

Eloi Jeannerat

La limitation des éoliennes au niveau cantonal et communal

Die Entwicklung der Windenergie ruft eine Welle des Protestes unter den Verteidigern der Landschaft und Bewohnern von Gebieten, die für diese Art der Energiegewinnung geeignet sind, hervor: Immer mehr Dörfer sprechen sich gegen die Errichtung von Windkraftanlagen aus. Es stellt sich die Frage, ob und wie weit die Kantone und Gemeinden die Errichtung der Windkraftanlagen auf ihrem Gebiet noch begrenzen können, da der Bund diese Art der Stromerzeugung fördert. Der Beitrag versucht, diese Frage unter Heranziehung des Bundesgesetzes über die Raumplanung und des Energiegesetzes zu beantworten. (sk)

Rechtsgebiet(e): Energie- und Umweltrecht; Bau- und Raumplanungsrecht. Bodenrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Eloi Jeannerat, La limitation des éoliennes au niveau cantonal et communal, in: Jusletter 23. April 2012

Table des Matières

- I. Introduction
 - II. Le contexte politique et juridique général
 - 1. La promotion fédérale de l'énergie éolienne
 - 2. Les réactions «anti-éoliennes» dans les cantons et les communes
 - III. Le cadre fixé par la Loi sur l'aménagement du territoire
 - 1. L'interdiction des éoliennes au regard du principe d'adaptation des plans
 - 2. L'interdiction de construire des éoliennes isolées hors zone à bâtir
 - 3. Le moratoire sur l'énergie éolienne en tant que zone réservée ?
 - 4. La proportionnalité de l'obligation de planifier les éoliennes
 - 5. Conclusions intermédiaires
 - IV. Les exigences de la Loi sur l'énergie
 - 1. L'effet déclaratoire du privilège des énergies renouvelables
 - 2. La promotion des (petites) éoliennes par la RPC
 - 3. Le potentiel normatif des objectifs de la LEne
 - 4. Conclusions intermédiaires
 - V. Conclusions
- Quelques plans directeurs cantonaux et régionaux
- Documents officiels
- Doctrine
- Autres

I. Introduction

[Rz 1] Alors que le Tribunal fédéral venait déjà de rendre un jugement favorable à l'implantation d'un parc éolien sur les crêtes du Jura neuchâtelois¹, les Chambres fédérales se sont résolues, au printemps 2007, à promouvoir fortement les énergies indigènes et renouvelables. En favorisant, entre autres, les investissements privés destinés à l'exploitation de l'énergie éolienne, le législateur fédéral avait clairement en vue d'augmenter la production indigène de cette énergie. D'ailleurs, le Conseil national a récemment réitéré son soutien à cette énergie en acceptant une motion visant à rendre obligatoire l'inscription de sites éoliens dans les plans directeurs cantonaux (cf. *infra* Rz 8).

[Rz 2] Il semble que les mesures fédérales aient eu l'effet escompté ; les projets fleurissent bon train en Suisse, et spécialement dans l'arc jurassien. D'un point de vue national, cette évolution est salutaire au regard du caractère limité des matières premières fossiles, des multiples pollutions environnementales et de notre forte dépendance énergétique vis-à-vis des énergies fossiles et de l'étranger. En revanche, on comprend également qu'elle inquiète une partie de la population, notamment celle qui réside ou qui résiderait à proximité des grandes turbines et qui craint une péjoration de sa qualité de vie (atteinte au paysage, bruit, *etc.*). Dès lors, il n'est pas surprenant qu'au niveau cantonal et communal, de nombreuses voix appellent à freiner, voire à interdire la valorisation de cette énergie. En somme, certaines régions – notamment celles de l'arc jurassien – veulent s'opposer aux intérêts de la Berne fédérale.

[Rz 3] Mais le peuvent-elles valablement ? En effet, comme l'on sait, les cantons ou communes ne peuvent pas éluder les

effets, ni contredire le sens ou l'esprit du droit fédéral. On doit dès lors s'interroger sur la marge de manœuvre de ces collectivités, voire se demander si ces dernières peuvent encore limiter l'implantation d'éoliennes sur leur territoire.

[Rz 4] Pour répondre à ces questions, nous essaierons de déterminer dans quelle mesure une partie de l'ordre juridique fédéral – en l'occurrence la *Loi fédérale sur l'aménagement du territoire* du 22 juin 1979 (LAT ; RS 700 ; cf. *infra* Titre II.) et la *Loi fédérale sur l'énergie* du 26 juin 1998 (LEne ; RS 730 ; cf. *infra* Titre III.) – règle la problématique de l'implantation des éoliennes et d'éclaircir ainsi la marge de manœuvre dont disposent encore les cantons et les communes dans ce domaine. Vu qu'il n'existe pratiquement aucune jurisprudence fédérale sur le sujet (si l'on excepte celle concernant le parc éolien du Crêt-Meuron), le présent article s'inspirera non seulement de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse rendue sur des questions similaires au problème éolien (antenne de téléphonie mobile, protection du Lavaux, planification des supermarchés, *etc.*), mais également de la jurisprudence allemande rendue en matière de planification éolienne. Enfin, c'est à dessein que cette contribution met spécialement l'accent sur la problématique de la limitation des éoliennes, et non sur la problématique inverse, c'est-à-dire celle d'un éventuel droit du promoteur éolien à ce qu'une planification soit adaptée en vue de la réalisation de son projet. Si le présent article fournira assurément quelques pistes de réflexion sur cette autre question essentielle, les problèmes procéduraux, nombreux et complexes, qu'elle soulève devraient faire l'objet d'une étude approfondie distincte.

II. Le contexte politique et juridique général

[Rz 5] Avant d'examiner la conformité au droit fédéral de la limitation des éoliennes au niveau cantonal et communal, il convient bien entendu, dans un premier temps, de présenter l'état actuel de la législation fédérale en matière de promotion de l'énergie éolienne (cf. *infra* Rz 6-8) et, dans un second temps, d'examiner en quoi consistent les mesures cantonales et communales « anti-éoliennes » qui ont déjà été adoptées, qui sont actuellement proposées ou qui sont à l'étude (cf. *infra* Rz 9-11).

1. La promotion fédérale de l'énergie éolienne

[Rz 6] Le 23 mars 2007, le législateur fédéral a profité de l'adoption de la nouvelle *Loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité* (LApEl) pour réviser la *Loi fédérale sur l'énergie* (LEne)². Fort, entre autres, de sa compétence en matière d'utilisation des énergies renouvelables et indigènes (art. 89

¹ ATF 132 II 408.

² RO 2007 3425.

al. 2 Cst.)³, il a notamment décidé de soutenir plus fortement la production d'électricité à partir des énergies renouvelables. La LEné fixe même des objectifs précis ; désormais, la production annuelle moyenne d'électricité provenant d'énergies renouvelables doit s'accroître, d'ici à 2030, d'au moins 5400 GWh par rapport à la production de l'an 2000⁴. 90% de cette électricité, au minimum, devra être produite en Suisse.

[Rz 7] Afin que cet objectif politique ne passe pas pour un vœu pieux, plusieurs mesures censées promouvoir les énergies renouvelables ont été introduites. La rétribution à prix coûtant du courant injecté (ci-après la RPC), dont la réglementation est entrée en vigueur le 1er janvier 2009⁵, en est la pièce maîtresse. En bref, la RPC consiste en le droit d'obliger le gestionnaire de réseau à reprendre l'électricité produite à partir d'énergies renouvelables et, surtout, à rétribuer ce courant injecté à son prix coûtant, ce dernier devant notamment permettre de couvrir l'amortissement de l'investissement effectué⁶. Par conséquent et dès lors que tant les petites éoliennes (en deçà d'une puissance nominale de 10 kW) que les grandes éoliennes bénéficient de la RPC, il n'existe théoriquement plus aucun risque d'investir à perte dans l'énergie éolienne. L'on exceptera seulement les deux situations suivantes : premièrement, les tarifs de rétribution sont calculés de façon générale en fonction des coûts de production d'une installation de référence fictive, laquelle utiliserait bien entendu la technologie la plus efficace et serait installée à un endroit qui, sans être forcément idéal, serait « adéquat »⁷; ainsi, la RPC que perçoit ou percevra une éolienne moins productive ne couvre ou ne couvrira pas forcément le coût de production de l'électricité injectée. Secondement, si la somme des RPC allouées par la Confédération dépasse le financement à disposition, seules les premières demandes déposées bénéficient de la RPC ; tous les projets ne bénéficient donc pas forcément de la RPC, et ce même s'ils sont plus efficaces énergétiquement et économiquement que d'autres⁸.

[Rz 8] En résumé, bien que l'opportunité de promouvoir l'énergie éolienne ait fait l'objet de débats nourris aux chambres et même si, contrairement à l'énergie solaire, aucune

mesure de promotion n'a été intégrée dans la LAT jusqu'à présent, il faut reconnaître que le législateur a finalement décidé de privilégier de manière significative la production d'électricité à partir des vents, et ce sous toutes ses formes (parc éolien et petite éolienne isolée)⁹. En témoigne encore la récente acceptation par le Conseil national d'une motion demandant à ce que les sites favorables à l'exploitation de l'énergie éolienne soient inscrits dans les plans directeurs cantonaux, que les procédures d'autorisation soient simplifiées et que les sites situés dans des zones forestières soient considérés comme imposés par leur destination¹⁰.

2. Les réactions « anti-éoliennes » dans les cantons et les communes

[Rz 9] La promotion fédérale de l'énergie éolienne ou, plutôt, son succès – puisqu'aujourd'hui plusieurs centaines de turbines sont projetées en Suisse – donne lieu à une levée de boucliers de la part de ses détracteurs. S'il est parfois proposé d'adopter un plan sectoriel fédéral fixant les lieux où des éoliennes peuvent être implantées¹¹, c'est essentiellement au niveau cantonal et communal que sont initiés les projets et les mesures défavorables au développement de l'énergie éolienne.

[Rz 10] Or, le type de mesures adoptées et/ou proposées au niveau cantonal ou communal est passablement varié :

- premièrement, il est parfois proposé d'imposer un moratoire d'une dizaine d'années sur l'installation d'éoliennes, voire d'interdire totalement les éoliennes industrielles. Ce sont en tout cas les mesures qu'ont adoptées les communes jurassiennes des Genevez, respectivement de la Chaux-des-Breuleux et de Bourignon¹² ;
- deuxièmement, les détracteurs de l'énergie éolienne demandent parfois que les zones d'implantation potentielles d'éoliennes soient mieux délimitées ; ils exigent par exemple qu'un plan d'affectation cantonal fixe strictement les zones d'implantation d'éoliennes. L'adoption d'une telle exigence reviendrait en réalité à instaurer une obligation de planifier générale pour toute éolienne. C'est sur une telle règle que seront prochainement appelés à se prononcer les citoyens neuchâtelois suite à l'aboutissement d'une initiative populaire demandant que « le canton détermine

³ A vrai dire, il est difficile de déterminer sur quelle base constitutionnelle la Confédération a fondé sa compétence pour réviser la LEné et introduire le nouveau régime juridique de promotion des énergies renouvelables. Si elle s'était fondée sur les art. 24septies (protection de l'environnement) et 24octies aCst. (énergie) pour adopter la LEné (cf. Message 1996, p. 1157 ss.), elle se fonde essentiellement sur l'art. 91 Cst. (transport d'électricité) pour justifier la récente révision (cf. Message 2004, p. 1158 s.). Aubert laisserait néanmoins entendre qu'elle pourrait se baser sur l'art. 89 al. 2 Cst., relatif à la politique énergétique (AUBERT/MAHON, N 12 ad art. 89 Cst.).

⁴ Art. 1 al. 3 LEné.

⁵ RO 2008 1223.

⁶ Art. 7a LEné.

⁷ Art. 7a al. 2 LEné et art. 3b de l'Ordonnance sur l'énergie du 7 décembre 1998 (OEné ; RS 730.01).

⁸ Art. 3g OEné.

⁹ Pour les débats parlementaires, cf. notamment BO CN 2005, p. 1088 et p. 1093.

¹⁰ Motion, Inscrire les sites d'implantation d'Éoliennes dans les plans directeurs cantonaux (12.30008), déposée par CEATE-CN le 23 janvier 2012. Elle a été acceptée le 1er mars 2012.

¹¹ La Confédération ne dispose a priori pas de compétence à cet égard. Cf., entre autres, l'interpellation de M. Fluri, du 17 juin 2010 (10.3534), de même que, sur cette question, JEANNERAT, pp. 39-41.

¹² Cf. HAAB.

le nombre, les dimensions et les emplacements de l'ensemble des éoliennes (...) dans un plan d'affectation spécial de niveau cantonal, (...) [t]oute construction ultérieure du même type nécessit[ant] une modification du plan d'affectation spécial »¹³ ;

- troisièmement, d'autres mesures variées sont envisagées ; elles ont toutes pour point commun d'empêcher – *de facto* – l'exploitation de l'énergie éolienne, par exemple en compliquant la procédure ou les conditions de sa valorisation de même qu'en prétérissant sa rentabilité. On citera par exemple le fait de soumettre à référendum obligatoire l'éventuel plan d'affectation neuchâtelois susmentionné ainsi que ses modifications, celui d'interdire le fonctionnement nocturnes des éoliennes ou celui de soumettre la construction d'éolienne à une condition de productivité minimale difficilement atteignable¹⁴.

[Rz 11] Dans cet article, nous analyserons essentiellement la conformité au droit fédéral des deux premières formes de mesures « anti-éoliennes », c'est-à-dire celles visant à interdire, définitivement ou provisoirement, les éoliennes (ou un certain type d'éoliennes) et celles visant à délimiter strictement, par un plan d'affectation, le territoire sur lequel ces dernières peuvent s'implanter. Nous aborderons également, mais de manière accessoire uniquement, la possibilité pour les cantons et les communes de fixer certains critères de rentabilité minimale pour les éoliennes.

III. Le cadre fixé par la Loi sur l'aménagement du territoire

[Rz 12] Comme nous le verrons, qu'elles soient inscrites dans la constitution cantonale, dans le règlement d'organisation communal ou encore dans une loi *ad hoc*, tant l'interdiction des éoliennes que leur limitation représentent en fait, matériellement, des mesures d'aménagement du territoire (cf. *infra* Rz 13). Ces mesures doivent dès lors être conformes au droit supérieur, en l'occurrence la LAT. Or, bien que la LAT n'empêche pas – sur le principe – les cantons et les communes de restreindre, voire d'interdire l'implantation d'éoliennes sur leur territoire (cf. *infra* Rz 31-33), elle ne contient pas moins quelques règles et principes qui conduisent à douter sérieusement de l'efficacité, si ce n'est de la légalité, des

procédés adoptés à cette fin : l'on pensera notamment au principe d'adaptation et de stabilité des plans (art. 21 al. 2 LAT, cf. *infra* Rz 13-15), à la réglementation fédérale exhaustive en matière de construction hors zone à bâtir (cf. art. 24 LAT, cf. *infra* Rz 16-19), ainsi qu'à la réglementation stricte des zones réservées (art. 27 LAT, cf. *infra* N 20-22) et, enfin, au respect du principe de proportionnalité en cas d'obligation de planifier (art. 2 LAT, cf. *infra* Rz 23-27).

1. L'interdiction des éoliennes au regard du principe d'adaptation des plans

[Rz 13] Empêcher l'implantation d'éoliennes sur un territoire donné consiste – en pratique – à prévoir dans la loi cantonale sur l'aménagement du territoire ou dans le règlement communal des constructions que le plan général d'affectation ne pourra pas être modifié en vue de l'installation d'éoliennes, respectivement qu'un plan d'affectation spécial ne pourra pas être adopté à cette fin¹⁵. Un tel procédé doit être considéré – matériellement – comme une mesure de planification territoriale en ce sens où il détermine le mode, le lieu et la mesure de l'utilisation du sol¹⁶. Il serait également envisageable – en théorie – d'empêcher ponctuellement l'implantation d'éoliennes en demandant la modification d'un plan d'affectation initialement dédié à l'installation d'éoliennes¹⁷. Toutefois, chacun des deux procédés est problématique au regard du droit fédéral.

[Rz 14] En effet, l'art. 21 al. 2 LAT dispose que « lorsque les circonstances se sont sensiblement modifiées, les plans d'affectation feront l'objet des adaptations nécessaires ». Cette règle est logique : l'aménagement du territoire doit avoir un caractère dynamique, et non statique. Il doit continuellement être redéfini, dans les limites qu'impose cependant le principe de sécurité juridique¹⁸. Cela signifie pratiquement ce qui suit pour les cantons et les communes :

- d'une part, la LAT ne laisse aux cantons que la tâche de régler la *procédure* d'établissement des plans d'affectation (art. 25 al. 1 LAT) ; le droit fédéral règle exhaustivement quand et à quelles conditions une commune ou un canton est contraint d'adapter

¹³ Cf. Décret du Grand Conseil concernant la recevabilité matérielle de l'initiative populaire cantonale « Avenir des crêtes : au peuple de décider ! » du 22 février 2011, in : Feuille officielle numéro 10, du 11 mars 2011.

¹⁴ *Idem*. Voir aussi Eole-Info, no 23, novembre 2011, p. 3, rapportant que certains parlementaires argoviens et grisons ont proposé d'inscrire une vitesse minimale des éoliennes dans le plan directeur cantonal, et L'impartial, parution du 26 octobre 2011, relatant le lancement d'une pétition intercommunale demandant l'arrêt nocturne des éoliennes du Peuchapatte. Cf. également *infra* Rz 36.

¹⁵ Cf. le cas de l'initiative pour interdire la construction d'éoliennes à La Chaux-des-Breuleux. D'abord considérée comme non valide par le canton, qui croyait que la commune voulait l'insérer dans son règlement d'organisation, elle a été ensuite considérée comme valide pour autant qu'elle soit insérée dans le règlement communal sur les constructions (cf. article de Radio Fréquence Jura du 4 octobre 2011, consultable le 29 février 2012 sur <http://www.rfj.ch/rfj/Actualites/Regionale/20111004-Pas-besoin-de-revoter-sur-les-eoliennes-a-La-Chaux-des-Breuleux.html>).

¹⁶ Cf. entre autres Cour constitutionnelle vaudoise CCST.2010.0004 du 16 novembre 2010, consid. 3.c.bb, et ATF 1C_578/2010 du 20 décembre 2011, destiné à la publication.

¹⁷ Voir *infra* note 24.

¹⁸ Voir les arrêts sous note 19, 20 et 22.

– même contre son gré – sa planification¹⁹. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs déjà considéré qu'une initiative populaire bâloise visant à fixer une fois pour toute les zones dédiées à l'habitat et celles dédiées au commerce devait être invalidée²⁰. Le droit cantonal et communal ne peut donc pas restreindre le droit du propriétaire foncier – ou la liberté économique des promoteurs éoliens²¹ – à ce que la planification soit modifiée (ou du moins que la question de son adaptation soit examinée), si les circonstances ont changé, étant précisé que le développement de l'énergie éolienne représente assurément une circonstance nouvelle²² ;

- d'autre part, il n'est pas possible de remettre en question, d'annuler et de modifier un plan d'affectation récemment adopté lorsque les circonstances ne se sont pas modifiées de manière significative depuis l'adoption de celui-ci. Ce n'est ainsi que dans des circonstances exceptionnelles – que ne représente pas un simple changement de volonté politique, même populaire – qu'un plan récemment adopté peut être modifié, notamment par la voie de l'initiative populaire²³. Le Tribunal fédéral a pu rappeler ce principe en confirmant l'invalidation d'une initiative populaire demandant la révision du plan d'affectation du stade de la Praille adopté quelques deux ans plus tôt et celle d'une initiative communale zurichoise tendant à déclasser en zone protégée des terrains qui avaient classés une année et demie auparavant en zone à bâtir²⁴.

[Rz 15] Il faut déduire de ce qui précède deux conséquences essentielles s'agissant d'éventuelles mesures « anti-éoliennes ». A première vue, les projets cantonaux ou communaux tendant à interdire, même provisoirement, toute procédure de planification en vue de l'exploitation des vents sont inefficaces au regard du droit fédéral puisque ce dernier règle exhaustivement quand la planification doit être adaptée. Ils sont même contraires au droit fédéral dans la mesure où ils conduiraient à exclure – par principe – toute adaptation de la planification. Quant aux éventuelles initiatives (notamment

populaires) qui viseraient à empêcher la réalisation d'un parc éolien (ou d'une éolienne) juste après l'adoption de son plan d'affectation, elles contreviendraient manifestement au droit fédéral.

2. L'interdiction de construire des éoliennes isolées hors zone à bâtir

[Rz 16] Comme nous venons de le voir, exclure de manière générale la construction d'éoliennes consiste en l'interdiction d'adopter une planification qui autoriserait ces grandes hélices. Une telle règle signifiera aussi – en tout cas probablement dans l'esprit de ses initiants – qu'il est interdit d'autoriser la construction d'une éolienne isolée hors de la zone à bâtir, c'est-à-dire là où le plus souvent celles-ci devront être érigées. Le promoteur se voit ainsi confronté à une sorte de planification « négative » qui affecterait une grande partie du territoire cantonal ou communal en zone protégée, ce qui est en principe possible aux termes de l'art. 17 LAT.

[Rz 17] Néanmoins, proscrire par principe les éoliennes de cette façon n'est évidemment faisable que si l'on admet que le droit fédéral ne fixe que les conditions minimales d'octroi d'autorisation de construire hors zone à bâtir. Autrement dit, il faudrait partir de la prémisse que le droit fédéral laisse encore aux cantons, respectivement aux communes, une marge de manœuvre législative sur cette question. Pour rappel, la disposition ici topique, l'art. 24 LAT, prévoit que des éoliennes peuvent être érigées hors zone à bâtir si l'implantation y est nécessaire et si aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose.

[Rz 18] Bien que le Tribunal fédéral se soit, à mon sens, exprimé plusieurs fois en faveur de l'exhaustivité de l'art. 24 LAT²⁵, la question est restée longtemps controversée. Le Prof. Jean-François Aubert prétendait par exemple – en 2002 encore et dans un avis de droit portant précisément sur l'implantation des éoliennes au Crêt-Meuron – que le droit fédéral ne fixait qu'un minimum et que, dès lors, une protection supplémentaire de la zone agricole de droit cantonal pouvait parfaitement être maintenue²⁶. Cependant, un nouvel art. 27a LAT a été introduit depuis (en 2007). Or, cette disposition fixe désormais que « [l]a législation cantonale peut prévoir des restrictions aux art.16a, al. 2, 24b, 24c, al. 2, et 24d [LAT] », sans citer l'art. 24 LAT. Le texte clair de la disposition semble bien indiquer que la liste des autorisations exceptionnelles dont les cantons peuvent restreindre le champ d'application est exhaustive. De ce fait, il faut aujourd'hui considérer qu'il ne reste plus aucune place pour des règles cantonales et communales interdisant ou limitant impérativement l'implantation d'éoliennes au titre de l'art. 24 LAT²⁷.

¹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 1A.315/2005 du 13 mars 2008, consid. 5.2.

²⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 1P.222/1993 du 21 octobre 1993, in ZBI 1994, p. 321 ss.

²¹ A vrai dire, la jurisprudence n'aborde la problématique que sous l'angle de la garantie de la propriété. Cependant, à mon avis, cette jurisprudence s'applique aussi pour les autres droits constitutionnels dont fait partie la liberté économique. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs déjà reconnu que l'interdiction de discriminer (8 CEDH) exigeait l'adoption d'une zone destinée aux gens du voyage (ATF 129 II 321, consid. 3.2).

²² ATF 120 Ia 227 et VerwG/SG du 24 août 2010, in GVP 2010, pp. 99 ss, consid. 4.5-4.7.

²³ Cf. arrêts mentionnés sous note 24.

²⁴ ATF 128 I 190, consid. 4, et arrêt du Tribunal fédéral 1P.489/2001 du 4 décembre 2001.

²⁵ Cf. ATF 117 Ib 270, consid. 2 et jurisprudence citée.

²⁶ Le Tribunal administratif neuchâtelois évoque l'avis de droit du professeur dans son arrêt sur le Crêt-Meuron (TA.2003.110 du 31 mars 2005).

²⁷ BÜHLMANN/KISSLING, p. 16 ; JÄGER, N 10.

[Rz 19] En somme, le droit fédéral ne permet en principe pas aux cantons et aux communes de restreindre efficacement l'octroi d'autorisation de construire hors zone à bâtir en faveur d'éoliennes²⁸, sauf s'il existe une obligation de planifier (cf. *infra* Rz 25-27).

3. Le moratoire sur l'énergie éolienne en tant que zone réservée ?

[Rz 20] Dans la mesure où l'art. 27 LAT permet la création de certaines zones au sein desquelles rien ne doit être entrepris qui puisse entraver l'établissement du plan d'affectation, l'on peut se demander si un moratoire sur l'implantation d'éoliennes n'est pas permis à ce titre (zone réservée) ou, au moins, en tant que mesure matériellement similaire. Autrement dit, il convient d'analyser si le principe d'un moratoire sur les éoliennes respecte les conditions fixées à l'art. 27 LAT. Cela doit être fait même si le moratoire représente une autre mesure provisoire – de droit cantonal – puisque le régime imposé par le droit fédéral ne peut être contourné²⁹.

[Rz 21] En l'occurrence, un moratoire sur les éoliennes, tel que prévu jusqu'à présent, pose au moins deux problèmes majeurs au regard des conditions matérielles de l'art. 27 LAT : l'absence de volonté de planifier et le délai du moratoire.

- Le premier problème semble lié à la nature même des moratoires sur les éoliennes qui ne tendent, pour l'heure, qu'à empêcher l'installation d'éoliennes « en attendant de voir ce qui se passe ». Le moratoire semble être conçu comme une mesure de planification représentant une fin en soi, c'est-à-dire comme une mesure qui est certes provisoire, mais qui pourrait être renouvelée à l'infini. En effet, les moratoires sur l'éolien adoptés à ce jour ne l'ont pour l'heure jamais été dans l'optique d'élaborer, ni de réfléchir aux sites d'implantation potentiels au niveau communal ou régional ; ils sont plutôt été conçus comme une manière de « botter en touche » la question de l'énergie éolienne. Or, comme l'exprime bien l'art. 27 LAT, l'établissement d'une zone réservée suppose l'intention véritable d'adopter une nouvelle planification (*einigermassen verfestigte Planungsabsicht*), et non précisément celle de ne de ne pas en adopter³⁰.
- Le second problème se situe au niveau de la durée

du moratoire. Le droit fédéral limite en effet la durée de la zone réservée à 5 ans (cf. art. 27 LAT). Certes, les cantons peuvent permettre une prolongation de la durée de cinq ans. Toutefois, il est admis que l'autorité ne peut épuiser d'emblée la prolongation maximale de la prolongation légale autorisée par le droit cantonal. Autrement dit, il est exclu de prévoir une zone réservée pour une durée supérieure à cinq ans, une prolongation « préventive » étant illicite³¹. Or, les moratoires sur l'éolien adoptés ou proposés actuellement sont tous d'au moins dix ans.

[Rz 22] Les moratoires sur les éoliennes contreviennent ou contreviendront en conséquence la plupart du temps à l'art. 27 LAT et ne peuvent à ce titre consister en des zones réservées valables.

4. La proportionnalité de l'obligation de planifier les éoliennes

[Rz 23] Comme nous l'avons vu, il est parfois proposé de ne permettre l'implantation d'une éolienne que pour autant que celle-ci soit non seulement conforme à la planification en vigueur, mais également qu'elle soit prévue par celle-ci. Si une installation n'est pas expressément prévue par la planification, il convient alors de modifier le plan. Une telle exigence revient en somme à soumettre l'ensemble des éoliennes à l'obligation d'être prévues dans une planification spéciale.

[Rz 24] Le droit fédéral – plus précisément l'art. 2 al. 1 LAT – oblige certes les cantons ou les communes à planifier les tâches dont l'accomplissement a des effets sur l'organisation du territoire, « *die raumwirksamen Aufgaben* ». Il est bien sûr loisible aux cantons de préciser cette obligation, voire de prévoir d'autres situations où il est nécessaire de planifier. Toutefois, conformément au principe de proportionnalité, il existe un droit pour l'instigateur d'un projet de petite envergure à ce que celui-ci soit traité dans le cadre d'une procédure d'autorisation, et non dans le cadre d'une procédure de planification³².

[Rz 25] En l'occurrence, aucun problème de proportionnalité ne se pose sérieusement à l'égard de la question de l'obligation de planifier les sites d'implantation des grandes éoliennes, une telle tâche tombant assurément dans la définition de « *raumwirksame Aufgabe* ». Il est ainsi juste d'exiger l'élaboration d'un plan d'affectation (spécial) pour tout projet éolien d'une certaine importance, c'est-à-dire tout projet éolien dont la réalisation aurait des effets considérables sur l'organisation du territoire ou sur l'environnement³³. L'implantation d'un parc éolien ou d'une simple éolienne

²⁸ La création d'une zone protégée au sens de l'art. 17 LAT n'empêche ainsi pas – en soi – l'implantation de petites éoliennes, contrairement à ce qui est parfois prétendu (cf. p. ex. Recommandations OFEN/OFEV/ARE, p. 35).

²⁹ Cf. HÄNNI/WALDMANN, N 27 ad art. 27 LAT.

³⁰ Cf. HÄNNI/WALDMANN, N 13 ad art. 27 LAT. Le fait d'étendre la zone réservée à l'ensemble du territoire n'est en revanche pas en soi problématique, même s'il pourrait poser problème dans certains cas (cf. sur cette question Cour constitutionnelle vaudoise CCST.2010.0004 du 16 novembre 2010, consid. 3.c.c. et ATF 1C_578/2010 du 20 décembre 2011, destiné à la publication).

³¹ RUCH, ad art. 27 LAT, N 57 ; Cour constitutionnelle vaudoise CCST.2010.0004 du 16 novembre 2010, consid. 3.c.bb.

³² Dans le même sens, cf. HEER, p. 187.

³³ Arrêt du Tribunal fédéral 1P.555/1992 du 10 mai 1993, consid. 5 et 6 ; ATF 116 Ib 50, consid. 3.

nécessitant l'aménagement d'un équipement important en est le parfait exemple. Il est aussi possible de suspendre la procédure d'adoption du plan d'affectation jusqu'à la correction préalable du plan directeur cantonal ou jusqu'à ce qu'une fiche complémentaire au plan directeur cantonal soit élaborée³⁴. Enfin, il est probablement compatible avec la liberté économique et la garantie de la propriété d'empêcher la réalisation de l'ensemble des grands projets éoliens sur tout le territoire cantonal en attendant l'adoption d'une réglementation (loi ou plan directeur) régissant la coordination de leurs sites d'implantation³⁵.

[Rz 26] En revanche, il n'est probablement pas nécessaire de soumettre de façon générale l'installation d'une petite éolienne isolée à une modification du plan directeur cantonal, et même simplement du plan d'affectation³⁶. En effet, la procédure d'autorisation de construire est suffisante à la prise en compte de l'ensemble des intérêts en cause de même qu'à leur coordination ; de nombreuses éoliennes ont d'ailleurs déjà été autorisées après une simple procédure de permis de construire³⁷. Il est d'ailleurs intéressant de souligner à cet égard que seuls les projets éoliens d'une puissance de 5 MW (trois à cinq grandes turbines éoliennes) sont soumis à la procédure d'étude d'impact sur l'environnement (EIE) alors même que l'obligation de procéder à une EIE est un indice important pour apprécier si un projet doit être planifié³⁸. L'on rappellera enfin que la jurisprudence fédérale estime que les antennes de téléphonie mobile ne sont pas soumises de par leurs dimensions ou leurs incidences sur la planification locale et l'environnement à l'obligation de planifier, bien que leur installation exige, elle aussi, une certaine coordination³⁹ ; or il faut convenir que la problématique des antennes de téléphonie mobile est largement similaire à celle des petites éoliennes isolées.

[Rz 27] En définitive, à l'instar de ce que considèrent de nombreux plans directeurs et directives⁴⁰, les petites installations isolées doivent pouvoir être autorisées comme étant conformes à l'affectation de la zone (art. 22 LAT) ou exceptionnellement au sens de l'art. 24 LAT, sans qu'une base ne soit

nécessaire dans la planification directrice ou dans un plan d'affectation.

5. Conclusions intermédiaires

[Rz 28] Vu les considérations qui précèdent, trois constats intermédiaires s'imposent à la lumière de la LAT s'agissant de la limitation des éoliennes par des mesures de planification.

- Que cela soit sur le plan cantonal ou sur le plan communal, si l'on excepte la planification directrice cantonale sur laquelle ils ne peuvent souvent que peu influencer, les moyens d'actions sont limités pour les opposants à l'éolien. Le droit fédéral interdit en effet les initiatives populaires prônant des solutions « simples et toute faites » ou des solutions radicales « qui tranchent dans le vif »⁴¹. Les interdictions de principe et les moratoires de plus de cinq ans sur l'implantation d'éoliennes seront ainsi le plus souvent contraires au droit supérieur.
- Il n'est pas davantage possible de soumettre à procédure de planification toute implantation d'éolienne : une telle obligation de planifier ne peut concerner que les parcs éoliens et les grandes éoliennes isolées. L'installation de petites éoliennes isolées hors zone à bâtir est exclusivement régie par l'art. 24 LAT.
- Ces mesures étant contraires au droit fédéral, les initiatives populaires qui les proposent devraient en principe être invalidées. Dans tous les cas, les règles légales adoptées en ce sens devraient, à mon sens, être annulées ou considérées comme inefficaces. Il faut tout au plus considérer que les règles adoptées sont en réalité des principes directeurs pour les autorités de planification, pour autant que ces règles reposent sur des considérations objectives et qu'elles puissent être coordonnées avec les autres intérêts cantonaux et communaux⁴². Cela ne sera cependant que peu souvent le cas.

IV. Les exigences de la Loi sur l'énergie

[Rz 29] Même si, comme nous l'avons vu, les mesures cantonales et communales de limitation des éoliennes relèvent de

³⁴ Cf., dans un sens similaire, arrêt du Tribunal fédéral 1P.610/1998 du 10 juin 1999, consid. 5d, relatif aux centres commerciaux.

³⁵ Cf. dans un sens similaire, ATF 102 Ia 104, consid. 6a, également relatif aux centres commerciaux.

³⁶ Sur la nécessité de planifier en général, cf. SCHMID, pp. 78 ss. Dans le même sens, Rapport OFEN, p. 9 ; Recommandations OFEN/EFEV/ARE, pp. 13 et 40.

³⁷ Cf. Recommandations OFEN/OFEV/ARE, p. 15.

³⁸ No 21.8 de l'annexe de l'*Ordonnance relative à l'étude de l'impact sur l'environnement* du 19 octobre 1988 (OEIE ; RS 814.011), Manuel EIE OFEV, p. 8, et ATF 124 II 252, consid. 3, et jurisprudence citée.

³⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 1A.62/2001 du 24 octobre 2001, consid. 6 et arrêt du Tribunal fédéral 1A.202/2004 du 3 juin 2005, consid. 3.

⁴⁰ Il semble exister une sorte de consensus pour une limite de hauteur fixée à 30 mètres. Cf., entre autres, Recommandations OFEN/OFEV/ARE, p. 40 ; Guide OACOT, p. 5 ; Plan directeur cantonal neuchâtelois, ch. 6.

⁴¹ TANQUEREL, p. 429.

⁴² Cf. entre autres MOOR, N 40 : « Enfin, on peut se demander si une réglementation d'une zone de protection excluant toute construction empêcherait par principe l'octroi d'une autorisation au sens de l'article 24 ; la réponse devrait être négative, mais la question est plutôt académique, si l'on considère que l'adoption d'un tel régime repose déjà sur une balance des intérêts concrètement engagés qui ont été correctement évalués ». C'est aussi la conclusion subsidiaire auquel arrive le Prof. Aubert dans l'avis de droit mentionné sous la note 26 ; à tout le moins, il faut selon lui accorder une attention particulière à la protection de la nature et du paysage, conformément à la volonté populaire.

l'aménagement du territoire, elles ont aussi des effets directs sur la concrétisation de la politique énergétique fédérale qui promeut, notamment au travers de la LENE, le développement des énergies renouvelables et indigènes. Il est dès lors logique de se poser la question suivante : dans quelle mesure les politiques cantonales et communales d'aménagement du territoire peuvent-elles prêter une politique fédérale, qui prévoit l'obligation de privilégier les énergies renouvelables (art. 6a LENE, cf. *infra* Rz 30-32), le régime de la RPC (art. 7a LENE, cf. *infra* Rz 33-37) et, enfin, des objectifs chiffrés ambitieux en matière de production électrique à partir d'énergie renouvelable (cf. art 1, al. 3 et 4, LENE, cf. *infra* Rz 38-41).

1. L'effet déclaratoire du privilège des énergies renouvelables

[Rz 30] L'art. 6a LENE instaure l'obligation de privilégier les techniques de production d'énergie qui sont efficaces et qui n'ont pas d'incidence sur le climat dès le moment où la sécurité de l'approvisionnement en énergie à long terme est menacée. Cette disposition n'a toutefois qu'un effet déclaratoire pour les cantons, respectivement pour les communes.

[Rz 31] En effet, l'art. 6a LENE fait simplement écho aux principes constitutionnels de développement durable et de protection de l'environnement, ainsi qu'aux articles 1, al. 2 let.d, et 3, al. 3 let. d, LAT ; pour rappel, ces derniers prévoient que les cantons et les communes doivent soutenir par les mesures d'aménagement qui leur sont attribuées les efforts en vue de garantir des sources d'approvisionnement pour le pays. Or, la portée normative de tous ces principes est considérée comme faible. Selon le Tribunal fédéral, les buts et principes de planification ne constituent que des éléments d'appréciation et des critères de décision (*Zielvorstellungen, Wertungshilfen und Entscheidungskriterien*)⁴³. L'on ne voit pas pourquoi le principe d'un aménagement assurant un approvisionnement propre et suffisant en énergie tel qu'ancré à l'art. 6a LENE aurait tout à coup, lui, plus de valeur et l'emporterait, simplement par principe, face à l'intérêt à la préservation du paysage et à une utilisation mesurée du sol. La faible portée normative de l'art. 6a LENE est d'ailleurs confortée par l'interprétation de la norme. D'une part, selon son texte clair, seules les installations « adaptées au site concerné doivent être privilégiées » ; comme nous le verrons (cf. *infra* Rz 34), cette précision tend justement à éviter que des allègements soient accordés lors de la planification des éoliennes. D'autre part, la portée normative de l'art. 6a LENE a été nuancée par les Chambres fédérales qui l'ont qualifiée de « déclaratoire »⁴⁴.

[Rz 32] En somme, l'art. 6a LENE n'interdit pas aux cantons

d'adopter des normes restrictives en matière d'implantation d'éoliennes, et ce même au sein de territoires qui se prêteront pourtant bien à l'exploitation des vents. Cette règle rappelle simplement que l'intérêt à la production d'énergie indigène et renouvelable doit obligatoirement être pris en compte par le planificateur cantonal, régional ou communal lorsqu'il décide de protéger un paysage et ainsi d'y limiter, voire d'y interdire, l'installation d'éoliennes.

2. La promotion des (petites) éoliennes par la RPC

[Rz 33] Il semblerait qu'après l'octroi d'une décision positive pour la RPC par l'Office fédéral de l'énergie (OFEN), une pression soit exercée sur les autorités de planification pour qu'elles n'empêchent pas la concrétisation de la décision fédérale⁴⁵. L'instauration de la rétribution à prix coûtant n'a toutefois pas réduit la compétence des autorités de planification ; l'octroi de RPC ne contraint aucunement les cantons et les communes d'octroyer une autorisation de construire automatique pour l'installation qui en bénéficie.

[Rz 34] En effet, si le législateur fédéral s'est résolu à encourager les projets éoliens par la RPC, il n'a voulu soutenir que les installations « adaptées au site concerné » selon les termes mêmes de l'art. 7a al. 1 LENE. Cette précision a été introduite par les Chambres fédérales pour rappeler que le régime fédéral de promotion de l'énergie éolienne n'est destiné qu'aux aérogénérateurs dont l'érection est en accord avec les autres règles juridiques topiques ; on pensera notamment aux règles d'aménagement du territoire et de protection du paysage⁴⁶. Par ce renvoi aux exigences relatives à l'aménagement du territoire et à la protection du paysage, la LENE évite sagement les conflits de principe avec les ordres juridiques cantonaux et communaux. Une décision positive pour la RPC signifie ainsi uniquement qu'un projet satisfait à toutes les conditions donnant droit à la RPC. Il n'est pas moins nécessaire que le projet respecte les normes relatives à l'environnement, à l'aménagement du territoire et à la construction et soit au bénéfice des autorisations (de construction) correspondantes⁴⁷. Ce cloisonnement de la RPC est aujourd'hui expressément rappelé à l'art. 3g al. 3 OENE, lequel prévoit que la décision sur la RPC « n'a aucun effet préjudiciel sur les procédures d'autorisation et d'octroi de concession nécessaires pour le projet » et qu'en plus « [c]et élément doit être précisé dans la décision »⁴⁸.

⁴⁵ Rapport explicatif CF, p. 6.

⁴⁶ Lauri, initiateur de la modification, BO CE 2006, p. 879: « Hier geht es in erster Linie um Fragen wie Windgeschwindigkeit, Windmengen und Strömungsdauer im Jahresverlauf sowie andere entsprechende, eben technische Fragen. Andererseits verweist er auch auf die Eignung im Sinne der Güterabwägung mit den bestehenden landschaftsschützerischen Kriterien ».

⁴⁷ Rapport explicatif CF, p. 6.

⁴⁸ Nouvelle teneur selon le ch. I de l'Ordonnance fédérale du 17 août 2011, en vigueur depuis le 1er octobre 2011 (RO 2011 4067).

⁴³ ATF 115 Ia 350, consid. 3d. Pour plus de détails, cf. WALDMANN/HÄNNI, pp. 71 ss.

⁴⁴ BO CE 2006, pp. 875-877, spec. M. Schmid-Sutter, rapporteur de la commission, BO CE 2006 p. 875.

[Rz 35] Néanmoins, il ressort de la LEne que le législateur désire augmenter le nombre d'éoliennes en général, qu'elles soient petites ou grandes, très productives ou moins productives. En effet, même les toutes petites éoliennes profitent de la RPC, peu importe qu'elles produisent moins d'énergie que celle qui a été nécessaire pour la construire (concept d'énergie grise), c'est-à-dire qu'elles ne présentent pas forcément un bilan écologique positif, ou peu importe qu'elles ne soient pas rentables économiquement, c'est-à-dire qu'il ne soit pas possible d'amortir l'investissement effectué⁴⁹. L'idée est bien qu'il n'appartient pas aux autorités d'examiner la rentabilité de telles installations, mais avant tout aux investisseurs et aux exploitants. En fait, le choix du législateur de ne fixer aucune condition minimale d'efficacité est simplement conforme à l'autre objectif de la LEne que celui de la protection de l'environnement, en l'occurrence celui d'encourager tous les investissements privés destinés à la production d'énergie indigène et décentralisée, lesquels sont censés réduire la forte dépendance de la Suisse envers l'étranger et les énergies fossiles⁵⁰. Comme l'a déjà constaté le Tribunal cantonal jurassien, la tendance souhaitée consiste en quelque sorte en « la multiplication des sources, même si certaines d'entre elles produisent des quantités d'énergie finalement assez mesurées »⁵¹. A cela s'ajoute enfin que les petites éoliennes sont tout à fait appropriées à certains sites et dans certaines circonstances, par exemple dans des sites difficilement accessibles (p. ex. cabanes de montagne)⁵². On peut donc soutenir que la RPC a tout de même un effet indirect sur les compétences cantonales et communales en matière de planification éolienne⁵³ ; concrètement, le système de la RPC réduit probablement la marge de manœuvre des cantons et des communes en ce sens qu'il leur est désormais impossible d'interdire – par principe – les petites éoliennes, puisque le droit fédéral les promeut⁵⁴.

[Rz 36] En conséquence, même si la question de l'efficacité énergétique de l'installation est bien entendu un élément à prendre en compte lors de la pesée des intérêts qui doit guider tout acte de planification⁵⁵, il est douteux que l'on puisse

interdire – par principe – les éoliennes de moins de 30 mètres de hauteur totale, de même que celles dont l'exploitation ne compenserait pas l'énergie grise consommée et celles qui n'atteindraient pas une production d'énergie minimale⁵⁶ ; les directives et les plans directeurs qui prévoient de telles règles⁵⁷ sont ainsi probablement contraires au droit fédéral. Il en va de même de la proposition, lancée dans les milieux de défense du paysage, de refuser ou d'exclure toutes installations isolées à moins qu'elles ne servent que l'approvisionnement décentralisé en électricité⁵⁸.

[Rz 37] Au surplus, de telles règles relèvent quoi qu'il en soit plus de la politique énergétique du canton que de son aménagement territorial. A ce titre, à supposer qu'elles ne soient pas contraires en soi à la LEne, elles devraient au moins être inscrites dans une loi, en l'occurrence les lois cantonales sur l'énergie, et non dans un plan directeur ou dans une directive⁵⁹.

3. Le potentiel normatif des objectifs de la LEne

[Rz 38] Pour rappel, l'objectif fédéral qui a été fixé à l'art. 1 al. 3 et 4 LEne est d'accroître la production annuelle moyenne d'électricité à partir d'énergies renouvelables d'au moins 5400 GWh d'ici 2030 par rapport à 2000 ; cela signifie notamment que la proportion actuelle doit être augmentée dès à présent de quelque 75%⁶⁰. L'on peut dès lors se demander si les politiques restrictives en matière de planification d'éolienne ne sont dorénavant pas proscrites afin de ne pas mettre en péril cet objectif fédéral.

[Rz 39] A titre préliminaire, il faut reconnaître souligner que

et transports) » paraît plus juste que ce que propose le Concept éolien du canton de Fribourg (voir p. 5, « le canton demande que le maître d'ouvrage démontre (...) que son installation peut effectivement fonctionner à pleine puissance pendant au moins 1'000 heures par année, soit une production de 1'000 kWh/an par kW installé »).

⁴⁹ Cf. *supra* N 7.

⁵⁰ HETTLICH/WALTHER, p. 146.

⁵¹ TC/JU ADM 72/2010 du 16 décembre 2010, consid. 9.3.

⁵² Recommandations OFEN/OFEV/ARE, p. 40.

⁵³ Il est reconnu que la compétence fédérale en matière d'énergie renouvelable – bien que limitée aux principes – permet d'adopter certaines prescriptions destinées à éviter les entraves même indirectes à l'utilisation des énergies renouvelables et indigènes et à faciliter leur développement (cf. JAGMETTI, N 37 ad art. 24octies Cst).

⁵⁴ L'art. 3 *abis* OEn, lequel commande à l'OFEN de fixer dans des recommandations les critères permettant d'apprécier si un site est adapté conformément à l'art. 7a, al. 1 LEne pour l'énergie éolienne, reflète à mon sens bien le fait que la RPC a malgré tout un impact sur la marge de manœuvre des autorités de planification.

⁵⁵ A cet égard le plan directeur cantonal fribourgeois qui prévoit qu'il faut « prendre en compte le bilan énergétique pour toute la durée de vie de l'installation en tenant compte de l'énergie grise (construction

⁵⁶ A relever que les Recommandations OFEN/OFEV/ARE (p. 41) ne mentionnent même pas le critère de productivité.

⁵⁷ Cf. notamment la règle du Guide SDT fribourgeois (p. 12) qui prévoit que « la demande d'autorisation doit démontrer que l'éolienne projetée peut fonctionner à puissance normale équivalente plus de 500 heures par année, soit produire plus de 500 kWh par kW installé » pour compenser l'énergie grise et la règle du plan directeur cantonal neuchâtelois prévoyant une règle similaire encore plus sévère (1000 kWh par kW installé) et celle, mais à juste titre plus nuancée, du plan directeur cantonal soleurois (« *Auf den Bau von Kleinanlagen ist aus Gründen der Effizienz, der Wirtschaftlichkeit und des Landschaftsbildes grundsätzlich zu verzichten* »).

⁵⁸ SL-FP, Directives, p. 3. Voir, pour une solution plus nuancée mais également discutable, la Mesure C_21 « Promouvoir les installations de production d'énergie éolienne » du plan directeur cantonal bernois : « Les installations de plus petite taille, dont la hauteur n'excède pas 30 m, ne sont admissibles que dans la mesure où elles sont principalement destinées à l'autoapprovisionnement ».

⁵⁹ RUCH 2011, p. 371.

⁶⁰ HETTLICH/WALTHER, p. 146.

les objectifs chiffrés en matière de production électrique à partir d'agents renouvelables ne doivent pas être respectés strictement par les cantons, étant précisé que la LEné ne fixe d'ailleurs aucun objectif propre pour chaque canton (p. ex. selon une clef de répartition). Par ailleurs, les cantons étant largement compétents en matière de politique énergétique, ils resteraient quoi qu'il en soit libres de choisir les moyens qu'ils entendent mettre en œuvre afin d'augmenter la part de production électrique des énergies renouvelables⁶¹. Les cantons pourraient notamment choisir de mettre l'accent sur d'autres énergies renouvelables pour atteindre les objectifs fixés par la Confédération. Les objectifs fédéraux ont donc une portée normative réduite pour les cantons, respectivement pour les communes. Cette portée normative réduite a d'ailleurs été mise en exergue durant les débats parlementaires relatifs à l'adoption de la LEné⁶².

[Rz 40] Toutefois, même si les objectifs de la LEné ne contraignent pas forcément les cantons et les communes à encourager au mieux l'implantation d'éoliennes, ces derniers sont tout de même tenus de veiller à ce que leurs planifications ne mettent pas d'emblée en péril les objectifs ambitieux ancrés dans la LEné, lesquels ne peuvent être atteints, selon l'économie de la loi, qu'en développant l'énergie éolienne. Cette conclusion est particulièrement d'actualité pour certains cantons de l'arc jurassien (p. ex. Neuchâtel, Jura, Soleure) qui ne peuvent contribuer de manière significative à l'effort fédéral qu'en promouvant l'énergie éolienne. Une planification cantonale ou communale qui mettrait en péril les objectifs fédéraux est assurément inadmissible. Selon une logique comparable, le Tribunal fédéral a déjà reconnu qu'une réglementation communale qui interdisait l'installation d'antennes de téléphonie mobile sur une grande partie du territoire communal, sans empêcher une couverture de réseau suffisante, était nulle, simplement parce qu'elle était contraire à l'objectif de la *Loi fédérale sur les télécommunications* du 30 avril 1997 (LTC ; RS 784.10), qui est d'assurer un service de communication universel, sûr et d'un prix abordable pour la population⁶³.

[Rz 41] S'il faut concéder qu'il est difficile de déterminer précisément les exigences qu'impose la LEné aux cantons, respectivement aux communes, on peut tout de même déduire certains principes de planification qui pourraient être applicables en Suisse de la jurisprudence allemande, laquelle est déjà très développée dans le domaine de la planification éolienne et est déjà intégrée à certains rapports officiels fédéraux ou cantonaux⁶⁴. S'inspirer des solutions retenues

en Allemagne paraît en effet raisonnable, puisque cet Etat fédéral connaît un régime similaire de promotion de l'énergie renouvelable et des éoliennes en particulier⁶⁵. La répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les *Länder* allemands de même que la conception de l'aménagement du territoire dans ce pays présentent de surcroît de larges similitudes avec la Suisse.

[Rz 42] Voici quelques-uns des principes qui devraient être applicables en Suisse, à l'instar de ce qui prévaut chez notre voisin :

- les autorités de planification ne sont pas tenues de favoriser au mieux l'implantation d'éoliennes sur leur territoire⁶⁶. Un refus d'autorisation ou de planification spéciale n'est pas contraire en lui-même au droit fédéral du simple fait qu'une admission plus large des éoliennes permettrait d'atteindre plus rapidement les objectifs fixés par le droit fédéral⁶⁷ ;
- la conformité au droit fédéral d'une planification ou d'une réglementation qui empêche l'installation d'aérogénérateurs sur une grande partie du territoire (cantonal ou communal) concerné est toutefois suspecte. Il en va également d'une planification qui ne permettrait l'implantation d'éoliennes que sur des sites aux conditions de vents médiocres (planification *alibi*)⁶⁸ ;
- en somme, après retranchement des sites qui ne se prêtent pas à l'exploitation des vents d'un point de vue technique (sites peu venteux) ou d'un point de vue juridique (sites protégés par le droit fédéral [IFP, ISOS ou marais]), la planification doit prévoir qu'une partie *importante* des sites adaptés au développement de l'énergie éolienne peut être destinée à l'implantation d'aérogénérateurs⁶⁹. Il n'est ainsi pas possible

⁶⁵ Voir HARTMANN.

⁶⁶ Cf., entre autres, l'arrêt du *Bundesverwaltungsgericht* (4 CN 2.07) du 24 janvier 2008, consid. II.1 : « *Der Planungsträger ist (...) im Hinblick auf die gebotene Förderung der Windenergienutzung nicht gehalten, der Windenergie «bestmöglich» Rechnung zu tragen* ».

⁶⁷ Cf., entre autres, l'arrêt du *Bundesverwaltungsgericht* (4 C 4.02) du 13 mars 2003, 2e *Leitsatz* : « *Die Standortplanung von Windenergieanlagen ist nicht schon deshalb abwägungsfehlerhaft, weil bei einer grosszügigeren Ausweisung von Standorten völker- oder europarechtliche Klimaschutzziele schneller zu erreichen wären* ».

⁶⁸ Cf., entre autres, l'arrêt du *Bundesverwaltungsgericht* (4 C 15.01) du 17 décembre 2002, 3e *Leitsatz* : « *Der Gemeinde ist es verwehrt, durch die Darstellung von Flächen, die für die vorgesehene Nutzung objektiv ungeeignet sind oder sich in einer Alibifunktion erschöpfen, Vorhaben im Sinne von § 35 Abs.1 Nrn. 2 bis 6 BauGB (hier: Windkraftanlagen) unter dem Deckmantel der Steuerung in Wahrheit zu verhindern* ».

⁶⁹ Cf., entre autres, l'arrêt de l'*Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg* (2 A 2.09) du 24 février 2011, consid. 2.c.ée : « *[D]ie Beantwortung der Frage, ob der Flächennutzungsplan ein hinreichendes Flächenpotenzial für die Windenergienutzung gewährleistet und der Windenergie damit «substanziell» Raum verschafft, [kann] letztlich nur an das Verhältnis zwischen der Größe der im Flächennutzungsplan dargestellten Konzentrationsflächen*

⁶¹ JAGMETTI, 2005, N 7105 ; ATF 132 II 408, consid. 4.5.1 et TC/JU ADM 72/2010 du 16 décembre 2010, consid. 7.2.

⁶² Christen, rapporteur de la commission parlementaire, BO CE 2006 p. 870 : « *Eindeutig ist aber, dass solche Zielbestimmungen einen geringen normativen Gehalt haben* ».

⁶³ Cf., entre autres, ATF 133 II 353, consid. 4.2. ; Art. 1 al. 2 let. a LTC.

⁶⁴ Cf. p. ex. Rapport OFEN 2008, pp. 66-69.

d'effectuer une planification négative uniquement. La fixation d'un pourcentage du territoire devant être dédié à l'énergie éolienne n'est toutefois pas possible de manière abstraite et générale⁷⁰.

- en conséquence, pour autant que d'autres zones soient, elles, dédiées à l'énergie éolienne, seul un plan directeur cantonal ou un régional peut exclure – par principe – l'implantation de grandes éoliennes sur tout le territoire d'une ou plusieurs communes⁷¹.

4. Conclusions intermédiaires

[Rz 43] En somme, il faut convenir que les autorités cantonales, respectivement communales disposent toujours d'une grande marge de manœuvre s'agissant de la planification des éoliennes, ce malgré la promotion fédérale de l'énergie éolienne ; il est tout à fait concevable qu'elles adoptent une planification restrictive en la matière. Toutefois, vu les considérations qui précèdent à la lumière de la LEn, il convient d'apporter trois tempéraments à cette règle de base :

- premièrement, les cantons doivent malgré tout prévoir une place suffisante pour le développement de l'énergie éolienne. Ce principe n'a d'implications pratiques que pour les cantons au fort potentiel éolien, qui sont ainsi contraints de procéder à une planification positive dans ce domaine et qui ne peuvent donc se contenter de procéder à une planification négative ;
- Quant aux communes, si elles ne s'inscrivent pas au sein d'un site qu'il faut absolument protéger au niveau national (ISOS, IFP, marais), elles ne peuvent exclure – d'elles-mêmes et par principe – les éoliennes sur leur territoire. Une telle exclusion n'est efficace au regard du droit fédéral que pour autant qu'elle ait été planifiée à un niveau supracommunal et qu'un espace suffisant pour le développement de l'énergie éolienne ait été prévu ailleurs par une planification effectuée de manière supracommunale ou régionale.
- les autorités de planification ne peuvent valablement interdire aucune forme d'éolienne, puisque le législateur a décidé de promouvoir la production d'énergie éolienne sous toutes ses formes. A supposer qu'il soit possible de le faire, il conviendrait de toute manière qu'une telle interdiction (totale ou partielle) soit inscrite dans la loi cantonale sur l'énergie plutôt que dans le plan directeur cantonal.

und der Größe derjenigen Potentialflächen anknüpfen, die sich nach Abzug der «harten» Tabuzonen, d.h. derjenigen Flächen ergeben, auf denen die Windenergienutzung tatsächlich oder rechtlich ausgeschlossen ist. »

⁷⁰ Cf. *ibidem*.

⁷¹ Cf., entre autres, l'arrêt du *Bundesverwaltungsgericht* (4 C 4.02) du 13 mars 2003, 5e *Leitsatz*: « *Dem Träger der Regionalplanung ist es nicht verwehrt, die Windenergienutzung im gesamten Aussenbereich einzelner Gemeinden auszuschliessen. »*

V. Conclusions

[Rz 44] S'agissant de la question générale de la limitation des éoliennes, il faut distinguer le problème des petites éoliennes isolées de celui des grandes éoliennes et des parcs éoliens.

[Rz 45] Tout d'abord, hors zone à bâtir, la limitation des petites éoliennes isolées ne peut être réalisée qu'au cas par cas, dans le cadre de la procédure d'autorisation de construire ; il est impossible d'interdire, par principe et par des mesures de planification, les petites éoliennes, même peu productives. Tout au plus, la planification directrice peut-elle fixer certains principes que doivent respecter les autorités compétentes lorsqu'elles examinent la conformité de l'installation à la zone agricole ou la possibilité d'octroyer une dérogation ; elle peut notamment délimiter quelques zones où l'installation d'éoliennes – même petites et isolées – devrait être évitée ou certains principes d'implantation (examen des variantes, coordination de planification avec d'autres éoliennes, etc.).

[Rz 46] Ensuite, vu le cadre juridique fixé par la LAT qui limite, entre autres, les initiatives populaires en matière d'aménagement, il appartient essentiellement à la planification directrice cantonale de déterminer quels sont les sites au sein desquels l'implantation d'un parc éolien et de grandes éoliennes isolées est permise ou proscrite. Ce faisant, même si les autorités cantonales compétentes jouissent d'une large autonomie, la LEn les contraint tout de même de réserver un espace important au développement de l'énergie éolienne, notamment par une planification positive.

[Rz 47] Si un plan directeur cantonal réserve un espace insuffisant à l'énergie éolienne ou empêche de manière trop importante le développement de celle-ci, il ne doit pas être approuvé par le Conseil fédéral, lequel pourrait déjà exiger que le canton procède à une planification positive en matière d'énergie éolienne. La récente motion acceptée par le Conseil national n'apporte, sur ce point, rien de nouveau, sauf peut-être contraindre le Conseil fédéral à exercer un contrôle qu'il n'exerce aujourd'hui qu'avec retenue. Les autorités judiciaires seront, elles aussi, vraisemblablement amenées à contrôler, mais de manière préjudicielle uniquement, que la planification directrice réserve un espace suffisant à l'énergie éolienne ; cela pourrait notamment être le cas si le refus d'adopter un plan d'affectation spécial – qu'il soit prononcé par une autorité cantonale ou par une autorité communale – se fonde sur une planification directrice cantonale extrêmement restrictive ou si le canton refuse d'approuver un plan d'affectation au motif que le site d'implantation ne fait pas partie des très rares sites prévus par le plan directeur.

[Rz 48] On regrettera enfin que le plan directeur cantonal soit un instrument qui, d'un point de vue fonctionnel, présente parfois un certain déficit de légitimité auprès de la population, et ce spécialement en matière de valorisation de l'énergie éolienne ; les régions concernées par l'éolien ne sont la plupart du temps que peu représentées au sein l'organe d'élaboration et d'adoption de la planification directrice cantonale. A cela

s'ajoute que, comme nous l'avons vu, les diverses mesures limitatives adoptées par les régions concernées n'ont le plus souvent aucune véritable efficacité juridique, voire aucune validité. Il n'est ainsi pas étonnant que certaines personnes aient la désagréable impression que, non seulement, on leur impose des éoliennes de même que leur emplacement, mais qu'en plus, leur volonté politique est négligée. Afin de pallier ce déficit de légitimité, redonner une certaine autonomie aux communes et, ainsi, améliorer l'acceptation de l'énergie éolienne, il convient plus que jamais d'encourager l'élaboration de plans directeurs intercommunaux ou régionaux⁷². Les plans directeurs cantonaux devraient dans ce cadre non seulement accorder une marge de manœuvre importante aux régions – tout en s'assurant qu'un espace suffisant soit réservé à l'énergie éolienne – mais, surtout, être adaptés au plan directeur régional, selon le principe de « contre-courant ». Si de tels plans régionaux existent pour le Jura bernois et l'Emmental, il n'existe pour l'heure aucune planification régionale pour les Franches-montagnes, pour les montagnes neuchâteloises et pour le Jura vaudois.

Quelques plans directeurs cantonaux et régionaux

- PLAN DIRECTEUR CANTONAL FRIBOURGEOIS, Fiche 19 (Energie), adoptée le 3 mai 2011.
- PLAN DIRECTEUR CANTONAL JURASSIEN, Fiche 5.06 (Energie éolienne), adoptée le 23 mai 2005.
- PLAN DIRECTEUR CANTONAL NEUCHÂTELOIS, Fiche E_04 (Valoriser le potentiel de l'énergie éolienne), adoptée en juin 2011.
- PLAN DIRECTEUR CANTONAL SOLEUROIS, Chapitre 2.6 (Windenergie/Gebiete für Windparks), adopté le 18 août 2009.
- PLAN DIRECTEUR CANTONAL VAUDOIS, Fiche F51 (Ressources énergétiques et consommation rationnelle de l'énergie), adoptée le 24 novembre 2010.
- PLAN DIRECTEUR RÉGIONAL BERNOIS, Parcs éoliens dans le Jura bernois, approuvé en décembre 2008.
- PLAN DIRECTEUR RÉGIONAL BERNOIS, Regionale Richtplanung für Windkraftanlagen für die Regionen Emmental, Oberaargau und die Gemeinden Bolligen, Vechigen und Worb der Regionalkonferenz Bern-Mittelland, approuvé en janvier 2011.

Documents officiels

- CONSEIL D'ÉTAT NEUCHÂTELOIS, Rapport au Grand Conseil à l'appui d'un projet de décret concernant la recevabilité matérielle de l'initiative populaire cantonale

«Avenir des crêtes: au peuple de décider!» (11.005), du 19 janvier 2011.

- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la loi sur l'énergie (LEne), du 21 août 1996, FF 1996, p. 1012 ss.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité, du 3 décembre 2004, FF 2005, p. 1493 ss.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif – Révision de l'ordonnance sur l'énergie (OEne): attestation d'origine, rétribution du courant injecté à prix coûtant (RPC), appels d'offres publics et contributions globales – Révision de l'ordonnance du DETEC sur l'attestation du type de production et de l'origine de l'électricité, du 10 février 2011.
- OFFICE DES AFFAIRES COMMUNALES ET DE L'ORGANISATION DU TERRITOIRE DU CANTON DE BERNE (OACOT), Guide «Installations permettant d'exploiter l'énergie éolienne», Bern 2011.
- OFFICE FÉDÉRAL DE L'ÉNERGIE (OFEN), Eoliennes en Suisse – Bases de planification pour l'aménagement du territoire et effets – Rapport de base, élaboré par OTT WALTER, KAUFMANN YVONNE, STEINER PIA, GILGEN KURT, SARTORIS ALMA, Bern 2008.
- OFFICE FÉDÉRAL DE L'ÉNERGIE (OFEN), Directive relative à la rétribution du courant injecté à prix coûtant (RPC) – Art. 7a LEne – Energie éolienne (appendice 1.3 OEne), du 11 octobre 2011.
- OFFICE FÉDÉRAL DE L'ÉNERGIE (OFEN), OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV), OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL (ARE), Recommandations pour la planification d'installations éoliennes – Utilisation des instruments de l'aménagement du territoire et critères de sélection des sites, élaborées par GILGEN KURT, SARTORIS ALMA, LEUZINGER YVES, CONTESSE EMMANUEL, Bern 2011.
- OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV), Manuel EIE – Directive de la Confédération sur l'étude de l'impact sur l'environnement (art. 10b, al. 2, LPE et art. 10, al. 1, OEIE), Bern 2009.
- SERVICE DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL DU CANTON DE VAUD (SDT), Guide de procédures concernant les installations individuelles d'énergies renouvelables, Tiré à part sur les éoliennes individuelles, élaboré par Honsberger Pierre, Epalinges 2010.
- SERVICE DES TRANSPORTS ET DE L'ÉNERGIE DU CANTON DE FRIBOURG (STE), Concept éolien du canton de Fribourg, Rapport final, Fribourg 2008.

⁷² Voir dans le même sens les Recommandations OFEN/OFEV/ARE, p. 27 et 34, et le Guide OACOT, p. 4 et 7.

Doctrine

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich/Basel/Genève 2003.
- BÜHLMANN LUKAS, KISSLING SAMUEL, Production d'énergie à partir de biomasse, in : Territoire et Environnement 2010/4, p. 1-19.
- HÄNNI PETER, WALDMANN BERNHARD, Raumplanungsgesetz, Bern 2006.
- HARTMANN DIRK, Strom aus erneuerbaren Energien im europäischen Recht : unter Bezugnahme auf internationale Entwicklungen und das Schweizer Recht, Zürich 2011
- HETTLICH PETER, WALTHER SIMONE, Rechtsfragen um die kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) für Elektrizität aus erneuerbaren Energien, in : ZBI 2011, p. 143-171.
- JÄGER CHRISTOPH, art. 27a LAT, in : AEMISEGGER HEINZ, KUTTLER ALFRED, MOOR PIERRE, RUCH ALEXANDER (éditeurs), Commentaire de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Zürich 2009.
- JAGMETTI RICARDO, Art. 24 octies Cst., in : AUBERT JEAN-FRANÇOIS / EICHENBERGER KURT / MÜLLER JÖRG PAUL / RHINOW RENÉ A. / SCHINDLER DIETRICH, Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse, Basel/Zürich/Bern 1996.
- JAGMETTI RICARDO, Energierecht, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, tome VII, Basel 2005.
- JEANNERAT ELOI, Les éoliennes entre ordre constitutionnel économique, aménagement du territoire et protection du paysage, Travail de Master, Luzern 2008, consulté le 29 février 2012 sur www.vlp-aspam.ch/de/papers/paper.php?id=56.
- MOOR PIERRE, art. 17 LAT, in : AEMISEGGER HEINZ, KUTTLER ALFRED, MOOR PIERRE, RUCH ALEXANDER (éditeurs), Commentaire de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Zürich 1999.
- RUCH ALEXANDER, art. 27 LAT, in : AEMISEGGER HEINZ, KUTTLER ALFRED, MOOR PIERRE, RUCH ALEXANDER (éditeurs), Commentaire de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Zürich 1999.
- RUCH ALEXANDER, Richtplan und Gesetz : Beispiel der Grenzziehung aus den Kantonen Neuenburg und Wallis, in : MAHON PASCAL, NGUYEN MINH SON (éditeurs), L'activité et l'espace : droit du sport et aménagement du territoire : mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, Basel 2011, p. 361-373.
- SCHMID GIAN, Projektbezogene Nutzungsplanung im Gebiet außerhalb der Bauzonen, Thèse, Zürich 2001.

- TANQUEREL THIERRY, Pelouse, salades et logement – L'initiative populaire en matière d'aménagement du territoire à Genève, in : MAHON PASCAL, NGUYEN MINH SON (éditeurs), L'activité et l'espace : droit du sport et aménagement du territoire : mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, Basel 2011, p. 419-432.

Autres

- FONDATION SUISSE POUR LA PROTECTION ET L'AMÉNAGEMENT DU PAYSAGE (SL-FP), Directives pour l'implantation d'éoliennes, Bern 2011; consultable sur www.sl-fp.ch.
- HAAB MÉLANIE, La fronde des villages contre les éoliennes, in : Migros Magazine du 5 décembre 2011.
- L'IMPARTIAL, Coup d'assommoir sur les éoliennes, parution du 13 juillet 2002.

Eloi Jeannerat est titulaire d'un master en droit de l'Université de Lucerne et d'un brevet d'avocat fribourgeois. Ancien collaborateur juridique au sein du secrétariat de l'Association suisse pour l'aménagement national (VLP-ASPAN) à Berne, il est actuellement assistant-doctorant à la chaire de droit constitutionnel de l'Université de Neuchâtel et prépare une thèse sur le défi démocratique que représentent les réformes institutionnelles et territoriales en Suisse.

Un remerciement particulier est adressé au Prof. Christine Guy-Ecabert pour sa disponibilité ainsi que pour ses remarques et corrections constructives et pertinentes, lesquelles ont grandement servi à l'élaboration de ce texte.

* * *