considérées comme un avis ou une proposition au sens des articles 6, § 2, et 23, § 2, 3ème alinéa, de la loi du 29 avril 1999 « *relative à l'organisation du marché de l'électricité* » (ci-après : la loi électricité).

7. La CREG joint, en annexe à la présente étude, copies des courriers précités du ministre Verwilghen et de B.N.S.W.E.P. Se trouvent également annexés copies d'un e-mail de Monsieur Frank Coenen à Monsieur Verwilghen du 21 novembre 2007 et d'une lettre du Comité de direction de la CREG au Secrétaire d'Etat DELEUZE du 22 janvier 2002 (cfr infra).

I. Modalités à suivre pour modifier les concessions octroyées

8. Selon les informations transmises par B.N.S.W.E.P., les modifications envisagées porteraient sur la capacité des turbines à utiliser et, donc, sur leur type, leur nombre et leur plan d'implantation.

Quelles que soient l'importance et l'incidence de ces modifications, les arrêtés ministériels octroyant la concession de départ doivent être modifiés. Ces arrêtés stipulaient, en effet, expressément le type de turbines utilisées et un plan d'implantation s'y trouvait annexé. Or, si ces éléments sont modifiés, la concession ne sera plus en conformité avec ces nouvelles spécifications. Elle doit donc, elle-même, être modifiée.

9. A cet égard, il importe de souligner que seul un arrêté ministériel a défini les spécifications techniques de la concession domaniale. A notre connaissance, cet arrêté ministériel n'a jamais donné lieu à la conclusion d'une convention. La réglementation ne prévoit, d'ailleurs, pas un tel contrat – ce qui est paradoxal eu égard à la nature même d'une concession domaniale¹. En tout état de cause et en l'état actuel de la réglementation, cela implique que seul cet arrêté ministériel doit être modifié.

¹ M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, T. II, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 1050-1052. En ce sens, également : Avis de la CREG A/200/008-D du 25mai 2000, p. 8, n° 6.

L'objet de la présente consultation étant de déterminer les modalités à suivre pour procéder à cette modification, on rappelle les principes avant de les appliquer au cas d'espèce.

I.1. Rappel des principes

10. La modification d'un acte administratif unilatéral suit le même régime que celui appliqué en cas d'abrogation². « *L'abrogation d'un acte administratif entraîne sa disparition pour l'avenir, non pour le passé (ex nunc). Elle est explicite ou implicite pour, dans ce dernier cas, résulter d'une contradiction entre l'acte nouveau et l'acte antérieur* »³.

11. Si, comme en l'espèce, le principe même de l'abrogation ou la modification d'un acte administratif de portée individuelle ne pose pas de difficulté⁴, certaines formes doivent néanmoins être respectées. La doctrine enseigne à ce sujet que : « *A défaut de procédures spéciales expressément prévues, un acte qui a été entouré obligatoirement de certaines formes substantielles ne peut être mis à néant ou modifié par un acte contraire que moyennant l'accomplissement des mêmes formalités* »⁵. Dans le même sens, P. LEWALLE écrit : « *Les règles de droit imposant le respect de formalités ou de formes obligatoires sont ambivalentes : elles régissent en principe tant l'acte initial que l'acte contraire, soit celui a des effets opposés au précédent* »⁶.

12. La doctrine admet un tempérament à la règle qui précède, en cas d'actes administratifs unilatéraux de portée individuelle. Ainsi, l'auteur précité écrit : « *le parallélisme des formalités et des formes ne doit être respecté que s'il se justifie à titre particulier ; on recherchera s'il existe des motifs de respecter les formes ou formalités entourant l'acte initial lors de l'élaboration de l'acte contraire* »⁷.

I.2. Application au cas d'espèce

13. Compte tenu des principes rappelés ci-avant, il convient de déterminer si la réglementation applicable contient des dispositions susceptibles d'encadrer les modifications envisagées par la B.N.S.W.E.P. A défaut ou si les dispositions sont jugées insuffisantes, il

² Voir, en ce sens, P. LEWALLE, *Droit administratif – Contentieux administratif*, 2002-2003, p. 262.

³ P. BOUVIER, *Elements de droit administratif*, 2002, p. 112, n°114.

⁴ En effet, cette modification est demandée par le bénéficiaire de l'acte en cause, de sorte que la préservation de droits acquis, qui est au centre des préoccupations dans le régime applicable, ne peut poser de difficulté.

⁵ LEGALEX, « Le formalisme en droit administratif belge », www.users.skynet.be/droit/lesformes.htm

⁶ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2^{ème} éd., Liège, 2002, p. 888, n°498.

⁷ *Ibid.* Dans le même sens, voir LEGALEX, *op. cit.*

convient d'apprécier si le cas d'espèce ne peut bénéficier du tempérament à la règle du parallélisme des formes rappelée ci-avant.

14. Comme on a déjà eu l'occasion de l'indiquer au début de cette étude, la réglementation dont il va être fait application ci-après manque de clarté. Il se peut même qu'elle soit lacunaire. Les suggestions qui vont suivre ne sont, dès lors, que des interprétations qui semblent pouvoir se fonder sur les textes et principes applicables. Elles ne peuvent cependant être catégoriques.

I.2.1. Examen de la réglementation applicable

15. L'arrêté royal du 20 décembre 2000 « *relatif aux conditions et à la procédure d'octroi des concessions domaniales pour la construction et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'eau, des courants ou des vents, dans les espaces marins sur lesquels la Belgique peut exercer sa juridiction conformément au droit international de la mer* »⁸ constitue le siège de la matière.

16. En ces articles 15 à 24, cet arrêté royal prévoit des procédures relatives à :

- la prolongation de la concession domaniale (art. 15 à 18) ;
- l'élargissement du périmètre de la concession (art. 19) ;
- le cas de la vente, la cession, le partage ou la location de la concession (art. 20) ;
- et, enfin, l'échéance ou le retrait pour cause de déchéance ou renonciation de la concession (art. 21 à 24).

17. Aucune de ces dispositions ne concerne spécifiquement l'hypothèse où ce sont certains paramètres du dossier technique qui sont modifiés. Notamment, il ne peut être question d'une modification du périmètre de la concession puisque cette notion de « *périmètre* » vise le « *pourtour* » de la concession, alors qu'en l'espèce, seule l'implantation dans le périmètre de la concession sera modifiée. De même, comme on le montrera ci-après, le retrait pour déchéance de la concession domaniale qui peut être prononcé par le ministre en cas de non respect des obligations et conditions prescrites, ne peut trouver à s'appliquer ici puisque cette procédure suppose que le non respect des conditions et obligations soit effectivement constaté. Or, la démarche des titulaires de concession

⁸ M.B., 30 décembre 2000.

domaniale, en contactant anticipativement le ministre, a précisément été d'éviter la mise en œuvre de cette procédure.

Avec la B.N.S.W.E.P., il convient, dès lors, d'admettre que l'arrêté royal du 20 décembre 2000 ne prévoit pas formellement de procédure pour modifier la concession domaniale, suite au changement apporté au dossier technique du concessionnaire.

18. En son article 14, 3°, cet arrêté royal du 20 décembre 2000 impose, toutefois, au concessionnaire l'obligation d'informer la CREG « *de toute modification notable de nature à modifier les capacités techniques et financières mentionnées dans le dossier original sur le fondement desquelles la concession a été octroyée* ». En cas de non respect de cette disposition, le concessionnaire s'expose à des poursuites pénales (art. 25) et à une procédure d'amende administrative (art. 31 de la loi électricité).

19. Dans sa lettre au ministre du 27 novembre 2007, la B.N.S.W.E.P. a posé plusieurs questions à propos de cette obligation. S'applique-t-elle uniquement en cas de changement de la capacité technique et financière totale ou doit-elle aussi être respectée si c'est la puissance individuelle de la turbine et le plan d'implantation qui sont modifiés ? D'autre part, quelles sont les suites d'une telle obligation d'information ? Cette obligation ne peut-elle pas constituer l'unique modalité à respecter en cas de changement apporté au dossier technique ?

20. Pour répondre à ces différentes questions, il convient de déterminer le champ d'application de l'article 14, 3°, de l'arrêté royal du 20 décembre 2000 qui impose cette obligation d'information, avant d'en apprécier l'incidence en cas de modification de la concession domaniale.

a. Champ d'application de l'obligation d'information

21. Concernant le champ d'application de l'article 14, 3°, de l'arrêté royal du 20 décembre 2000, il convient, tout d'abord, de remarquer qu'il vise les modifications « *de nature à modifier les capacités techniques et financières mentionnées dans le dossier original sur le fondement desquelles la concession a été octroyée* ». Il faut donc que les capacités techniques et financières soient modifiées, qu'elles figurent dans le dossier original et qu'elles aient servi de fondement à la décision d'octroi de la concession. Tout type de modification n'entre, dès lors, pas automatiquement dans le champ d'application de cette disposition.

22. L'article 14, 3°, de l'arrêté royal utilise, par ailleurs, les termes de « *modification notable* ». La question se pose de savoir quelles sont les modifications qui doivent être notables. S'agit-il uniquement des modifications importantes aux capacités techniques et financières du dossier de départ, de sorte qu'en cas de modifications mineures de ces capacités, l'obligation ne devrait pas être respectée ? Le texte de l'article 14, 3°, ne paraît pas libellé en ce sens. Certes, il n'est pas clair et gagnerait à être revu. Mais le verbe « *modifier* » est utilisé à deux reprises dans cette disposition et le terme « *notable* » ne porte que sur le premier de ces deux verbes. Qui plus est, limiter l'information de la CREG aux seuls cas de modifications notables des capacités techniques et financières, reviendrait à conférer le pouvoir au concessionnaire de déterminer lui-même quand il doit informer la CREG. Or, une sanction pénale est prévue en cas de non respect de cette obligation, de même qu'une amende administrative. Il paraît, dès lors, préférable, au nom de la sécurité juridique, d'interpréter l'article 14, 3°, de l'arrêté royal comme imposant l'obligation d'information en cas de modifications à ce point importantes qu'elles aboutissent à modifier les capacités techniques et financières du dossier original – et ce quelle que soit l'ampleur de ces dernières modifications.

23. On note, enfin, que le champ d'application de l'article 14, 3°, de l'arrêté royal du 20 décembre 2000 ne semble pas devoir se limiter au changement de la seule capacité *totale* du projet. Selon la CREG, aucun élément ne vient, en effet, limiter le champ d'application de l'article 14, 3°, dans le sens préconisé par B.N.S.W.E.P. Dès le moment où les capacités techniques apparaissant dans le dossier original sont modifiées, la CREG doit, dès lors, en être informée.

24. A moins que le changement des plans d'implantation n'influe sur la capacité technique des projets concernés, il ne paraît pas devoir, en tant que tel, être communiqué à la CREG. En revanche, tel est bien le cas du changement des turbines qui induit un changement des capacités techniques mentionnées dans le dossier d'origine.

b. Incidence de l'obligation d'information

25. Une fois que la CREG a été informée des changements à opérer sur le projet pour lequel la concession a été octroyée initialement, que doit-elle faire de cette information ? On l'a relevé ci-avant, le texte de l'arrêté royal ne prévoit formellement aucune procédure spécifique pour modifier l'arrêté ministériel octroyant la concession. Il convient, cependant, d'examiner si cette obligation d'information ne peut constituer, implicitement, le fondement

d'une procédure à suivre pour modifier cette concession. Il s'agit là de l'interprétation d'un texte dont la clarté n'est, à nouveau, pas sa principale qualité.

26. D'un côté, il est vrai que cet article 14 constitue le chapitre V de l'arrêté royal du 20 décembre 2000 qui détermine les « *Obligations des titulaires d'une concession domaniale* ». Les procédures mentionnées ci-dessus et qui sont spécifiquement prévues pour modifier certains aspects de la concession sont, quant à elles, regroupées dans le chapitre VI intitulé « *Prolongation, extension et cession de la concession domaniale* ». Le chapitre VII comporte, par ailleurs, les dispositions relatives à l'échéance et au retrait de ladite concession. D'un point de vue contextuel, l'on peut, dès lors, hésiter à qualifier de « *procédurale* », une disposition qui fixe une obligation dans le chef du titulaire d'une concession domaniale. En d'autres termes, de ce point de vue, l'on peut hésiter à considérer que cette obligation d'information constituerait la base d'une procédure à suivre pour modifier la concession domaniale de base – procédure qui, étant contenue dans une disposition déterminée, éviterait l'application du principe du parallélisme des formes, évoqué précédemment.

27. D'un autre côté, cependant, il est tout aussi malaisé de considérer que le Roi ait prévu une obligation d'information auprès de la CREG sans, implicitement mais certainement, lui conférer le pouvoir d'apprécier les suites à y réserver.

28. A l'appui de cette seconde interprétation, il convient de mentionner la procédure prévue à l'article 22 de l'arrêté royal du 20 décembre 2000 en cas de retrait de la concession domaniale pour cause de déchéance. Cette procédure s'applique en cas de non respect des obligations et conditions prescrites. Elle suppose une mise en demeure préalable du concessionnaire par la CREG « *soit pour satisfaire à ses obligations et conditions en matière d'exploitation, soit pour présenter ses explications* ». « *A l'expiration du délai imparti par la commission, celle-ci adresse, le cas échéant, sa proposition de retrait et le dossier y relatif au ministre ou à son délégué* ». Le ministre « *peut* » alors prononcer la déchéance sur la base de ces informations. Au vu de ces dispositions, la CREG est donc tenue d'enclencher la procédure mais elle n'est pas tenue d'adresser la proposition de déchéance au ministre (« *le cas échéant* »). Celui-ci n'est pas non plus tenu de prononcer la déchéance en cas de non respect des conditions et obligations prescrites. L'un et l'autre peuvent donc apprécier la décision à prendre au regard des irrégularités rencontrées.

29. Un lien entre cette procédure de déchéance et l'obligation d'information pourrait être établi. Certes, le champ d'application de la procédure de déchéance (« *non respect des obligations et conditions* ») est plus large que celui de l'obligation d'information (*cf supra*). Mais cette procédure de déchéance semble renforcer la thèse suivant laquelle la CREG doit pouvoir apprécier les suites à réserver en cas d'informations relatives au changement des capacités techniques et financières mentionnées dans le dossier d'origine. A défaut, dès réception de l'information suivant l'article 14, 3°, de l'arrêté royal et la réalisation des modifications, la CREG n'aurait d'autre choix que de mettre le concessionnaire en demeure de s'expliquer, ce qui serait illogique puisque la démarche d'information vise précisément à fournir les explications attendues dans le cadre de cette mise en demeure. A l'expiration du délai, la CREG pourrait par ailleurs décider de ne pas proposer de déchéance au ministre. Or, ce serait beaucoup plus rationnel de considérer que, dès l'information reçue en application de l'article 14, 3°, de l'arrêté royal – pour autant qu'elle soit suffisante, bien entendu – la CREG devrait pouvoir apprécier les suites à y réserver.

30. Cette interprétation du texte aurait l'avantage de révéler, au départ d'une disposition expresse, une procédure susceptible d'être suivie en cas de modification des capacités techniques et financières mentionnées dans le dossier d'origine. Cette procédure serait implicitement contenue dans l'article 14, 3°, de l'arrêté royal du 20 décembre 2000. Or, en sa présence, le principe du parallélisme des formes pourrait ne pas devoir trouver à s'appliquer automatiquement. Les formalités pourraient s'en trouver considérablement simplifiées.

I.2.2. En l'absence d'un texte : tempérament au principe du parallélisme des formes

31. En l'absence d'un texte ou si l'interprétation rappelée ci-avant est jugée insuffisante, le principe du parallélisme des formes pourrait-il être évité en ayant recours au tempérament que la doctrine semble admettre ?

32. On a indiqué à cet égard que, pour les actes administratifs de portée individuelle, « *le parallélisme des formalités et des formes ne doit être respecté que s'il se justifie à titre particulier ; on recherchera s'il existe des motifs de respecter les formes ou formalités entourant l'acte initial lors de l'élaboration de l'acte contraire* »⁹.

⁹ P. LEWALLE, *op. cit.*

33. En l'espèce, il n'est pas aisé de déterminer avec précision si ce tempérament pourrait trouver à s'appliquer, étant donné que la CREG ne dispose pas d'éléments précis quant aux projets de modifications des concessionnaires intéressés¹⁰.

34. Ceci étant et eu égard aux informations reprises dans la lettre de B.N.S.W.E.P. du 12 novembre 2007, les modifications proposées ne semblent, effectivement, pas devoir porter atteinte à l'essence même de la concession domaniale, ni affecter sa puissance maximale.

Dans ces conditions, il convient de vérifier si les formalités prescrites pour l'octroi de la concession demeurent justifiées.

35. A cet égard, il échet de rappeler que l'arrêté royal du 20 décembre 2000 a été modifié par celui du 17 mai 2004¹¹ pour délimiter une « zone destinée à l'implantation des installations ». L'idée a été de regrouper, dans une même zone, l'ensemble des concessions domaniales octroyées pour la construction et l'exploitation des parcs d'éoliennes en mer du nord. L'intérêt de consulter les administrations concernées¹² par les activités de navigation, de pêche maritime, de recherche scientifique maritime et les exercices militaires est donc, pour le moins, sujet à caution¹³, sauf à constater que les modifications envisagées

¹⁰ Voir n°4.

¹¹ Arrêté royal du 17 mai 2004 modifiant l'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 20 décembre 2000 relatif aux conditions et à la procédure d'octroi des concessions domaniales pour la construction et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'eau, des courants ou des vents, dans les espaces marins sur lesquels la Belgique peut exercer sa juridiction conformément au droit international de la mer, *M.B.*, 29 juin 2004.

¹² Ce sont les administrations visées aux articles 1^{er}, 6^o, et 8 de l'arrêté royal du 20 décembre 2000, soit : l'Administration de la Qualité et de la Sécurité du Ministère des Affaires économiques ; le Ministère des Affaires économiques ; le Bureau fédéral du plan ; les services fédéraux des Affaires scientifiques, techniques et culturelles ; l'Unité de gestion du modèle mathématique de la mer du Nord et de l'Estuaire de l'Escaut de l'Institut royal des Sciences naturelles de Belgique ; le Ministère des Affaires étrangères ; la Direction de la Police maritime du Ministère de l'Intérieur ; le Ministère des Communications et de l'Infrastructure ; le Ministère des Classes moyennes et de l'Agriculture ; le Département de la Marine du Ministère de la Défense nationale ; ainsi que l'Administration des Douanes et Accises du Ministère des Finances.

¹³ Voir, en ce sens, l'avis (A) 040315-CDC-261, n°8, p. 7, où, à l'occasion de la modification de l'arrêté royal du 20 décembre 2000 par celui du 17 mai 2004, le Comité de direction s'était interrogé sur l'intérêt du maintien du critère d'octroi relatif à « l'effet de l'installation sur les activités autorisées dans les espaces marins en vertu d'une autre législation ou réglementation ». En effet, « le respect de la zone délimitée offre-t-il une garantie suffisante que l'utilisation des routes régulières, la pêche maritime ou la recherche scientifique marine ne seront pas indûment gênées ou le critère reste-t-il nécessaire afin de vérifier l'effet de ces activités ainsi que d'activités autorisées dans les espaces marins autres que la navigation, la pêche maritime et la recherche ou le critère reste-t-il nécessaire afin de vérifier l'effet de ces activités ainsi que d'activités autorisées dans les espaces marins autres que la navigation, la pêche maritime et la recherche scientifique maritime ? ». La CREG n'a pas reçu de réponse à cette question qui concerne, il est vrai, un critère d'attribution et non une formalité prescrite. Mais le raisonnement peut, à nouveau, être invoqué en l'espèce.

pourraient, malgré tout, affecter des activités dont ces administrations ont la charge¹⁴.

36. Il convient également de garder à l'esprit qu'en application de l'article 14 de l'arrêté royal du 20 décembre 2000, plusieurs obligations incombent aux concessionnaires, que ce soit au moment de l'installation de la concession ou de son exploitation. Il en est, notamment, ainsi de l'obligation de prendre « *toutes les mesures nécessaires à la sauvegarde de la sécurité publique* » (art. 14, 6°) ou de prendre « *toutes les mesures nécessaires en vue de la protection et de la préservation du milieu marin* » (art. 14, 8°) ou encore celle de prévoir « *l'implantation des installations de manière à utiliser de façon la plus intense possible l'espace concédé, compte tenu de la technologie mise en œuvre* » (art. 14, 10°).

Or, si c'est pour se conformer à ces obligations que le concessionnaire doit demander une modification de la concession domaniale initialement octroyée, il ne serait pas raisonnable de le soumettre à nouveau à l'ensemble des formalités prescrites pour l'octroi de la concession.

37. On note enfin que, par le passé, le Comité de direction de la CREG a déjà considéré que toute la procédure d'octroi de la concession domaniale ne devait pas être refaite en cas de changement qualifié de « *marginal* ». Il s'agissait, en l'espèce, de la N.V. C-POWER qui, en cours de procédure d'octroi de sa concession, avait demandé à pouvoir remplacer, dans son dossier de demande, une turbine de 2 MW par une autre turbine de 2,3 MW¹⁵.

38. Le cas est certes un peu différent de celui soumis par la B.N.S.W.E.P. dans la mesure où, à l'époque, la concession domaniale n'avait pas encore été accordée. Mais ce qui est important, en l'espèce, c'est de constater que la CREG a admis le principe d'une procédure simplifiée, en cas de changement marginal. Elle a estimé que la consultation des administrations concernées n'était pas justifiée et a, pour le surplus, examiné la modification au regard des critères prévus à l'article 3 de l'arrêté royal. Elle a également demandé qu'Elia marque son accord sur la modification et qu'il soit prouvé que la qualité économique du projet ne soit pas altérée. Enfin, la société devait soumettre une proposition financière pour le traitement et l'enlèvement des nouvelles installations. Eu égard aux modifications qui sont envisagées en l'espèce et sous réserve de précisions complémentaires en la matière, des conditions analogues pourraient être envisagées.

¹⁴ En l'espèce et sous réserve d'un examen plus approfondi des projets de modifications des sociétés concernées, l'on pourrait se demander si la Défense nationale ne devrait pas être consultée, dans la mesure où les modifications projetées auraient effectivement pour effet d'augmenter la taille des éoliennes. Tel devrait être le cas, entre autres, si la zone destinée à l'implantation d'installations - voire, plus restrictivement, le périmètre de la concession - peut être survolé(e).

¹⁵ Voir la lettre reprise sous la référence 20020122013 – ET-C-2001-001.

Pour le reste, le Comité de direction de la CREG a souligné qu'aucune demande de concurrence n'avait eu lieu dans cette affaire, de sorte qu'il n'était pas nécessaire de vérifier si cette modification aurait un impact sur la comparaison des différentes demandes. Comme on l'évoquera ci-après, cette question de la concurrence pourrait être une limite à l'application d'une procédure simplifiée. Mais, selon nous, cela ne doit pas constituer un obstacle de principe à la mise en œuvre d'une procédure simplifiée.

II. Insécurité juridique et pistes pour y remédier

39. L'analyse qui précède indique qu'une interprétation peut se dégager de l'arrêté royal du 20 décembre 2000 pour justifier le recours à une procédure simplifiée en cas de modifications apportées aux capacités techniques et financières du projet d'origine.

L'on peut même considérer que l'application du principe du parallélisme des formes pourrait ne pas devoir trouver à s'appliquer en l'espèce, eu égard au caractère mineur des modifications apportées.

40. La première de ces deux interprétations est surtout dictée par l'incohérence à laquelle une lecture littérale de cet arrêté conduirait si on ne devait pas conférer un pouvoir d'appréciation à la CREG en cas de changement aux capacités techniques et financières du dossier d'origine. D'autre part, il serait contraire aux principes de bonne administration et de proportionnalité de considérer que les titulaires de concessions domaniales doivent se soumettre à l'intégralité de la procédure en cas de changements mineurs.

41. Comme on l'a souligné à plusieurs reprises, ces interprétations sont cependant sujettes à caution tant le texte de l'arrêté royal précité manque de clarté. Concernant l'interprétation relative à l'article 14, 3°, peut-on considérer qu'elle réponde au vœu de la doctrine suivant laquelle le principe du parallélisme des formes ne doit pas trouver à s'appliquer en cas de « *procédures spéciales expressément prévues* » ? Malgré le souci de cohérence et de rationalité, le doute reste permis.

42. D'autre part, on a vu que la doctrine tolérait des tempéraments à ce principe, s'il s'avère injustifié de souscrire aux formalités prescrites pour l'adoption de l'acte de base, que l'on souhaite à présent modifier. Mais, à nouveau, tout est une question d'interprétation de ce qui est justifié ou ne l'est pas. Il faut admettre, à cet égard, que les exemples de tempéraments tolérés par la jurisprudence ne coïncident pas avec le cas d'espèce.

43. Pour garantir une certaine sécurité juridique dans le domaine des concessions domaniales, une modification de l'arrêté royal du 20 décembre 2000 serait, dès lors, hautement souhaitable et même indispensable. Ainsi qu'il résulte du courrier de la B.N.S.W.E.P., les entreprises concernées par ce secteur doivent, en effet, consentir à des investissements particulièrement importants. Le flou juridique auquel cette réglementation les confronte, impose de clarifier la situation.

44. L'objet de la présente étude n'est pas de passer en revue toutes les améliorations à y apporter. Selon la CREG, il convient, dans un premier temps, de répondre aux préoccupations concrètes de la B.N.S.W.E.P. Par après, une modification d'ensemble de ce texte pourra être entreprise. Le Comité de direction de la CREG formulera l'avis requis à ce propos si une proposition lui est adressée en ce sens.

45. La CREG suggère, toutefois, dès à présent, deux adaptations de l'arrêté royal du 20 décembre 2000 sur les points suivants :

- Premièrement, l'article 14, 3°, de l'arrêté royal du 20 décembre 2000 devrait être clarifié et son champ d'application devrait être étendu.

On a vu, en effet, qu'en l'absence d'une telle clarification, il pourrait être interprété comme laissant au concessionnaire le pouvoir de déterminer quand il juge notables ou non les modifications apportées aux capacités techniques et financières du dossier d'origine. De plus, faut-il limiter cette obligation d'information à ces seules modifications ? Il nous paraît, dès lors, qu'une obligation d'information plus large devrait être imposée, laquelle porterait sur toute modification relative aux éléments techniques et financiers mentionnés dans le dossier original.

- Deuxièmement, il serait opportun d'adopter une disposition instaurant expressément une procédure pour modifier les concessions domaniales.

Cette disposition pourrait être insérée dans le chapitre VI de l'arrêté royal du 20 décembre 2000, qui est déjà consacré à ce type de problématique. Elle pourrait même s'insérer dans un § 2 de l'article 19, le premier paragraphe reprenant la disposition actuelle pour l'extension du périmètre de la concession.

Selon ce nouveau § 2, pour toute autre modification relative aux éléments techniques et financiers de la concession domaniale, le Ministre pourrait décider, sur proposition de la CREG, de ne pas faire application des chapitres III et IV, en tout ou en partie :

- . si le concessionnaire justifie du caractère marginal des modifications envisagées ;
- . ou s'il justifie de l'obligation d'y procéder en raison de contraintes techniques indépendantes de sa volonté et qui ne pouvaient être décelées lors de l'octroi de la concession domaniale ;
- . ou encore s'il justifie de l'obligation d'y procéder pour se conformer aux obligations prescrites à l'article 14 de l'arrêté royal.

La dérogation qui précède ne devrait pas trouver à s'appliquer si, tout à la fois :

- . la modification intervient dans un certain délai à compter de l'octroi de la concession domaniale (par exemple un délai d'un an) ;
- . et si, lors de l'octroi de la concession domaniale, une ou plusieurs demandes de concurrence ont été introduites ;
- . et si la modification envisagée aurait pu avoir un effet sur la comparaison des offres.

En tout état de cause, la dérogation précitée ne devrait pas porter préjudice aux mesures de publicité et de notification prévues aux articles 10, § 2, et 11 de l'arrêté royal.

46. Conformément à l'article 6, § 2, de la loi électricité, les modifications précitées devraient être adoptées par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, après avis de la commission.

47. On note, enfin, que l'article 6 de la loi du 1^{er} juin 2005 « *portant modification de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité* »¹⁶ a modifié l'article 6, § 1^{er}, de la loi électricité en remplaçant la compétence de proposition de la CREG par une compétence d'avis, en vue de l'octroi des concessions domaniales. Il est certain que cette même compétence d'avis devrait être confiée à la CREG dans le cas des modifications envisagées dans la proposition d'article 19 susmentionnée. Ce nouvel article 6 n'est, cependant, toujours pas entré en vigueur. Un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres doit encore en fixer la date. La CREG étant un organisme public indépendant de l'Etat fédéral, doté de sa propre personnalité juridique, cette modification légale ne lui est pas encore opposable. A l'heure actuelle, seule une compétence de proposition devrait dès lors lui être confiée.

¹⁶ M.B., 14 juin 2005.

CONCLUSION

De l'analyse qui précède, il ressort que les réponses aux questions posées par la B.N.S.W.E.P. suscitent bon nombre de difficultés, tant l'arrêté royal du 20 décembre 2000 qui régit cette matière, manque de clarté et peut s'avérer lacunaire sur certains points.

Plusieurs éléments permettent, néanmoins, de penser que la CREG devrait pouvoir apprécier les suites à réserver aux informations qui doivent lui être communiquées en application de l'article 14, 3°, de l'arrêté royal précité. Sur la base d'une interprétation assez audacieuse mais dictée par un souci de cohérence, la CREG en a déduit l'existence d'une disposition qui prévoirait, implicitement mais certainement, une « *procédure* » simplifiée de modification de la concession domaniale. Cette procédure ferait, ainsi, obstacle à la nécessité de se conformer à l'ensemble des formalités prescrites pour l'octroi de la concession d'origine.

La CREG a également posé la question de l'intérêt de remplir l'ensemble de ces formalités pour la modification des concessions domaniales. La création d'une zone réservée à l'implantation de parcs d'éoliennes, couplée à l'obligation de répondre aux exigences de l'article 14 de l'arrêté royal du 20 décembre 2000, sont de nature à tempérer les contraintes qui découlent du principe du parallélisme des formes, d'application en l'absence de procédure spéciale expressément prévue pour modifier un acte administratif unilatéral.

Les interprétations qui précèdent sont dictées par un souci de cohérence et de respect des principes de bonne administration et de proportionnalité. Elles n'en sont pas moins délicates à donner. Aussi, serait-il hautement souhaitable, sinon indispensable, d'envisager, à court ou plus long terme, une modification de l'arrêté royal du 20 décembre 2000.

De nombreux aspects de cet arrêté devraient être revus pour tenir compte des modifications intervenues depuis son adoption. Mais, sur les questions qui ont été spécifiquement posées par la B.N.S.W.E.P., cette révision de l'arrêté pourrait donner lieu à une clarification de l'obligation d'information à charge du concessionnaire et à l'instauration d'une procédure de modification de la concession domaniale, susceptible d'être simplifiée dans certaines hypothèses. Le pouvoir serait ainsi confié au Ministre, sur la proposition de la CREG, d'apprécier si c'est tout ou partie de la procédure d'octroi qui doit être mise en œuvre, avec certaines limites possibles, notamment en cas de demandes de concurrence lors de l'octroi de la concession domaniale.

Seules de telles modifications seraient de nature à garantir la sécurité juridique dans cette matière.

////

Pour la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz :



Dominique WOITRIN
Directeur



François POSSEMIERS
Président du Comité de direction