Droit public

Les éoliennes

entre

ordre constitutionnel économique, aménagement du territoire et protection du paysage

Travail de Master

© Suisse-éole

Auteur : Eloi Jeannerat
03-502-366

Directeur : Prof. Dr. Paul Richli

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Universität Luzern

Juin 2008

TABLE DES MATIERES

Bibliographie *IV*

Table des abréviations *X*

INTRODUCTION **1**

1. Contexte de l'implantation d'éoliennes **3**

1.1. L'approvisionnement suisse en énergie ***3***

1.1.1. L'approvisionnement actuel en énergie 3

1.1.2. Perspectives de l'approvisionnement suisse en énergie 4

1.1.3. Le potentiel de l'énergie éolienne en Suisse 6

1.2. Le contexte constitutionnel et légal de l'énergie éolienne ***8***

1.2.1. Les buts et principes divergents de l'activité étatique 8

1.2.2. Une répartition complexe des compétences 10

1.2.3. La promotion fédérale de l'énergie éolienne 12

2. L'implantation d'éoliennes protégée par la liberté économique **15**

2.1. La liberté économique et sa limitation… ***15***

2.1.1. La liberté économique 15

2.1.2. Les conditions à sa limitation 17

2.1.3. La jurisprudence en matière d'aménagement du territoire 18

2.2. …en matière d'implantation d'éoliennes ***20***

2.2.1. La liberté économique d'installer des éoliennes 20

2.2.2. Les conditions à l'implantation d'éoliennes 22

a) La nécessité d'adapter la planification ou d'y déroger *22*
b) La pesée des intérêts comme unique condition *23*
c) Obligation d'adapter la planification *24*

2.2.3. La pesée des intérêts 25

a) Examen au cas par cas *25*
b) Intérêt à une utilisation mesurée du sol *26*
c) Intérêt à la protection du paysage *27*
d) Intérêt à la production d'énergies renouvelables *29*

2.2.4. Respect du principe de la liberté économique et égalité entre concurrents 29

2.3. Problèmes ***31***

2.3.1. Insécurité juridique 31

2.3.2. Difficulté d'apprécier l'intérêt à la protection du paysage 31

3. L'implantation d'éoliennes commme tâche ou intérêt fédéral **34**

3.1. Exigences du droit fédéral ***34***

3.1.1. Selon le droit de l'aménagement du territoire 34

3.1.2. Selon le droit de l'énergie 36

a) Généralités *36*
b) Absence de portée normative directe *36*
c) Interdiction d'une planification restrictive ? *38*

3.1.3. Compétence fédérale à l'adoption d'un plan sectoriel ou d'une conception 39

3.2. Qualification de l'intérêt public à l'utilisation de l'énergie eolienne ***41***

3.2.1. Un intérêt public important mais relatif 41

3.2.2. Un intérêt d'importance nationale ? 43

a) L'importance nationale justifiant une atteinte à l'ISOS ou à l'IFP *43*
b) Application de l'ISOS et de l'IFP lors de l'implantation d'éoliennes *43*
c) Une sévère admission de l'importance nationale *45*

3.3. Problèmes ***46***

3.3.1. Absence totale de hiérarchie des intérêts publics 46

3.3.2. Difficulté de déterminer l'intérêt à l'utilisation de l'énergie éolienne 47

CONCLUSION **49**

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine

- AEMISEGGER Heinz, *Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Standortgebundenheit und Standortplanung von Mobilfunkanlagen*, Dossier complémentaire au T&E 2/08. Cité: AEMISEGGER.

- ALBRECHT Sigrid, *Rechtliches Regime der Windenergie*, sur mandat de l'OFEN, Berne 2002; consultable depuis www.suisse-eole.ch. Cité: ALBRECHT.

- ASSOCIATION DES ENTREPRISES ELECTRIQUES SUISSES (AES), *Prévision 2006 sur l'approvisionnement de la Suisse en électricité jusqu'en 2035/2050*, Bulletin SEV/AES N° 12/2006. Cité: AES, *Prévision*.

- AUBERT Jean-François / MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich/Bâle/Genève 2003. Cité: AUBERT/MAHON.

- AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse, Volume I, L'Etat*, 2e édition, Berne 2006. Cité: AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*.

- AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse, Volume II, Les droits fondamentaux*, 2e édition, Berne 2006. Cité: AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*.

- BANDLI Christoph A., *Bauen außerhalb der Bauzonen (Art. 24 LAT)*, Thèse, Grüsch 1989. Cité: BANDLI.

- BINSWANGER Christoph, *Was kann und soll die Energiewende bedeuten? Energiesparen statt einer zweifelhaften Förderung erneuerbarer Energien,* NZZ, parution du 19.9.1998 N. 217-29. Cité : BINSWANGER.

- BRAND Rafael, *Die Schweiz im Aufwind*, Energie und Umwelt 4/2007, pp. 4 ss.. Cité: BRAND.

- BÜHLMANN Lukas, *Planification fédérale et planification directrice cantonale, Du principe du contre-courant en aménagement du territoire*, T&E 4/07. Cité: BÜHLMANN.

- BUSER Hans / KUNZ Stefan / HORBATY Robert, *Windkraft und Landschaftsschutz*, sur mandat de l'OFEN, Berne 1996. Cité: BUSER/KUNZ/HORBATY.

- DELLEY J.-D. / MADER L., *L'Etat face au défi énergétique*, Lausanne 1986. Cité: DELLEY/MADER.

- DROZ Yvan / MIEVILLE-OTT Valérie / SPICHIGER Rachel / FORNEY Jérémie, *Le champ du paysage; Représentations paysagères et processus de légitimation des usages sociaux du paysage de la Vue-des-Alpes au Pays-d'Enhaut*, Neuchâtel 2005. Cité: DROZ/MIEVILLE/SPICHIGER/FORNEY.

- DROZ Yvan / MIEVILLE-OTT Valérie / MONSUTTI Alessandro, *Du vent dans les pales; Expériences et perceptions des éoliennes par les habitants de la région du Mont-Crosin*, sur mandat de l'OFEN, Berne 2003; consultable depuis www.suisse-eole.ch. Cité: DROZ/MIEVILLE/MONSUTTI.

- ECKERLE Konrad, *Energieperspektiven des Bundesamtes für Energie*, in: *Energie, Wirtschaft, Nachhaltigkeit,* MEIER Ruedi / RENGGLI Martin / PREVIDOLI Pascal, éd., Coire/Zurich 1999, pp. 47 ss.. Cité: ECKERLE.

- EHRENZELLER Bernhard, *Art. 2*, in: *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, EHRENZELLER Bernhard / MASTRONARDI Philippe / SCHWEIZER Rainer J. / VALLENDER Klaus A., éd., Zurich 2002, pp. 23 ss.. Cité: EHRENZELLER.

- EMMENEGGER Jean-Louis, *Eoliennes de Crêt-Meuron, Le oui du TF*, Affaires publiques 4/2006, pp. 27 ss.. Cité: EMMENEGGER.

- FAVRE Anne-Christine, *L'examen des variantes d'un projet en droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement; Entre opportunité et légalité*, in: *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor*, BOVAY Benoît / NGUYEN Minh Son, éd., Berne 2005, pp. 687 ss.. Cité: FAVRE.

- FONDATION SUISSE POUR LA PROTECTION ET L'AMENAGEMENT DU PAYSAGE (SL-FP), *Directives pour l'implantation d'éoliennes*, Berne 2008; consultable sur www.sl-fp.ch. Cité: SL-FP, *Directives*.

- GRIFFEL Alain, *Mobilfunkanlagen zwischen Versorgungsauftrag, Raumplanung und Umweltschutz*, URP/DEP 2003 pp. 117 ss.. Cité: GRIFFEL.

- GRISEL Etienne, *Liberté économique, Libéralisme et droit économique en Suisse*, Berne 2006. Cité: GRISEL.

- GUERIN Jean-Paul, *Menschen formen Landschaft, Die alpine Natur – ein Produkt der Geschichte*, CIPRA INFO 86/2008 pp. 6 ss.. Cité: GUÉRIN.

- HÄFELIN Ulrich / HALLER Walter, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Die neue Bundesverfassung*, 6e édition largement remaniée, Zurich 2005. Cité: HÄFELIN/HALLER.

- HÄFELIN Ulrich / MÜLLER Georg / UHLMANN Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5e édition totalement remaniée, Zurich 2006. Cité: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN.

- HÄNNI Peter, *Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht*, 4e édition, Berne 2002. Cité: HÄNNI.

- HEER Peter, *Die raumplanungsrechtliche Erfassung von Bauten und Anlagen im Nichtbaugebiet, Unter besonderer Berücksichtigung von Nutzungsplan und Ausnahmebewilligung und ihrer Abgrenzung*, Thèse, Zurich 1996. Cité: HEER.

- INSTITUT FÜR RAUMENTWICKLUNG (IRAP), *Windkraftanlagen Empfehlungen zur Anwendung der Raumplanungsinstrumente, Empfehlungen zuhanden der Ersteller und Betreiber*, sur mandat de l'OFEN, Rapperswil 2007; consultable depuis www.suisse-eole.ch. Cité: IRAP, *Empfehlungen*.

- JÄGER Christoph, *Raumplanung im Dienste der Energieeffizienz, Beiträge der Raumplanung zur Abwärmenutzung, Nutzung von erneuerbaren Energien und zum Bauen nach Minergie-Standard*, Raum & Umwelt VLP-ASPAN 2006, pp. 17 ss. Cité: JÄGER.

- JAGMETTI Ricardo, *Art. 24octies*, in: *Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse*, AUBERT Jean-François / EICHENBERGER Kurt / MÜLLER Jörg Paul / RHINOW René A. / SCHINDLER Dietrich, éd., Bâle/Zurich/Berne 1996. Cité: JAGMETTI, *Art. 24octies aCst.*.

- JAGMETTI Ricardo, *Energierecht*, in : *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, tome VII, Bâle 2005. Cité: JAGMETTI, *Energierecht*.

- JEANNERAT Eloi, *Eoliennes: Le vent tourne-t-il contre la protection du paysage ?*, INFORUM 1/07, pp. 12 ss. Cité: JEANNERAT.

- KILCHENMANN Fritz, *Rechtsprobleme der Energieversorgung*, Berne 1991. Cité: KILCHENMANN.

- KOITEK Simone Maria, *Windenergieanlagen in der Raumordnung*, Frankfurt am Main 2005. Cité: KOITEK.

- KUNZ Stefan / REMUND Jan / WITTWER Dani / BUSER Hans, *Planification d'installations éoliennes, Guide pour la Suisse – bases pour une stratégie de l'utilisation de l'énergie éolienne*, sur mandat de l'OFEN, Berne 1999. Cité: KUNZ/REMUND/WITTWER/BUSER.

- KUXENKO Michael, *Umweltverträgliche Energieversorgung, Analyse eines neuen Gesetzeszwecks im Energiewirtschaftrecht*, Baden-Baden 2004. Cité: KUXENKO.

- LEIMBACHER Jörg, *Art. 6*, in : *Kommentar NHG / Commentaire LPN*, KELLER Peter M. / ZUFFEREY Jean-Baptiste / FAHRLÄNDER Karl Ludwig, Zurich 1997, pp. 205 ss.. Cité LEIMBACHER..

- LOIBL Helmut, *Windkraftanlagen*, in: *Energierecht*, RAYERMANN Marcus / LOIBL Helmut éd., Berlin 2003, pp. 283 ss. Cité: LOIBL..

- MARTI Arnold, *Planungsplicht für größere Vorhaben außerhalb der Bauzonen – wegleitende Rechtsprechung des Bundesgerichts*, ZBl 2005 pp. 353 ss.. Cité: MARTI.

- MOOR Pierre, *Art. 14,* in: Commentaire de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, AEMISEGGER Heinz / KUTTLER Alfred / MOOR Pierre / RUCH Alexander, éd., Zurich 1999. Cité: MOOR, *Art. 14 LAT*.

- MOOR Pierre, *Art. 17,* in: Commentaire de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, AEMISEGGER Heinz / KUTTLER Alfred / MOOR Pierre / RUCH Alexander, éd., Zurich 1999. Cité: MOOR, *Art. 17 LAT*.

- MÜLLER Georg / HÖSLI Peter / VOUILLOZ François, *Introduction au droit énergétique suisse*, Bâle 1997. Cité: MÜLLER / HÖSLI / VOUILLOZ.

- PILLER Bernhard, *Windkraftanlagen sind moderne Wahrzeichen der Energiewende*, Energie und Umwelt 4/2007, pp. 10 ss. Cité: PILLER.

- RAUSCH Heribert, *Umwelt und Raumplanung*, in: *Verfassungsrecht der Schweiz*, THÜRER Daniel / AUBERT Jean-François / MÜLLER Jörg P., éd., Zurich 2001, pp. 915 ss. Cité : RAUSCH.

- REEKER Martin, *Kostenentwicklung erneuerbarer Energien, Eine Erfahrungskurvenanalyse des Erneuerbare-Energie-Gesetzes*, Göttingen 2004. Cité : REEKER.

- RECHSTEINER Stefan, *Gutachten zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Errichtung einer schweizerischen Netzgesellschaft für die Übertragung von Elektrizität*, im Auftrag des BFE, Berne 2003. Cité : RECHSTEINER.

- RHINOW René A., *Art. 31*, in : *Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse*, AUBERT Jean-François / EICHENBERGER Kurt / MÜLLER Jörg Paul / RHINOW René A. / SCHINDLER Dietrich, éd., Bâle/Zurich/Berne 1996. Cité: RHINOW, *Art. 31 aCst*.

- RHINOW René A., *Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts*, Bâle 2003. Cité : RHINOW, *Grundzüge*.

- RICHLI Paul, *Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts*, *Vollständige Umarbeitung der zweiten Auflage des Buchs Wirtschaftsverfassungsrecht von Fritz Gygi und Paul Richli*, Berne 2007. Cité : RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*.

- RICHLI Paul, *Handels- und Gewerbefreiheit contra Energiepolitik ?*, ZBl 1985, pp. 1 ss. Cité: RICHLI, *Energiepolitik*.

- RICHLI Paul, *Kantonale Monopole – Die offene Flanke der Handels- und Gewerbefreiheit*, *Besprechung der Dissertation von Claude Ruey*, in: ZBL 1989 pp. 476 ss.. Cité: RICHLI, *Kantonale Monopole*.

- RICHLI Paul, *Staatsaufgaben - Grundlagen*, in : *Verfassungsrecht der Schweiz*, THÜRER Daniel / AUBERT Jean-François / MÜLLER Jörg P., éd., Zürich 2001, pp. 851 ss.. Cité: RICHLI, *Staatsaufgaben*.

- RICHLI Paul, *Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips*, ZSR 1998 II, pp. 141 ss.. Cité: RICHLI, *Subsidiaritätsprinzip*.

- ROHRER Josef, *Begriffe: Naturschutz, Landschaftsschutz, Heimatschutz, Denkmalpflege*, in : *Kommentar NHG / Commentaire LPN*, KELLER Peter M. / ZUFFEREY Jean-Baptiste / FAHRLÄNDER Karl Ludwig, Zurich 1997, pp. 3 ss. Cité : ROHRER, *Begriffe.*

- SALADIN Peter, *Art. 2 DT*, in: *Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse*, AUBERT Jean-François / EICHENBERGER Kurt / MÜLLER Jörg Paul / RHINOW René A. / SCHINDLER Dietrich, éd., Bâle/Zurich/Berne 1996. Cité: SALADIN, *Art. 2 DT aCst*.

- SALADIN Peter, *Art.3*, in: *Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse*, AUBERT Jean-François / EICHENBERGER Kurt / MÜLLER Jörg Paul / RHINOW René A. / SCHINDLER Dietrich, éd., Bâle/Zurich/Berne 1996. Cité: SALADIN, *Art. 3 aCst*.

- SCHAFFHAUSER René, *Art. 89*, in: *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, EHRENZELLER Bernhard / MASTRONARDI Philippe / SCHWEIZER Rainer J. / VALLENDER Klaus A., éd., Zurich 2002, pp. 987 ss.. Cité: SCHAFFHAUSER.

- SCHMID Gian, *Projektbezogene Nutzungsplanung im Gebiet außerhalb der Bauzonen*, Thèse, Zurich 2001. Cité: SCHMID.

- SCHUPPLI Florian / BURI Jürg, *Windenergie versus Landschaftsbild*, Energie und Umwelt 4/2007, pp. 8 ss.. Cité: SCHUPPLI/BURI.

- SEITZ Andreas / ZIMMERMANN Willi, *Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz NHG: Bundesgerichtliche Rechtsprechung 1997-2007*, URP/DEP 2008 pp. 103 ss.. Cité: SEITZ/ZIMMERMANN.

- SOGUEL Robyr / HENZ Hans-Rudolf, *La prise en compte de l'énergie éolienne dans les plans directeurs et les plans d'affectation*, sur mandat de l'OFEN, Berne 2001 consultable depuis www.suisse.eole.ch. Cité: SOGUEL/HENZ.

- SUISSE-EOLE, *A qui profitent les attaques contre l'énergie éolienne ?* éole-info 8/06. Cité : SUISSE-EOLE, *L'énergie éolienne*.

- SUISSE-EOLE, *Nouvelle ordonnance sur l'énergie : garantir la rentabilité*, éole-info 12/07. Cité : SUISSE-EOLE, *Nouvelle OEne*.

- SUISSE-EOLE, *Et maintenant ?*, éole-info 9/06. Cité : SUISSE-EOLE, *Et maintenant ?*.

- TANGERINI Alexandre / SOGUEL Nils, *Evaluation monétaire de la qualité du paysage*, Working paper de l'IDHEAP 6/2004, consultable sur www.idheap.ch. Cité: TANGERINI/SOGUEL.

- TSCHANNEN Pierre, *Art. 1,* in: Commentaire de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, AEMISEGGER Heinz / KUTTLER Alfred / MOOR Pierre / RUCH Alexander, éd., Zurich 1999. Cité: TSCHANNEN, *Art. 1 LAT*.

- TSCHANNEN Pierre, *Art. 3,* in : Commentaire de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, AEMISEGGER Heinz / KUTTLER Alfred / MOOR Pierre / RUCH Alexander, éd., Zurich 1999. Cité: TSCHANNEN, *Art. 3 LAT*.

- TSCHANNEN Pierre, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft,* 2e édition, Berne 2007. Cité: TSCHANNEN, *Staatsrecht*.

- TSCHANNEN Pierre / ZIMMERLI Ulrich, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2e édition, Berne 2005. Cité: TSCHANNEN/ZIMMERLI.

- VALLENDER Klaus A. / MORELL Reto, *Art. 73*, in: *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, EHRENZELLER Bernhard / MASTRONARDI Philippe / SCHWEIZER Rainer J. / VALLENDER Klaus A., éd., Zurich 2002, pp. 834 ss.. Cité: VALLENDER/MORELL

- WALDMANN Bernhard, *Zur Standortgebundenheit von Bauten und Anlage außerhalb der Bauzone*, in: *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor*, BOVAY Benoît / NGUYEN Minh Son, éd., Berne 2005, pp. 779 ss.. Cité: WALDMANN.

- WALDMANN Bernhard / HÄNNI Peter, *Raumplanungsgesetz*, Berne 2006. Cité: WALDMANN/HÄNNI.

- WEBER Rolf. H., *Energie und Kommunikation*, in: *Verfassungsrecht der Schweiz*, THÜRER Daniel / AUBERT Jean-François / MÜLLER Jörg P., éd., Zurich 2001, pp. 943 ss. Cité: WEBER.

- WEBER Rolf H. / KRATZ Brigitta, *Elektrizitätswirtschaftsrecht*, Bern 2005. Cité: WEBER/KRATZ.

- WELTERT Hans M., *Die Organisations- und Handlungsformen in der schweizerischen Elektrizitätsversorgung*, Basel 1989. Cité : WELTERT.

- WIDMER DREIFUSS Thomas, *Planung und Realisierung von Sportanlagen, Raumplanerische, baurechtliche und umweltrechtliche Aspekte beim Bau und der Sanierung von Sportanlagen*, Zurich/Bâle/Genève 2002. Cité: WIDMER DREIFUSS.

- WULLSCHLEGER Stephan, *Interessenabwägung im Umweltrecht*, URP/DEP 1995 pp. 75 ss.. Cité: WULLSCHLEGER.

- ZEN-RUFFINEN Piermarco / GUY-ECABERT Christine, *Aménagement du territoire, construction, expropriation*, Berne 2001. Cité: ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT.

- ZIMMERLI Ulrich, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht*, ZSR 1978 pp. 1 ss. Cité: ZIMMERLI.

- ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Aménagement du territoire et liberté économique. Quelques réflexions pour une thérapie de ce couple conflictuel*, in : *L'aménagement du territoire; Planification et enjeux*, HOTTELIER Michel / FOËX Bénédict, éd., Bâle 2001, pp. 23 ss.. Cité: ZUFFEREY, *AT et liberté économique*.

- ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Art. 2*, in : *Kommentar NHG / Commentaire LPN*, KELLER Peter M. / ZUFFEREY Jean-Baptiste / FAHRLÄNDER Karl Ludwig, Zurich 1997, pp. 144 ss.. Cité: ZUFFEREY, *Art. 2 LPN.*

Documents officiels

- CONSEIL FEDERAL, *Message concernant un article constitutionnel sur l'énergie du 7 décembre 1987*, FF 1988 I pp. 297 ss.. Cité: MCF, *article énergétique*.

- CONSEIL FEDERAL, *Message concernant la loi sur l'énergie (LEne) du 21 août 1996*, FF 1996 IV pp. 1012 ss.. Cité: MCF, *LEne*.

- CONSEIL FEDERAL, *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 pp. 1493 ss.. Cité: MCF, *Révision-LApEl*.

- CONSEIL FEDERAL, *Message relatif à la révision partielle de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 2 décembre 2005*, FF 2005 pp. 6629 ss.. Cité: MCF, *Révision partielle LAT*.

- CONSEIL FEDERAL, *Modifications de l'ordonnance sur l'énergie ; Rapport explicatif concernant le projet mis en consultation*, juin 2007; consultable depuis www.admin.ch/dokumentation. Cité: CF, *Rapport explicatif*.

- DEPARTEMENT FEDERAL DE L'ENVIRONNEMENT, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), *Rapport sur le climat ; Rapport du DETEC sur la future politique climatique suisse*, août 2007; consultable depuis www.uvek.admin.ch. Cité: DETEC, *Rapport sur le climat 2007*.

- OFFICE FEDERAL DE L'AMENAGEMENT DU TERRITOIRE (OFAT, aujourd'hui ARE), *Conceptions et plans sectoriels de la Confédération (art. 13 LAT), Caractéristiques générales de l'instrument et principes d'élaboration, d'adoption et de mise en œuvre*, Berne 1997; consultable depuis www.are.admin.ch. Cité: ARE, *Conceptions et plans sectoriels*.

- OFFICE FEDERAL DE L'ENERGIE (OFEN), *Perspectives énergétiques pour 2035, tome 1, synthèse*, janvier 2007; consultable depuis www.bfe.admin.ch. Cité: OFEN, *Perspectives énergétiques*.

- OFFICE FEDERAL DE L'ENERGIE (OFEN), *Plan d'action pour les énergies renouvelables*, septembre 2007; consultable depuis www.bfe.admin.ch. Cité: OFEN, *Plan d'action*.

- OFFICE FEDERAL DE L'ENERGIE (OFEN), *Statistique globale suisse de l'énergie*, Berne 2007; consultable depuis www.bfe.admin.ch. Cité: OFEN, *Statistique 2006.*

- OFFICE FÉDÉRAL DE L'ÉNERGIE (OFEN), *Schweizerische Statistik der erneuerbaren Energien*, Berne 2007; consultable depuis www.bfe.admin.ch. Cité: OFEN, *Statistik der erneuerbaren Energien 2006*.

- OFFICE FÉDÉRAL DE L'ÉNERGIE (OFEN), OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES FORÊTS ET DU PAYSAGE (OFEFP), OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL (ARE), *Konzept Windenergie Schweiz, Grundlagen für die Standortwahl von Windparks,* Berne Août 2004; consultable depuis www.bfe.admin.ch. Cité: OFEN/OFEFP/ARE, *Konzept Windenergie*.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

aCst	*Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*
al.	*alinéa*
app.	*appendice*
ARE	*Office fédéral du développement territorial*
art.	*article*
AT	*aménagement du territoire*
ATF	*Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse*
BFE	*cf. OFEN*
BO CE	*Bulletin officiel du Conseil des Etats*
BO CN	*Bulletin officiel du Conseil national*
AES	Association des entreprises électriques suisses
BVerwG	*Deutscher Bundesverwaltungsgericht*
CF	*Conseil fédéral suisse*
cf.	*conferre*
ch.	*Chiffre*
chap.	*chapitre*
CIPRA	*Commission internationale pour la protection des alpes*
consid.	*considérant*
Cst.	*Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)*
DFE	*Département fédéral de l'économie*
DETEC	*Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication*
DT	*disposition transitoire*
éd.	*éditeur(s)*
édit.	*édition*
EIE	*étude d'impact sur l'environnement*
etc.	*et cætera : et d'autres*
FF	*Feuille fédérale*

GW	*gigawatt*
GWh	*gigawatt par heure*
ibid.	*ibidem*
IDHEAP	*Institut de hautes études en administration publique*
IFP	*Inventaire fédéral des paysages, sites et monuments naturels d'importance nationale*
IRAP	*Institut für Raumentwicklung der Hochschule für Technik Rapperswil*
ISOS	*Inventaire fédéral des sites construits d'importance nationale à protéger*
JdT	*Journal des Tribunaux*
kW	*kilowatt*
kWh	*kilowatt par heure*
LA	*Loi fédérale sur l'aviation du 21 décembre 1948 (RS 748.0)*
LApEl	*Loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité du 23 mars 2007 (RS 734.7)*
LAT	*Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (RS 700)*
LEne	*Loi fédérale sur l'énergie du 26 juin 1998 (RS 730.0)*
LF	*Loi fédérale*
LFo	*Loi fédérale sur les forêts du 4 octobre 1991 (RS 921.0)*
LPN	*Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage du 1er juillet 1966 (RS 451)*
LTC	*Loi sur les télécommunications du 30 avril 1997 (RS 784.10)*
m	*mètre*
MCF	*Message du Conseil fédéral suisse*
MW	*mégawatt*
MWh	*mégawatt par heure*
nLEne	*Modifications de la LEne du 23 mars 2007 (FF 2007 pp. 2199 ss.)*
nOEne	*Modifications de l'OEne du 14 mars 2008 (RO 2008 pp. 1223 ss.)*
N°	*numéro de paragraphe*
N°s	*numéros de paragraphe*
NZZ	*Die Neue Zürcher Zeitung*
O	*Ordonnance fédérale*
OApEl	*Ordonnance fédérale sur l'approvisionnement en électricité du 14 mars 2008 (734.71)*
OEne	*Ordonnance fédérale sur l'énergie du 7 décembre 1998 (730.01)*

OSIA	*Ordonnance sur l'infrastructure aéronautique du 23 novembre 1994 (748.131.1)*
OFEFP	*Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage*
OFEN	*Office fédéral de l'énergie*
OPEP	*Organisation des pays exportateurs de pétrole*
p.	*page*
pp.	*pages*
PVG	*Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden*
RDAF	*Revue de droit administratif et fiscal*
RDS	*Revue de droit suisse (ZSR)*
Revue	*Revue de l'avocat*
RPC	*Rétribution à prix coûtant*
RS	*Recueil systématique du droit fédéral*
SEV	*Association pour l'électrotechnique, les technologies de l'énergie et de l'information*
ss	*et suivant(e)s*
SJ	*La Semaine judiciaire*
SL-FP	*Fondation suisse pour la protection et l'aménagement du paysage*
T&E / R&U	*Territoire et Environnement, revue bimestrielle éditée par l'ASPAN*
TJ	*téra-joule*
TF	*Tribunal fédéral*
URP / DEP	*Umweltrecht in der Praxis / Droit de l'environnement dans la pratique*
VLP-ASPAN	*Vereinigung für Landesplanung – Association suisse pour l'aménagement national*
vol.	*volume*
ZBl	*Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht*
ZGGVP	*Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug*
ZSR	*Zeitschrift für Schweizerisches Recht (RDS)*

INTRODUCTION

À l'heure où j'écris ces quelques lignes, le pétrole poursuit son inlassable renchérissement. Plus que jamais, la population prend conscience des problèmes et des opportunités futurs liés à l'approvisionnement en énergie. Tout le monde partage l'idée qu'il faut agir. Seulement, les avis divergent encore sur la manière. Faut-il importer massivement le gaz iranien ou construire de nouvelles centrales nucléaires ? Si certaines de ces questions sont encore en suspens, les Chambres fédérales se sont par contre résolues, en mars 2007, lors de la révision de la loi fédérale sur l'énergie, à promouvoir les énergies indigènes et renouvelables, notamment en favorisant les investissements privés destinés à l'exploitation de l'énergie éolienne et des autres énergies renouvelables. Sept mois auparavant, le Tribunal fédéral avait, quant à lui, déjà rendu un jugement favorable à un projet de parc éolien sur les crêtes du Jura neuchâtelois.

À chaque fois, les milieux intéressés au développement de l'exploitation des vents ont applaudi, constatant que l'on se tirerait un coup de feu dans le pied en interdisant à nos entreprises l'accès à l'énergie éolienne[1] ou en remarquant de manière pragmatique : « *Qu'elles soient moches ou pas, il nous faut les éoliennes*[2] ». D'autres ont porté un regard plus sévère sur la promotion de cette énergie dans un pays où l'eau, et non Eole, est roi[3]. Encore plus acerbes, certaines personnes s'insurgent qu' « *il n'y a – depuis longtemps – que les ignorants, les sots, les vendeurs et acheteurs d'illusions pour croire et faire croire que l'implantation d'aérogénérateurs hors des bordures maritimes a un quelconque intérêt énergétique*[4] ». Enfin, d'autres craignent simplement qu'un *boom* en matière d'implantation d'aérogénérateurs – encouragé par la promotion fédérale et l'arrêt du Tribunal fédéral – défigure nos paysages montagneux. Ces derniers se montrent perplexes à l'idée que la contribution infime du vent à l'approvisionnement suisse en électricité puisse véritablement légitimer les atteintes qu'elle fait subir au paysage[5]. Ils requièrent ainsi une planification fédérale qui serait, selon eux, urgemment nécessaire[6].

Dans un tel brouhaha d'informations et d'opinions politiques entre « écolos énergétiques » et « écolos paysagers », certaines questions juridiques sont quelques fois négligées, voire totalement ignorées. Pourtant, leurs réponses pourraient vider de leur sens bon nombre de craintes ou d'espoirs. Par exemple, est-il vrai que l'ordre juridique suisse accorde désormais une telle préséance à l'énergie éolienne qu'il existe un véritable risque ou, à l'inverse, une véritable chance que de grandes hélices fleurissent un peu partout comme des marguerites ? En d'autres termes, l'ordre juridique suisse présente-t-il véritablement un cadre favorable ou défavorable à l'implantation d'éolienne ? Quels sont les instruments à disposition des autorités de planification et leur marge de manœuvre en matière ? Ce travail tente dès lors d'éclaircir de telles questions.

---

[1] SUISSE-EOLE, *L'énergie éolienne*, p. 1.
[2] *Le Matin*, parution du 30.8.2006, citant un collaborateur d'un bureau de planification des parcs éoliens.
[3] « Die Schweiz ist ein Wasser- und kein Windland (BO CE 2006 p. 879, Lauri). »
[4] *L'Express/L'Impartial*, parution du 1.5.2007, citant une personne anonyme.
[5] *L'impartial* FP, parution du 1.9.2006, citant un représentant de la SL-FP.
[6] *Tages Anzeiger*, parution du 27.11.2007, citant un représentant de la SL-FP.

Pour ce faire, il conviendra, à titre préliminaire, de survoler les enjeux autour desquels l'énergie éolienne gravite ainsi que d'examiner non seulement le potentiel de développement d'un tel agent énergétique, mais aussi ses avantages et ses inconvénients. Cette approche nous aidera à mieux déterminer les intérêts et buts constitutionnels divergents liés à l'exploitation des grandes hélices, les compétences étatiques y relatives ainsi que leur répartition entre la Confédération et les cantons. Afin de compléter au mieux ce survol contextuel, nous exposerons enfin brièvement la récente concrétisation législative de la promotion fédérale des énergies renouvelables (Partie 1).

La dimension de ce travail ne permet pas une étude approfondie de toutes les questions relatives à l'énergie éolienne[7]. À partir de cette prémisse, compte tenu de leur importance et de leur originalité, seules seront examinées les deux problématiques juridiques se trouvant à l'interface des exigences de notre ordre économique et de celles de l'aménagement du territoire et de la protection du paysage. Dans un premier temps, étant rappelé que le législateur fédéral encourage sciemment l'utilisation de l'énergie éolienne, nous analyserons les rapports parfois conflictuels entre l'exploitation économique des grandes hélices, activité potentiellement lucrative, et notre ordre juridique relatif à l'aménagement du territoire et à la protection du paysage (Partie 2). Dans un second temps, nous apprécierons la marge de manœuvre des autorités législatives et de planification face à l'intérêt public important à une production d'énergie indigène et renouvelable et à sa consécration législative fédérale (Partie 3).

Chacune de ces perspectives devrait nous permettre d'apprécier, partiellement du moins, le cadre juridique qu'offre la Suisse à l'exploitation de l'énergie éolienne et, cas échéant, de mettre en lumière ses lacunes.

Tout au long de ce travail, je m'efforcerai certes de ne pas me laisser aller à des considérations politiques qui pourraient influencer mon analyse juridique car, en tant que juriste, je n'ai ni compétence ni légitimité pour énoncer les choix politiques souhaitables. Je pourrai, tout au plus, indiquer quels sont les choix conformes à l'ordre juridique et quelles en seraient les implications pour ce dernier. Néanmoins, mais dois-je l'avouer ?, à l'instar de nombreux travaux théoriques, ce travail se heurte très certainement à la difficulté d'appréhender de manière exacte l'impact visuel des éoliennes sur le paysage, que cela soit par leur gigantisme, leur nombre ou le mouvement de leurs hélices. Enfin, peut-être m'est-il aussi inconsciemment difficile, en ces temps d' « écologiquement correct », de me prononcer, ne serait-ce que juridiquement, contre l'énergie éolienne.

Mea culpa.

[7] Beaucoup d'autres questions ne seront en effet pas traitées ou approfondies dans ce travail, parce qu'elles ne se trouvent pas à l'interface entre l'ordre constitutionnel économique et la protection du paysage et de l'aménagement du territoire : p. ex. le rapport de l'énergie éolienne au développement durable, l'étude d'impact sur l'environnement, la complexité des différentes prescriptions d'installation électrique à courant fort, la protection contre le bruit, *etc.*.

1. CONTEXTE DE L'IMPLANTATION D'ÉOLIENNES

Avant d'aborder les diverses problématiques juridiques liées à l'installation d'éoliennes, il convient de se forger une représentation aussi juste que possible des faits et des enjeux économiques et environnementaux au sein desquels celles-ci s'inscrivent. En effet, seule une approche objective de la réalité du marché de l'énergie (*cf.* 1.1.1), des défis énergétiques à venir (*cf.* 1.1.2) et, enfin, des qualités et des faiblesses du potentiel éolien (*cf.* 1.1.3) permettra de qualifier juridiquement l'attractivité tant énergétique, écologique que financière de l'énergie éolienne en Suisse. Ensuite, une fois rappelés le cadre constitutionnel encourageant ou limitant l'utilisation de l'énergie éolienne (*cf.* 1.2.1) ainsi que la répartition entre Confédération et cantons des compétences y relatives (*cf.* 1.2.2), nous nous pencherons sur la récente législation fédérale promouvant l'utilisation des énergies renouvelables (*cf.* 1.2.3).

1.1. L'APPROVISIONNEMENT SUISSE EN ENERGIE

1.1.1. L'approvisionnement actuel en énergie

Il n'est pas même nécessaire de consulter les statistiques pour constater que la consommation d'énergie, en Suisse comme ailleurs, augmente inexorablement depuis la *Révolution industrielle*. Aujourd'hui, la consommation finale d'énergie est cinq fois supérieure à celle de 1950 (167'700 TJ à 853'679 TJ)[8]. La période des *Trente Glorieuses* a connu la plus forte augmentation de consommation d'énergie, alors que cette dernière semble un peu se tasser depuis quelques années. On remarquera que tous les secteurs de l'économie ont participé à ce phénomène[9].

Même si la part des énergies pétrolières s'est quelque peu affaissée depuis quelques décennies, elle représente encore près de la moitié des ressources énergétiques consommées chaque année en Suisse[10]. En la matière, notre pays est totalement dépendant de l'étranger puisqu'il ne possède aucun gisement pétrolier. Cette dépendance se retrouve également s'agissant des énergies gazière et nucléaire, qui représentent douze pour cent, respectivement dix pour cent de notre consommation finale d'énergie[11]. Cette proportion très importante des énergies fossiles a l'autre inconvénient d'entraîner un rejet considérable de gaz à effet de serre ou des déchets radioactifs dont le stockage fiable et durable se révèle problématique.

La situation n'est pas fondamentalement différente en ce qui concerne la production et la consommation d'électricité, la Suisse étant également dépendante de l'étranger en la matière. Certes, notre pays exporte plus d'électricité qu'il n'en importe, mais la production d'électricité à partir d'énergie hydraulique, qui constitue

[8] OFEN, *Statistique 2006*, p. 2.
[9] *Ibid.*, p. 4.
[10] OFEN, *Statistique 2006*, p. 2 et pp. 32 ss..
[11] *Ibid.,* p. 2, pp. 13 ss. et 35 ss..

près de 55% de la production d'électricité, ne peut être équilibrée toute l'année, si bien qu'il est indispensable, en fonction des saisons et des températures, de se fournir en électricité étrangère[12]. De plus, le marché suisse de l'électricité, à l'instar des autres secteurs de l'économie de l'énergie, n'accorde qu'une très petite part de marché aux énergies renouvelables, dès lors que l'on excepte la part de l'énergie hydraulique[13].

De toute évidence, avec près de 55% de la production d'électricité, l'énergie hydraulique se taille la part du lion en ce qui concerne la production de courant électrique. En effet, même si elles connaissent une bonne croissance, les autres énergies renouvelables (solaires, éoliennes, biomasse, biogaz, valorisation des déchets, *etc.*) n'ont fourni qu'environ 2% de la production totale d'électricité, étant précisé que l'énergie nucléaire se charge du reste. Enfin, leur part dans la consommation globale d'énergie n'atteint que 5,5%[14].

Sur la base de ce constat, on pressent déjà la part infime que constitue l'énergie éolienne tant au sein du marché de l'énergie, qu'au sein du marché plus restreint de l'électricité. Avec sa trentaine d'hélices et malgré une croissance de 82% par rapport à l'année précédente, l'énergie éolienne ne représentait effectivement en 2006 que 0,006% de la consommation finale d'énergie et que 0,03% de celle d'électricité. Le parc éolien du Mont-Crosin dans le Jura bernois est, à lui seul et avec seulement 8 éoliennes, à l'origine de deux tiers de ces parts[15].

1.1.2. Perspectives de l'approvisionnement suisse en énergie

Comme nous venons de le constater, à l'instar de nombreux pays, le marché suisse de l'énergie est caractérisé par sa dépendance à l'égard de l'étranger et des ressources énergétiques fossiles. Or, ces dernières, dont le pétrole se révèle être la figure de proue, entraîne le double inconvénient de participer au réchauffement climatique ainsi que d'offrir des perspectives d'approvisionnement limitées sur le long terme.

Tout d'abord, le réchauffement climatique des 50 dernières années et, avec lui, l'augmentation des catastrophes naturelles (ouragan, éboulement, sècheresse, inondation, *etc.*) sont effectivement très probablement dus aux émissions de gaz à effet de serre, auxquelles la consommation d'énergie participe grandement[16]. Plus grave encore, la température mondiale moyenne grimpera jusqu'en 2100 encore de plus de 1,8 – 4 °C selon les régions par rapport à son niveau préindustriel. La prise de conscience s'étant révélée tardive et les mesures politiques qui l'ont suivie insuffisantes, il faut en effet s'attendre à un réchauffement plus marqué et à des dommages toujours plus importants pour l'être humain et l'environnement, les structures d'habitation, les installations de transports et les infrastructures de production[17]. La politique

---

[12] OFEN, *Statistik der erneuerbaren Energien 2006*, pp. 23 ss., également, OFEN, *Statistique 2006*, p. 38 et JAGMETTI, *Energierecht*, N°s 6104 s.
[13] OFEN, *Statistik der erneuerbaren Energien 2006*, p. IV.
[14] *Ibid*., pp. V-VI. Pour un aperçu plus détaillé, *cf.* MÜLLER/HÖSLI/VOUILLOZ, pp. 1-16. Ce dernier pourcentage prend, par exemple, en compte les différent système de chauffage utilisant les énergies renouvelable (pompe à chaleur, capteur de chaleur solaire, etc.).
[15] *Ibid*., p. 36.
[16] DETEC, Rapport sur le climat 2007, pp. 12-13.
[17] OFEN, Perspectives énergétiques, pp. 105 s..

globale de protection du climat devrait idéalement être renforcée le plus rapidement possible, car ses coûts demeureront toujours nettement inférieurs aux dommages que peut potentiellement provoqués le réchauffement[18]. Les bases naturelles de la vie doivent en outre être conservées, eu égard aux générations futures et aux autres pays et régions du monde. La politique énergétique doit assumer cette responsabilité.

Ensuite, une consommation plus faible d'énergies fossiles s'impose non seulement au regard de la pollution de l'environnement, mais encore au regard de la nécessité de garantir l'indépendance de la Suisse face à ses importations d'énergie. En effet, les risques liées à un approvisionnement en énergies fossiles s'accentueront nettement au cours des prochaines décennies à venir. Étonnamment et contrairement à nombre d'idées reçues, de tels risques ne résultent pas essentiellement de l'épuisement des ressources fossiles, car, finalement, le volume des réserves du pétrole ou de gaz naturel n'est pas exactement connu et de nouvelles technologies ou la découverte encore fréquente de nouveaux gisements accroissent périodiquement de telles réserves[19]. Par contre, la consommation de ces énergies pourrait se révéler bien plus onéreuse, compte tenu d'une demande toujours croissante et d'une offre qui devrait tout de même s'affaisser[20]. Enfin, les conflits géopolitiques, qui sévissent de manière récurrente dans les pays exportateurs de pétrole ou de gaz naturel (états membres de l'OPEP et Russie), contribuent grandement à renforcer les risques liées à l'approvisionnement en énergies fossiles de la Suisse et, ainsi, à menacer la sécurité de l'approvisionnement national[21].

En définitive, il apparaît évident qu'en raison des ressources fossiles limitées, de la problématique du $C0_2$ et de la forte dépendance à l'égard de l'étranger, un passage à des systèmes énergétiques nouveaux est inexorable à long terme[22]. Même s'il n'est lui-même pas dépendant des ressources énergétiques fossiles – hormis en ce qui concerne la production d'électricité à partir d'énergie nucléaire –, le marché suisse de l'électricité devra tout particulièrement relever ce défi.

En effet, la demande en électricité explosera ou, du moins, s'accroîtra fortement durant les prochaines décennies. Premièrement, le secteur tertiaire, qui occupe une place encore grandissante dans le paysage économique suisse consomme beaucoup d'électricité. Deuxièmement, il faut s'attendre à une croissance démographique ainsi qu'à une augmentation du nombre de ménages[23]. Troisièmement, il est probable que l'augmentation des prix du pétrole et du gaz naturel attisera la demande en électricité[24]. Ce postulat apparaît spécialement alarmant, puisqu'il s'avère qu'aujourd'hui déjà, les capacités manquent lorsqu'il s'agit d'assurer l'approvisionnement en cas de conditions extrêmes, et que coïncident une vague de froid, une interruption des importations et une panne de la principale unité de production électrique suisse[25]. Par conséquent, il

[18] DETEC, Rapport sur le climat 2007, p. 14.
[19] OFEN, Perspectives énergétiques, p. 7.
[20] AES, *Prévision*, p. 3, et ECKERLE, p. 49.
[21] OFEN, Perspectives énergétiques, p. 103.
[22] MCF, *Révision-LApEl*, p. 1506 et 1551.
[23] ECKERLE, p. 49.
[24] AES, *Prévision*, pp. 4 s..
[25] OFEN, Perspectives énergétiques, pp. 103 s..

existe des risques de pénurie en électricité pour les décennies à venir et si rien n'est entrepris, étant en sus précisé que deux des principales centrales nucléaires nationales (Mühleberg et Beznau) sont proches du terme de leur exploitation[26].

En somme, afin d'éviter un changement radicale d'ici à quelques dizaines d'années, il faut introduire dès aujourd'hui de nouvelles technologies sur le marché, notamment pour produire de l'électricité à partir d'énergies renouvelables[27]. Certes, les énergies renouvelables ne sont assurément pas la panacée miracle aux problèmes d'un approvisionnement en électricité, qui devront de toute façon être résolues soit par la construction de nouvelles centrales à gaz ou nucléaires, soit par une importation renforcée. Elles constituent toutefois une certaine base non négligeable pour une production énergétique propre, indigène et sûre.

1.1.3. Le potentiel de l'énergie éolienne en Suisse

S'il apparaît nécessaire de produire de l'électricité à partir d'énergie renouvelable, l'utilisation de l'énergie éolienne est une des technologies à disposition de la Suisse. Avec seulement une trentaine de grandes hélices et avec une part infime au sein de la production nationale d'électricité, l'énergie éolienne possède en Suisse un grand potentiel de développement[28]. Notre pays est à la traîne par rapport à d'autres pays européens qui, comme l'Espagne, l'Allemagne et même la France, augmentent chaque année l'effectif de leurs parcs éolien[29]. Le Danemark et l'Espagne produisent à partir d'énergie éolienne près de 18%, respectivement 7% de leur consommation en électricité[30]. Même l'Autriche, qui pourtant, comme la Suisse, ne peut ériger d'installations *off-shore*, produit 80 fois plus d'électricité à partir d'énergie éolienne que la Suisse[31].

Une meilleure utilisation de l'énergie éolienne en Suisse ne signifierait pas pour autant l'implantation d'une multitude d'éoliennes sur tout le territoire national, car de telles installations n'ont de véritable intérêt que lorsqu'elles sont érigées en des endroits présentant des conditions de vent favorables. Selon une étude mandatée par l'Office fédéral de l'énergie (OFEN), les sites les plus favorables se trouvent dans le Jura, en général dès 1'000 mètres d'altitude, dans les Préalpes, à partir d'environ 1'500 mètres d'altitude, dans les Alpes et sur les cols des Alpes, dès 2'000 mètres d'altitude[32]. Sur de tels sites, l'utilisation de l'énergie éolienne est économiquement très intéressante, plus intéressante d'ailleurs que l'utilisation des autres énergies renouvelables, l'énergie hydraulique exceptée[33]. Le bilan écologique et énergétique est également très bon puisqu'une grande éolienne peut produire, durant sa durée de vie de 20-25 ans, jusqu'à 50-80 fois plus d'énergie qu'elle n'en a nécessité pour sa fabrication, construction et érection[34].

---

[26] AES, *Prévision*, pp. 7-8.
[27] MCF, *Révision-LApEl*, p. 1506.
[28] *Cf.* chap. 1.1.2.
[29] OFEN/OFEFP/ARE, *Konzept Windenergie*, p. 3.
[30] PILLER, p.10.
[31] OFEN/OFEFP/ARE, *Konzept Windenergie*, p. 3.
[32] BUSER/KUNZ/HORBATY, p. 5.
[33] *Ibid.*, pp. 17 ss., également *a contrario* SOGUEL/HENZ, p. 13.
[34] ALBRECHT, p. 2.

Pour différentes raisons, les éoliennes de grandes dimensions (environ 60 m de hauteur de mât et 48 m de diamètre de rotor) présentent un plus grand potentiel de développement que les éoliennes de petites dimensions (28 m de hauteur du mât et 12 m de diamètre du rotor)[35]. En effet, elles produisent près de 39 fois plus d'énergie, leur rentabilité est 4 fois meilleure et, comme les grandes hélices tournent moins vite que les petites, l'effet d'agitation dans le paysage se révèle également moindre. Il existe encore un type particulier d'installation, parfois nommé « installation éolienne légère ». Plus petites encore que les petites éoliennes précitées, elles peuvent fonctionner malgré des conditions de vent faibles et, ce, grâce à un rotor qui est en principe surdimensionné[36]. Leur production d'énergie reste toutefois logiquement basse, de même que leur rentabilité. Enfin, on notera encore que l'on distingue les installations, dites « isolées », des parcs éoliens, c'est-à-dire lorsque plusieurs turbines sont réunies sur un même site[37]. Le fait de regrouper plusieurs grosses installations sur le même site peut être un moyen d'optimiser la rentabilité de l'énergie éolienne, alors qu'ériger une petite éolienne isolée, ou un petit nombre d'éoliennes, reste le meilleur moyen de réduire au maximum leur inévitable impact sur le paysage[38].

Ces quelques distinctions quant à la productivité et à la visibilité des grandes hélices sont essentielles lorsque l'on veut aborder les problèmes de leur planification. En effet, outre les problèmes de sécurité dus aux projections de glace durant l'hiver[39], de protection du voisinage (bruit, ombres mouvantes, *etc.*)[40], de protection de la faune et des oiseaux migrateurs en particulier[41] et les autres problèmes techniques de type électrique ou électromagnétique[42], le véritable talon d'Achille de l'énergie éolienne semble sa difficile intégration dans le paysage. Malgré toutes les mesures tendant à pallier cet inconvénient de l'énergie éolienne (peinture des fondations, recouvrement végétal, plantation d'arbres, *etc.*), ces grandes hélices affectent les paysages par leurs dimensions et leur verticalité qui brise la ligne d'horizon[43]. Cet inconvénient est de plus exacerbé par le fait que la plupart des sites présentant de bonnes conditions de vent se trouvent sur les crêtes des montagnes[44].

En somme, toujours selon l'étude mandatée par l'OFEN, compte tenu des différentes qualités et des divers défauts des grandes hélices, le potentiel global de l'énergie éolienne est estimé à près de 3,4% de l'ensemble de la consommation nationale d'électricité[45]. Il convient donc de retenir que l'énergie éolienne ne constitue, en aucun cas à elle seule, la solution miracle aux problèmes d'approvisionnement en énergie qui s'annoncent et qui devront nécessairement être palliés par de multiples autres mesures (importation,

---

[35] SOGUEL/HENZ, p. 12.
[36] SOGUEL/HENZ, p. 13.
[37] *Ibid.*, p. 11.
[38] *Ibid.,* p. 26.
[39] KUNZ/REMUND/WITTWER/BUSER, pp. 22 s. et pp. 48 ss..
[40] *Ibid.*, pp. 31 ss..
[41] *Ibid.*, pp. 27 ss..
[42] *Ibid.*, pp. 18 ss. et pp. 33 s..
[43] *Ibid.*, p. 26.
[44] BUSER/KUNZ/HORBATY, p. 5 et p. 11. Pour un développement détaillé des avantages et défauts de l'énergie éolienne, *cf.* REEKER, pp. 96 ss..
[45] *Ibid.*, p. 21.

efficacité énergétique, développement du gaz, *etc.*). Toutefois, additionnée aux autres énergies indigènes et renouvelables, elle doit constituer l'une des pierres angulaires des politiques énergétiques fédérale et cantonales, répondant en cela à la nécessité d'augmenter la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables et indigènes et d'améliorer de cette manière la sécurité de l'approvisionnement suisse en énergie[46].

1.2. LE CONTEXTE CONSTITUTIONNEL ET LEGAL DE L'ENERGIE EOLIENNE

1.2.1. Les buts et principes divergents de l'activité étatique

Comme nous venons de le voir, l'utilisation de l'énergie éolienne se trouve au centre de nombreux intérêts publics et privés : le développement durable, la sécurité de l'approvisionnement en énergie, la réduction des émissions de gaz à effet de serre, la protection du paysage, la consommation mesurée du sol et, même, comme nous l'évoquerons plus tard, l'exercice de la liberté économique[47]. Or, la Constitution fédérale (Cst.) a hissé tous ces intérêts, selon leurs degrés de précisions et d'intensité, au rang de buts, principes ou tâches de l'activité étatique[48].

Tout d'abord, le principe de développement durable est reconnu en tant que but et principe de l'activité étatique par l'art. 2 Cst., respectivement par l'art. 73 Cst.. La Confédération, ainsi que les cantons et les communes[49], doivent ainsi tendre au développement durable et respecter, dans l'accomplissement de leurs tâches, l'équilibre entre la nature et son utilisation par l'être humain. Selon la doctrine et la jurisprudence, un développement est durable si, tout en satisfaisant les besoins de la société actuelle, il n'empêchera pas les générations futures de satisfaire, elles aussi, leurs propres besoins[50]. La justiciabilité[51] et le contenu[52] même de ce principe étant controversés, il ne peut constituer qu'une ligne directrice pour toute activité législative et exécutive[53], sa force normative étant par là même fortement réduite. Sa portée, à défaut d'être fondamentale, n'en demeure cependant pas moins large, car même si le principe de développement durable n'est rappelé qu'au sein de la section relative à l'environnement et l'aménagement du territoire, l'établissement d'un équilibre durable entre la nature et son utilisation par l'être humain ne peut bien évidemment être atteint que si ce principe vaut également pour l'ensemble des domaines de l'activité étatique, notamment s'agissant de

---

46 *Cf.* chap. 1.1.2. et MCF, *Révision-LApEl*, p. 1506 et p. 1551.
47 *Cf.* chap. 2.
48 RICHLI, *Staatsaufgaben*, pp. 851 ss., Nos 1 ss.. L'auteur y explicite et distingue les différentes notions d'objectifs, buts et tâches étatiques ainsi que celle d'intérêts publics.
49 EHRENZELLER, p. 25, No 2. Même si l'art. 2 Cst. ne parle que de la Confédération, cette disposition s'adresse à l'ensemble des organes des collectivités publiques.
50 *Ibid.*, p. 28.
51 VALLENDER/MORELL, p. 844, Nos 26 ss. ; AUBERT/MAHON, p. 585; RHINOW, Nos 229 ss.
52 KUXENKO, pp. 25 ss..
53 *Cf.* notamment arrêt du TF 1A.115/2003 du 23 février 2004, consid. 3.2..

l'approvisionnement en énergie[54]. Dès lors, même si l'art. 89 Cst., intitulée « *politique énergétique* », exige seulement que la Confédération et les cantons s'emploient, dans le cadre de leurs compétences respectives, à promouvoir un approvisionnement énergétique respectueux de l'environnement, il convient de considérer qu'ils doivent, plus largement, se conformer au principe de développement durable.

Ensuite, le développement durable ne pouvant évidemment pas être le seul objectif auquel tend l'Etat dans l'exercice de son pouvoir et notamment de sa politique énergétique, la Confédération et les cantons doivent également s'efforcer de favoriser, mais également dans le cadre de leurs compétences respectives[55], un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économiquement optimal (art. 89 al. 1 Cst.). On remarquera encore qu'à nouveau, ces objectifs ne doivent pas seulement être poursuivis dans le cadre de la politique énergétique, mais dans l'accomplissement de toutes les tâches attribuées à la Confédération et aux cantons[56].

On pressent aisément que ces différents objectifs que doivent poursuivre la Confédération et les cantons, parmi lesquels figurent notamment un approvisionnement économiquement optimal et un approvisionnement respectueux de l'environnement, divergent parfois à un tel point l'un de l'autre qu'ils ne deviennent que partiellement conciliables. Il s'agit alors pour le législateur, l'administration ou le juge de procéder à une pesée des intérêts, afin d'optimiser au mieux la réalisation des différents objectifs[57]. En effet, la Constitution ne règle aucune hiérarchie entre les divers objectifs que l'Etat doit promouvoir. On parle alors de résolution des conflits d'intérêts selon une concordance pratique (*praktische Konkordanz*)[58], les exigences en partie contradictoires de la Constitution devant être coordonnées entre elles de telle façon à ne pas les priver de leurs significations.

En matière d'énergie éolienne, l'exigence de la concordance pratique joue un rôle primordial. En effet, si l'installation de grandes hélices favorise assurément un approvisionnement en électricité diversifié et respectueux du développement durable, il n'en demeure pas moins qu'elle implique parfois d'importantes atteintes au paysage de notre pays. Or, la protection du paysage est évidemment aussi un intérêt élevé au rang constitutionnel, le paysage étant un bien commun que l'Etat se doit de protéger dans le cadre de son activité de puissance publique. On citera ainsi l'art. 78 al. 1 Cst. disposant que, dans l'accomplissement de ses tâches, la Confédération prend en considération les objectifs de la protection de la nature et du patrimoine. Elle ménage en particulier les paysages, la physionomie des localités, les sites historiques et les monuments naturels et culturels qu'elle doit, le cas échéant, conserver dans leur intégralité si l'intérêt public l'exige.

---

[54] RAUSCH, p. 918, N° 7; JAGMETTI, *Energierecht*, N° 1616.
[55] WEBER, p. 945, N° 6. En effet, cet alinéa, qui ne doit se révéler qu'une ligne directrice en ce qui concerne la politique énergétique, ne fixe aucune compétence ou tâche étatique.
[56] MCF, article énergétique, p. 333.
[57] SCHAFFHAUSER, p. 990 ; JAGMETTI, N° 1618.
[58] *Cf.* notamment ATF 126 III 129, consid. 8a.

Enfin, étant entendu que les aérogénérateurs prennent essentiellement place en dehors de zones à bâtir, au sein d'un environnement relativement intact, et qu'ils nécessitent alors l'aménagement d'un équipement minimal (chemin, raccordement électrique, *etc.*), l'intérêt constitutionnel à une utilisation mesurée du sol[59] peut également être menacé pour la prolifération de telles installations.

En somme, la politique énergétique et sa concrétisation législative, la planification ou l'octroi d'autorisation ne peuvent que rarement satisfaire pleinement une tâche ou un but constitutionnel sans porter en même temps atteinte à une autre tâche ou un autre but de même rang, un tel constat s'imposant tout particulièrement en ce qui concerne l'énergie éolienne.

1.2.2. Une répartition complexe des compétences

Si l'énergie éolienne constitue une source potentielle de conflits entre les différents intérêts publics que doit poursuivre notre pays, elle représente également un des multiples exemples d'achoppement entre les compétences fédérales et cantonales.

Tout d'abord, en matière de politique énergétique, donc en matière de promotion des énergies renouvelables, les cantons sont en principe exclusivement compétents[60]. La Confédération jouit néanmoins de quelques compétences ponctuelles plus ou moins étendues. Elle dispose ainsi d'une compétence concurrente limitée au principe en matière d'utilisation des énergies indigènes et des énergies renouvelables[61], ainsi qu'une compétence concurrente en matière de transport et de livraison d'électricité[62]. Il est reconnu que la première compétence, malgré son caractère limité, doit permettre à la Confédération d'édicter des prescriptions, même précises et directement applicables, visant à éviter les entraves à l'utilisation des énergies renouvelables et indigènes et à faciliter leur développement[63].

Ensuite, la protection du paysage, qui peut justifier des restrictions à l'utilisation des énergies renouvelables et indigènes, donc à l'installation d'éoliennes, est du ressort des cantons[64]. Selon l'art. 78 al. 2 Cst., la Confédération doit, quant à elle, se contenter d'une compétence relative à la protection du paysage circonscrite à l'accomplissement de ses propres tâches[65]. Le texte constitutionnel est cependant peu clair, cette compétence s'étendant en réalité à l'adoption de prescriptions de protection du paysage à l'encontre de toutes autorités, qu'elles soient fédérales, cantonales ou communales, qui appliquent une tâche de la Confédération[66].

Pour ne rien arranger, l'aménagement du territoire, dont l'accomplissement exige parfois également une restriction à l'utilisation des énergies renouvelables et indigènes, se partage à nouveau entre la

[59] Art. 75 al. 1 et 3 Cst..
[60] Art. 3 Cst.
[61] Art. 89 al. 2 Cst.
[62] Art. 91 al. 1 Cst. AUBERT/MAHON, pp. 707 s..
[63] JAGMETTI, *Art. 24octies*, N⁰ 37.
[64] Art. 78 al. 1 Cst..
[65] Art. 78 al. 2 Cst..
[66] Art. 2 LPN; pour une explication plus complète, *cf.* RAUSCH,p. 921, N⁰ 16; *cf.* chap. 3.2.2..

Confédération, qui doit en fixer les principes, et les cantons à qui il incombe principalement[67]. Toutefois, par l'adoption de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT), la Confédération s'est arrogé le droit de régler une grande partie de la matière, notamment en ce qui concerne le régime juridique des nouvelles constructions hors de la zone à bâtir[68].

Enfin, une utilisation accrue de l'énergie éolienne se révélant un des moyens de préserver notre environnement contre les atteintes provoquées par un recours excessif aux énergies fossiles, la Confédération pourrait revendiquer la compétence de promouvoir celle-là sur la base de l'art. 74 al. 1 Cst. disposant que la Confédération peut légiférer sur la protection de l'environnement contre les atteintes nuisibles et incommodantes.

Quelques autres dispositions constitutionnelles précisent tout de même la manière dont devrait s'accorder cette complexe répartition des compétences. D'une part, mise à part le principe évident de coordination et de collaboration entre l'état fédéral et les états fédérés[69], le principe constitutionnel de subsidiarité, certes récent mais néanmoins récurrent[70], exige que la collectivité supérieure, en l'occurrence la Confédération, n'intervienne que si la collectivité inférieure, en l'occurrence les cantons et les communes, ne peut pas remplir une tâche étatique de manière suffisante alors que cette collectivité supérieure en serait, elle, capable[71]. D'autre part, dans l'exercice de ses compétences, la Confédération doit prendre en compte les particularités et réalités cantonales et régionales et laisser aux cantons une marge de manœuvre aussi large que possible[72].

Enfin, si un conflit de législation survient tout de même, le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire d'après l'art. 49 al. 1 Cst. Selon notre instance suprême qui a dû interpréter ce principe, les règles cantonales n'ont pas de portée normative lorsqu'elles éludent des prescriptions de droit fédéral ou en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en œuvre, ou lorsqu'elles empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementées de façon exhaustive[73]. Cette disposition ne vaut, en principe, que pour le droit fédéral édicté là où la Confédération est compétente. Dès lors, à l'inverse, le droit cantonal prime, quant à lui, sur une règle fédérale prise hors compétence, étant précisé que la portée de ce dernier axiome est toutefois limitée par l'existence d'une autre disposition constitutionnelle, l'art.190 Cst., qui oblige le Tribunal fédéral et toutes autres autorités d'appliquer les lois adoptées par l'Assemblée fédérale[74].

---

[67] Art. 75 al. 1 Cst..
[68] Art. 16; 16a; 24 ss. LAT.
[69] Notamment art. 44 al. 1 et art. 75 al. 2 Cst..
[70] Art. 5a et art. 42 al. 2 Cst. de manière générale, ainsi que art. 89 al. 5 Cst..
[71] AUBERT/MAHON, p. 390. Pour plus de détails, *cf.* RICHLI, *Subsidiaritätsprinzip*, pp. 59 ss..
[72] Art. 46 al. 2 et art. 89 al. 5 Cst.
[73] ATF 128 I 295, p. 299.
[74] AUBERT/MAHON, pp. 420-424; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, Nos 1036 ss.

1.2.3. La promotion fédérale de l'énergie éolienne

Fort de sa compétence en matière de protection de l'environnement, en matière d'utilisation des énergies renouvelables et indigènes et en matière de transport et de livraison d'électricité[75], le législateur fédéral a adopté, le 23 mars 2007, la révision de la loi fédérale sur l'énergie (LEne) afin de soutenir la production d'électricité à partir des énergies renouvelables.

Désormais, aux termes de la nLEne, 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 2000[76]. L'énergie hydraulique devra, à elle seule, contribuer à cet objectif à hauteur de 2000 nouveaux GWh[77]. Afin qu'elle ne passe pas pour de vœux pieux, la nouvelle législation prévoit un certain nombre de mesures censées promouvoir les énergies renouvelables[78], la rétribution à prix coûtant (RPC) du courant injecté issu d'énergies renouvelables en étant la pièce maîtresse. La réglementation de cet instrument de promotion entrera en vigueur qu'au 1er janvier 2009[79].

La RPC est prévue pour l'électricité produite à partir d'installations adaptées au site concerné et utilisant la force hydraulique (jusqu'à 10 MW), l'énergie photovoltaïque, l'énergie éolienne, la géothermie, la biomasse et les déchets qui en proviennent[80]. Contrairement au système actuel selon lequel le courant est simplement racheté au prix du marché[81], la RPC donne la possibilité au producteur d'obliger le gestionnaire de réseau à reprendre l'électricité produite à partir d'énergies renouvelables, tout se faisant rétribuer le courant injecté à son prix coûtant. C'est l'ordonnance sur l'énergie, dans sa version révisée (nOEne), qui fixe les tarifs de rétribution de chaque technologie en fonction des coûts de production d'une installation de référence fictive, qui utiliserait bien entendu la technologie la plus efficace[82]. La rétribution est ainsi calculée différemment selon les technologies, les catégories d'installations et les classes de puissance[83]. Toute installation mise en service, notablement agrandie ou rénovée après le 1er janvier 2006, bénéficiera de la rétribution au prix coûtant du courant injecté[84]. En ce qui concerne l'électricité produite à partir d'énergie éolienne, il faut distinguer les petites éoliennes et les grandes éoliennes selon que leur puissance électrique nominale reste

---

[75] *Cf.* chap. 1.2.2. Il est difficile de déterminer sur quelle base constitutionnelle la Confédération a fondé sa compétence pour réviser la LEne 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 LEne (cf. MCF, *LEne*, pp. 1157 ss.), elle se fonde essentiellement sur l'art. 91 Cst (transport d'électricité) pour justifier la récente révision (cf. MCF, *Révision- LApEl*, pp. 1158 s.). Aubert laisserait entendre qu'elle pourrait se baser sur l'art. 89 al. 2 Cst. (AUBERT/MAHON, p. 695, No 12).

[76] Art. 1 al. 3 nLEne. Il est néanmoins loisible au Conseil fédéral de décider qu'une part d'électricité produite à l'étranger au moyen d'énergies renouvelables, à hauteur de 10 %, sera prise en considération dans ce calcul (art. 1 al. 3 nLEne, 2e ph.).

[77] Art. 1 al. 4 nLEne.

[78] P. ex. art. 15a nLEne pour l'octroi de cautions à la couverture des risques liée aux installations géothermiques et art. 7b al. 4 nLEne pour les mesures que pourrait adopter le Conseil fédéral si les objectifs n'étaient pas atteints en 2016.

[79] Art. 32 OApEl.

[80] Art. 7a nLEne.

[81] Art. 7 al. 3 LEne.

[82] Art. 7a al. 2 nLEne et art.. 3b nOEne.

[83] Art. 7a al. 2 let. a.

[84] Art. 7a al. 1 2e phr..

ou non en deçà de 10 kW[85]. En effet, la rétribution de l'électricité éjectée par les premières se monte à 20 ct./kWh durant toute la durée de rétribution qui correspond à une durée d'amortissement de l'installation de 20 ans[86]. Quant aux grandes éoliennes, leur rétribution se monte également à 20 ct./kWh, mais seulement pendant les cinq premières années car la rétribution est ensuite plus ou moins rapidement réduite suivant que l'installation présente respectivement une meilleure ou une plus faible production que l'installation de référence[87]. On veut par là même éviter que les producteurs d'énergie éolienne puissent bénéficier de gains démesurés[88]. Enfin, les taux de rétribution des deux types d'éoliennes diminueront de 1,5 % par an dès 2013[89] On précisera néanmoins que le producteur qui choisit l'option de la rétribution à prix coûtant ne peut pas vendre simultanément son «courant vert» sur le libre marché de l'électricité écologique[90]. Le financement d'une telle mesure s'effectuera par la société nationale du réseau de transport, en l'occurrence SWISSGRID. Cette dernière percevra un supplément sur les coûts de transport sur le réseau à haute tension pour financer les coûts de la RPC non couverts par les prix du marché supportés par les gestionnaires de réseau pour la prise en charge d'électricité qui a été rétribuée selon le prix coûtant[91]. Ce supplément peut être reporté sur les gestionnaires de réseau situés en aval, qui peuvent eux-mêmes le reporter sur les consommateurs finaux. Si la somme des rémunérations ne peut vraisemblablement plus être couverte pas la perception du supplément susmentionné, les projets les plus tardifs ne pourront plus bénéficier de la RPC[92]. Enfin, s'il apparaît que l'approvisionnement de la Suisse en électricité n'est pas suffisamment garanti à long terme, la Confédération et les cantons créent en temps voulu et dans le cadre de leurs compétences respectives les conditions permettant de mettre à disposition des capacités de production si possible en Suisse. Ils veillent à ce que les techniques de production efficientes sans incidences sur le climat et adaptées au site concerné soient privilégiées, qu'il s'agisse de bâtiments, d'installations, de planification, de financement ou d'autres activités[93].

Le nouveau régime juridique représente un renforcement de taille en ce qui concerne la promotion fédérale de l'énergie éolienne[94], même si la Confédération a toujours alloué certaines contributions financières, parfois par l'intermédiaire des cantons, au développement des technologies tirant profit des énergies renouvelables et aux programmes d'encouragement cantonaux[95]. On notera tout de même que le législateur n'a prévu aucun allégement ou disposition spécifique à l'installation d'éoliennes dans le domaine

---

[85] App. 1.3 ch. 2 nOEne.
[86] App. 1.3 ch. 3.1 et 4.2 nOEne.
[87] App. 1.3 ch. 3.2 et 3.3 nOEne.
[88] CF, *Rapport explicatif*, p. 7.
[89] App. 1.3 ch. 4.1 nOEne.
[90] Cette possibilité reste en effet d'actualité selon l'art. 7 LEne et l'art. 6 nOEne.
[91] Art. 15b al. 1 nLEne. Ce supplément peut être reporté sur les gestionnaires de réseau situés en aval, qui peuvent eux-mêmes le reporter sur les consommateurs finaux (Art. 15b al. 2 nLEne).
[92] Art. 7a al. 4 nLEne; Art. 3g al. 4 nOEne
[93] Art. 6a nLEne. Cette disposition, qui ne figurait pas dans le projet du CF, a été intégrée lors de la phase parlementaire (BO CE 2006 p. 877).
[94] La promotion de l'énergie éolienne a tout de même donné lieu a quelques débats aux chambres (p. ex. BO CN 2005 p. 1088 et p. 1093).
[95] Art. 14 et 15 LEne. Pour plus de détails, cf. JAGMETTI, *Energierecht*, Nos 8202 ss.

du droit de l'aménagement du territoire, et cela contrairement à l'utilisation de la biomasse et de l'énergie solaire[96].

[96] *Cf.* 16a al. 1bis et 18a LAT

2. L'IMPLANTATION D'ÉOLIENNES PROTÉGÉE PAR LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE

Parce que les investissements finançant l'installation d'éoliennes deviennent dorénavant moins risqués, un véritable boom s'amorce en matière de demandes d'autorisations de construire en vue d'implantation d'éoliennes. Dès à présent, l'exploitation des vents sur un site approprié devrait en principe se révéler une activité économique relativement rentable[97]. Gros investisseurs, paysans en quête de revenus complémentaires, simples coopératives regroupant des consommateurs de courant vert, tous envisagent désormais l'installation d'aérogénérateurs[98]. Leurs intérêts ne sont plus seulement la satisfaction de produire ou de consommer de l'énergie propre, mais peut-être de jouir d'un certain gain en réinjectant dans le réseau électrique une telle énergie.

Aussi, dès lors que l'exercice d'une activité économique procurant un gain est un droit garanti par notre Constitution fédérale sous le couvert de la liberté économique (art. 27 Cst.), convient-il d'évoquer le rapport d'un éventuel droit à l'exploitation des vents avec le droit de l'aménagement du territoire et celui de la protection du paysage.

Cependant, avant d'apprécier la mesure de la protection de l'exploitation économique de l'énergie éolienne par la liberté économique (*cf.* 2.2.1) ainsi que ses rapports avec l'aménagement du territoire et la protection du paysage (*cf.* 2.2.2 – 2.3), il apparaît nécessaire de définir la notion et le champ d'application personnel et réel de la liberté économique ainsi que son importance au sein de notre ordre constitutionnel (*cf.* 2.1.1). De même devrons-nous rappeler les conditions justifiant certaines restrictions à cette liberté et, particulièrement, celles se fondant sur des motifs d'aménagement du territoire (*cf.* 2.1.2). Enfin, afin d'illustrer le rapport parfois conflictuel entre l'exercice de la liberté économique et l'intérêt à un aménagement du territoire ordonné et à un paysage préservé, nous survolerons la jurisprudence rendue à ce sujet (*cf.* 2.1.3). En effet, ce survol nous sera d'autant plus utile que la jurisprudence n'a encore été que très peu confrontée à la problématique de l'exploitation des vents.

2.1. LA LIBERTE ECONOMIQUE ET SA LIMITATION…

2.1.1. La liberté économique

Ayant repris sans changement matériel l'art. 31 aCst, l'art. 27 Cst. consacre le droit fondamental de choisir le travail ou l'activité économique qui lui conviennent et de les exercer librement[99]. Dans sa fonction individuelle, ce droit protège son titulaire contre des restrictions injustifiées que l'Etat adopterait et qui

[97] SUISSE-EOLE, *Nouvelle OEne*, p. 2.
[98] *Tages Anzeiger*, parution du 27.11.2007.
[99] Pour plus de détails, *cf.* GRISEL, N°s 335 ss; HÄFELIN/HALLER, N°s 640 ss.

l'empêcherait de choisir librement la profession qu'il entend exercer, d'y accéder librement ou d'exercer librement une activité économique[100]. Dans ce cadre, seules les personnes prétendant à l'exercice d'une activité lucrative privée peuvent s'en prévaloir.

Premièrement, une activité présente un caractère lucratif lorsqu'elle tend à l'obtention d'un gain[101]. Il n'est cependant pas nécessaire que l'intention d'obtenir un gain soit la seule motivation, ni même la principale. Pouvant ainsi être exercée essentiellement à titre idéal, l'activité doit simplement tendre à procurer un revenu couvrant ses propres coûts de revient[102]. Cette activité peut en outre ne constituer qu'un revenu accessoire[103]. Secondement, l'activité en question doit être une activité privée. L'exercice d'une activité, que l'Etat s'est légalement adjugée en tant que tâche publique ou en tant que monopole, ne jouit en effet pas de la protection de la liberté économique et cela même si cette tâche publique est par la suite transférée au secteur privé[104]. La consécration d'une activité en tant que tâche publique n'engendre toutefois pas forcément un droit d'exclusivité étatique. Par exemple, des particuliers peuvent exploiter des écoles ou des hôpitaux privés tout en invoquant la liberté économique[105].

Il découle du développement qui précède que les collectivités publiques ne sont en principe pas titulaires de la liberté économique[106]. Cependant, le Tribunal fédéral n'a pas encore jugé si la liberté économique appartenait aux communes et aux autres établissements ou corporations de droit public lorsqu'ils apparaissaient sur le marché économique comme de simples privés[107]. La question est similaire en ce qui concerne les sociétés d'économie mixtes. Aujourd'hui, la doctrine semble néanmoins leur accorder une telle titularité[108]. De façon incontestée par contre, toutes les personnes physiques de nationalité suisse et morales de droit privé dont le siège se trouve en Suisse peuvent invoquer la liberté économique. Le cercle des étrangers qui en sont titulaires se résume, quant à lui, aux bénéficiaires d'une autorité d'établissement, aux titulaires d'une autorisation de séjour qui ont droit à son prolongement et à ceux à qui un traité international en accorde la jouissance d'un tel droit[109]. Dès lors, les nationaux des Etats membres de l'Union européenne peuvent en principe s'en prévaloir[110]. Enfin, le Tribunal fédéral n'a pas encore clarifié si les personnes morales étrangères étaient titulaires de la liberté économique[111]. Cette question n'a qu'une portée pratique

---

[100] *Cf.* notamment RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, Nos 135 ss.; AUBERT/MAHON, pp. 238 ss.; RHINOW, *Art. 31a Cst.*, pp. 14 ss. Nos 31 ss.; HÄFELIN/HALLER, Nos 640 ss..

[101] ATF 97 I 116, consid. 4; GRISEL (No 269) précise d'ailleurs qu' « un artisan qui court à la faillite ne perd donc pas son droit fondamental ; RHINOW, *Art. 31 aCst.*, pp. 14 ss. No 71.

[102] Arrêt du TF du 28 mai 1969, consid. 5, publié dans ZBl 1970, pp. 379 ss. Pour un avis nuancé, *cf.* Grisel, No 269.

[103] RHINOW, *Art. 31 aCst,* p. 25. No 71.

[104] ATF 128 I 280, consid. 3; *cf.* RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, Nos 186 s. et 210 ss., GRISEL, Nos 292 ss.

[105] RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, No 212; RHINOW, *Art. 31 aCst,* No 74; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, No 937.

[106] RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, No 175; Pour une réponse nuancée pour les communes, *cf.*GRISEL, No 428.

[107] ATF 127 II 8, consid. 4c; ATF 131 II 13, consid. 6.4.1.

[108] *Cf.* notamment RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrech*t, Nos 172 ss ; GRISEL, Nos 426 ss.; RHINOW, *Art. 31 aCst* , p. 34. Nos 100 ss.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, No 937.

[109] ATF 125 I 182 consid. 5a; ATF 123 I 212 consid. 2; Sur cette question, *cf.* GRISEL, Nos 417 ss et 445 ss.; HÄFELIN/HALLER, Nos 654 ss.. Pour un avis critique, *cf.* RHINOW, No 94 s.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, No 933.

[110] ATF 131 I 223 consid. 1.1.

[111] *Ibid*, consid. 1.1; ATF 125 I 182, consid. 5a. Si le TF semble émettre des doutes dans l'arrêt précité, la doctrine semble à première vue le nier (notamment JAGMETTI, *Energierecht*, No 2303).

réduite vu que ces dernières sont de toute façon habilitées à invoquer les traités de libre circulation conclus par la Suisse ou qu'elles peuvent de toute façon cas échéant créer une filiale suisse[112]. Au demeurant, elles peuvent, le cas échéant, invoquer la garantie de la propriété.

En effet, comme nous pouvons le constater, le périmètre de protection de la liberté économique présente de larges interfaces avec d'autres droits fondamentaux, tels que l'égalité de traitement ou la garantie de la propriété. À ce propos, la jurisprudence fédérale considère que, dans de tels cas, le particulier titulaire de ces divers droits peut les invoquer de manière cumulée de telle sorte que la validité d'une mesure leur portant atteinte devrait se vérifier au regard de l'un comme de l'autre[113]. Cependant, comme nous le verrons, cette possibilité de cumul n'a pas d'influence pratique réelle en ce qui concerne l'implantation d'éoliennes[114].

2.1.2. Les conditions à sa limitation

Ne jouissant d'aucune valeur absolue à l'instar des autres principes constitutionnels[115], la liberté économique peut être restreinte, comme d'ailleurs toutes libertés fondamentales. La Constitution fixe elle-même, à son art. 36, les conditions que l'Etat doit respecter lorsqu'il procède à pareille restriction.

Tout d'abord, cette dernière doit se fonder sur une base légale, qui doit être de nature formelle lorsque l'atteinte au droit fondamental est incisive (art. 36 al. 1 Cst.). Une disposition constitutionnelle spéciale est en sus nécessaire, si la restriction à la liberté économique se fonde sur des motifs de politique économique et intervient dans la libre concurrence pour favoriser ou défavoriser certaines branches d'activité ou certaines formes d'exploitation selon un certain plan économique[116]. On parle dès lors de restrictions ou de dérogations au principe de la liberté économique. L'atteinte à la liberté économique doit ensuite se justifier par la poursuite d'un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental privé (art. 36 al. 2 Cst.). De tels intérêts publics peuvent se baser tant sur des valeurs d'ordre policières (sécurité, santé, tranquillité et moralité publique) que sur des considérations de politique sociale, sur les nécessités de l'aménagement du territoire et de la protection des valeurs culturelles et esthétiques, en passant par la politique énergétique et climatique[117]. Enfin, la restriction en question doit également rester proportionnée au but visé (art. 36 al. 3 Cst.)[118]. Pour respecter cette dernière condition énumérée, elle doit non seulement servir réellement l'intérêt public ou privé que l'Etat invoque afin de légitimer son action (*aptitude*), mais elle doit encore se limiter exclusivement à ce qui est nécessaire à la satisfaction de l'intérêt public en question (*nécessité*). Elle doit encore demeurer proportionnée au but qu'il s'agit d'atteindre (*proportionnalité au sens étroit*). En tant qu'ultime barrière à

---

[112] ATF 131 I 223 consid. 1.1. *Cf.* notamment GRISEL, N° 454 ; RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, N° 171,
[113] Notamment ATF 125 II 129 consid. 8 et 10. Pour plus de détails, *cf.* RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, N°t 248 ss.; GRISEL, N°s 318 ss.
[114] *Cf.* chap. 2.1.2.
[115] *Cf.* chap. 1.2.1.
[116] Art. 94 al. 4 Cst.; ATF 131 I 223, consid 4.2 et jurisprudence citée.
[117] Pour un survol plus précis, cf. RICHLI, N°s 280 SS.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, N°s 975 ss.
[118] ATF 119 Ia 348, consid. 1a ; ATF 117 Ia 446 consid. a et g; ATF 113 Ia 134 consid. b. Pour plus de détails, *cf.* notamment ZIMMERLI, pp. 12 ss

l'activité étatique, ce dernier principe exige que le but de l'atteinte prévale sur la gravité de cette même atteinte.

Il existe encore une dernière condition à l'adoption d'une restriction à la liberté économique qui lui est cependant propre. Toute réglementation ou décision relatives à l'exercice d'une activité économique privée doivent être adoptées de telle façon qu'il ne résulte pas de distorsion injustifiée entre deux concurrents directs[119]. L'Etat devant donc s'efforcer de respecter cette neutralité concurrentielle, seules des raisons sérieuses et particulièrement importantes ou les capacités limitées du domaine public pourront justifier une différence de traitement entre des acteurs économiques qui appartiennent à la même branche et s'adressent au même public, avec les mêmes offres, pour satisfaire les mêmes besoins[120].

Enfin convient-il encore de rappeler qu'aucune restriction de la liberté économique ne peut porter atteinte à l'essence de ce droit, et cela même si elle respecte les principes précités[121]. Toutefois, la définition d'un tel noyau irréductible de la liberté économique et, notamment, de sa portée indépendante en regard de la proportionnalité au sens étroit ne paraît pas évidente, si bien que ni la jurisprudence, ni la doctrine ne présente un avis clair et unanime à ce sujet. Certains auteurs semblent retenir que l'essence de la liberté économique pourrait correspondre à l'exigence de l'égalité de traitement entre concurrents[122].

2.1.3. La jurisprudence en matière d'aménagement du territoire

Comme évoqué ci-dessus, la jurisprudence a très vite reconnu que l'aménagement du territoire pouvait justifier des restrictions à la liberté économique, car, finalement, comme le reconnaissait déjà en 1979 notre instance suprême, « *le sol n'est pas une marchandise ordinaire et toutes les mesures de planification territoriale emportent une restriction de la liberté économique du propriétaire*[123] ». Depuis lors, nos tribunaux ont été souvent confrontés à différentes mesures d'aménagement du territoire limitant ce droit fondamental, spécialement en ce qui concerne l'implantation de supermarchés et l'affichage publicitaire.

- Une réglementation cantonale, qui limite à 8000 m2 l'espace de vente d'un centre commercial, ne se fonde pas sur une justification suffisante liée à l'aménagement du territoire (ATF 102 Ia 104, consid. 6a). Elle se révèle ainsi disproportionnée et tend de manière suspecte à favoriser une branche de l'économie. De même, une réglementation cantonale, imposant de façon générale que les centres commerciaux d'une surface minimale de 3000 m2 s'implantent à proximité d'un axe de transport public, ne peut pas être justifiée de façon générale par des raisons liées à l'approvisionnement de la population. En effet, au sein des villes, cet approvisionnement n'est pas menacé (*Ibid*., consid. 6b). Cependant, si ces dispositions légales ne sont que des solutions provisoires d'une durée de deux à trois ans, leurs réglementations, certes très restrictives et peu flexibles, peuvent s'avérer, en définitive, constitutionnelles (*Ibid*., consid. 6a). Encore plus drastique mais toujours proportionnée, une

[119] ATF 124 II 193, consid. 8b; ATF 121 I 129, consid. 3d.
[120] Pour plus de détails, *cf*. notamment RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, N°s 325 ss; AUBERT/MAHON, pp. 245 ss..
[121] Art. 36 al. 4 Cst.
[122] Notamment AUBERT/MAHON, p. 245; HÄFELIN/HALLER, N° 700.
[123] ATF 99 Ia 604, consid. 4d.

interdiction régionale de construire un centre commercial de plus de 500 m2 est justifiée par les circonstances topographiques, géographiques et climatiques de l'*Oberengadin*. Les magasins de proximité risqueraient, en effet, de disparaître et l'approvisionnement en produits alimentaires et de première nécessité de la population serait menacé dans certaines parties du territoire ou certaines vallées (ATF 109 Ia 264, consid. 4a). Par contre, dans d'autres circonstances, une règlementation communale interdisant les centres d'achat présentant une surface de vente de plus de 500 m^2 n'est pas une atteinte proportionnée à la liberté économique (arrêt du TF 1P.290/1992 du 29 octobre 1992, ZBl 1993 425, consid. 4). Il faudrait bien davantage prendre en compte les répercussions concrètes de chaque supermarché, notamment en ce qui concerne l'augmentation du trafic et la situation de l'approvisionnement en produits alimentaires de la population. Par contre, une limitation communale à 2000 m^2 est permissible si de plus gros centres commerciaux restent possibles après une procédure de planification spéciale (arrêt non publié du TF 1P.555/1992 du 10 mai 1993, consid. 5 et 6). Une telle réglementation ne vide en effet pas la liberté économique de sa substance. De même, l'obligation de procéder à une adaptation du plan directeur avant d'adopter un plan d'affectation spécial destiné à l'implantation d'un centre commercial se justifie par l'intérêt à un aménagement du territoire coordonné même s'il implique une longue et permanente insécurité sur la faisabilité du projet (arrêt non publié du TF 1P.610/1998 du 10 juin 1999, consid. 5d). Toutefois, le Tribunal fédéral laisse entendre que la dimension du projet ne devrait pas en elle-même justifier une telle approche, mais son impact réel sur l'aménagement du territoire.

- Une réglementation octroyant à une commune un monopole en matière d'affichage publicitaire sur le domaine privé n'est pas une atteinte proportionnée à la liberté économique, même si elle vise en soi la sécurité du trafic ou la protection du paysage ou des sites (ATF 128 I 3, consid. 3 ; également publié dans Pra 2002 Nr. 64 ; RDAF 2003 430). En effet, l'obligation de requérir une autorisation liée au respect de normes matérielles suffirait à satisfaire les intérêts en cause. De même, une interdiction générale et indifférenciée de publicité étrangère sur fonds privé apparaît également disproportionnée (Arrêt du TF 2P.247/2006 du 21 mars 2007, consid. 4.2). Par contre, si cette interdiction ne s'étend qu'aux petits jardinets verdoyants, elle apparaît en adéquation avec la protection des sites (*ibid.*). Par ailleurs, l'atteinte à la liberté économique doit être considérée comme grave si l'interdiction d'afficher s'étend à tout le territoire cantonal (arrêt du TF 1P.122/1998 du 12 mai 1998 ; publié dans ZBl 2000 135, consid. 3d). En revanche, une interdiction totale d'affichage publicitaire pour autrui au centre ville ne constitue qu'une atteinte légère à la liberté économique (Arrêt du TF 2P.247/2006 du 21 mars 2007, consid. 3.1). Enfin, si l'autorité législative fixe une clause générale d'esthétique s'appliquant de manière indifférenciée sur tout le territoire, la problématique du respect de la liberté économique en matière d'affichage publicitaire est transférée au pouvoir exécutif qui devra procéder à des distinctions au cas par cas (dans ce sens, arrêt non publié du TF 1P.84/2006 du 5 juillet 2006, consid. 5.3). Pourtant, cette autorité n'est pas forcément tenue de procéder dans les détails à une appréciation concrète pour chaque demande d'affichage publicitaire, mais peut se limiter à juger de l'insertion des affichages sur la base d'une appréciation globale concrétisée par une directive ou une pratique établie (arrêt non publié du TF 1C_12/2007 du 8 janvier 2008, consid. 5).

Par conséquent, selon le Tribunal fédéral, en plus de ne pas pouvoir poursuivre un intérêt dérogeant au principe de la liberté économique, l'aménagement du territoire ne peut instituer des limites à la liberté économique qui aille au-delà de ce qui est nécessaire à la création d'une utilisation adéquate de l'espace[124].

[124] ATF 102 Ia 104, consid. 5a

Nous retiendrons notamment que plus le champ d'application de la restriction litigieuse s'étend dans l'espace, plus grave est l'atteinte à la liberté économique, si bien qu'il devient difficile de la justifier par un intérêt public de politique sociale[125]. De même ou par conséquent, le risque se révèle également plus grand que l'on soupçonne que les restrictions étatiques sont motivées par des motifs de politique économique prohibés tendant à favoriser une branche de l'économie[126]. En définitive, afin de ne pas violer la liberté économique, voire son principe même, toutes planifications du territoire et toutes réglementations ayant un tel effet devraient éviter les schématismes et les généralités. Elles doivent ainsi faire preuve d'une certaine flexibilité, notamment en prévoyant la possibilité d'exceptions assorties, le cas échéant, de charges ou de conditions, cibler le champ d'application des restrictions en cause ou laisser à l'autorité d'application la compétence de décider au cas par cas[127].

2.2. …EN MATIERE D'IMPLANTATION D'EOLIENNES

2.2.1. La liberté économique d'installer des éoliennes

Vu le périmètre de protection personnel et réel de la liberté économique, l'installation et l'exploitation d'éolienne, donc la production d'électricité à partir d'énergie éolienne, est bel et bien couverte par ce droit fondamental[128]. En effet, dès le moment où le projet tend à être rentable ou même à couvrir ses coûts de revient, il doit être qualifié d'économique. Peu importe d'ailleurs que le futur producteur d'électricité ne soit pas motivé par l'appât du gain, mais par idéal écologiste. Cette activité est de caractère privé car, même si elle sert également un intérêt public important, la production d'électricité ne représente ni l'accomplissement d'une tâche étatique transférée au secteur privé ni un monopole étatique[129]. D'ailleurs, la Constitution fédérale elle-même institue le principe de la subsidiarité de l'action de l'Etat en matière d'énergie par rapport à l'économie privé[130]. De toute façon, il n'existerait aucune base constitutionnelle à l'introduction d'un monopole fédéral[131] étant entendu que l'introduction d'un monopole cantonal se révélerait probablement disproportionnée[132]. Enfin, contrairement à l'exploitation de l'eau, l'exploitation des vents ne constitue pas une régale cantonale et ne nécessite donc pas l'octroi d'une concession de la part de l'Etat[133].

---

125 Dans ce sens, *cf*. aussi ATF 99 Ia 604, consid. 4.
126 *Cf*. également ATF 111 Ia 29, consid. 4c; ZUFFEREY, *AT et liberté économique*, p. 28.
127 *Cf*. également arrêt du TF publié dans SJ 1995 pp. 85 ss., consid. 4a; arrêt du TF 1P.502/2005 du 17 novembre 2005, consid. 3.
128 KILCHENMANN, p. 8 ; MÜLLER/HÖSLI/VOUILLOZ, p. 17.
129 *Cf*. notamment JAGMETTI, *Art. 24octies*, N° 18; RECHSTEINER, N° 38; RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, Nos 235 ss. . L'exploitation de l'énergie nucléaire n'est elle-même pas une tâche étatique (ATF 111 Ia 303, consid. 5).
130 Art. 89 al. 5 Cst..
131 JAGMETTI, *Art. 24octies*, N° 41.
132 JAGMETTI, *Energierecht*, N° 7301. Au sujet de la proportionnalité des monopoles cantonaux, *cf.* chap. 2.1.3; ATF 128 I 3, consid. 3; RICHLI, *Kantonale Monopole*, pp. 479 s.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, Nos 942 et 992 ss..
133 JAGMETTI, *Energierecht*, N° 7301.

On remarquera tout de même que l'exploitation d'une petite éolienne isolée présentera parfois l'inconvénient de ne pas être rentable si bien que l'instigateur d'un tel projet ne pourra en principe pas se prévaloir de la liberté économique[134].

Dès lors, tant les agriculteurs que les investisseurs étrangers, les associations de consommateurs et, éventuellement, les communes en passant par les autres corporations de droit public et sociétés d'économie mixte peuvent se prévaloir de la liberté économique lorsqu'ils projettent l'installation d'une ou de plusieurs éoliennes qui permettent une exploitation rentable des vents[135].

La liberté économique est à vrai dire le principal droit fondamental en jeu lors d'une demande d'autorisation de construire, respectivement de son un refus relatif à l'installation d'une éolienne[136]. En effet, dans la mesure où l'interdiction de construire hors zone à bâtir ne restreint pas la garantie de la propriété mais en fixe le contenu[137], la garantie de la propriété ne peut être invoquée en faveur de projets hors zone à bâtir – lieu propice à l'implantation d'éoliennes – que s'il sous-tend un changement de zone d'affectation[138]. Cependant, dans ce dernier cas, le grief de la garantie de la propriété ne fait la plupart du temps que se recouvrir avec celui de la liberté économique. Le principe de l'égalité de traitement n'a, quant à lui, en matière d'aménagement du territoire et en comparaison avec le droit à l'égalité de traitement entre concurrents, qu'une portée réduite et son grief n'aboutit finalement qu'à un examen de la décision sous l'angle de l'arbitraire[139].

Malgré son importance, l'intérêt à un libre exercice de la liberté économique semble avoir été jusqu'à présent largement occulté par le débat passionnel entre les partisans de l'énergie éolienne et les défenseurs du paysage. De là, le risque est aujourd'hui grand que des limitations à cette liberté soient faussement admises sur la base d'un intérêt public, invoqué de manière abstraite, ne se révélant pas prédominant et ne justifiant pas une pratique restrictive, alors disproportionnée. Pourtant, la Constitution ne permet pas attribuer de façon générale un rang inférieur à cet intérêt privé et matériel qu'est la liberté économique face à la protection du paysage notamment, simplement parce que cette dernière est un intérêt public et idéal[140].

Il est certes difficile d'apprécier le rang attribué par notre ordre juridique à la liberté économique de produire de l'énergie éolienne. On remarquera, tout de même, que le Constituant et le Législateur fédéral ont tous deux institué une économie de marché en matière d'approvisionnement en électricité et qu'ils ont par conséquent confié aux acteurs du libre marché. L'économie privée est ainsi la première responsable de l'approvisionnement énergétique du pays, tandis que la Confédération et les cantons doivent lui offrir le cadre

---

[134] *Cf.* chap. 1.1.3..
[135] *Cf.* tout de même chap. 2.1.1. et la jurisprudence et doctrine citées.
[136] BANDLI, N° 122.
[137] *Cf.* ATF 122 II 326, consid. 4a; ATF 105 Ia 336 E. 3c; notamment BANDLI, N° 121; WALDMANN, p. 783.
[138] ATF 132 II 408, consid. 4.3; ATF 120 Ia 227, consid. 2c. Le Tribunal fédéral y a reconnu que le bénéficiaire de promesses de baux à loyers qui a participé activement à l'élaboration du plan d'affectation peut se prévaloir de la garantie de la propriété.
[139] Notamment ATF 116 Ia 193, consid. 3b; BANDLI, N° 120; RHINOW, *Art. 31 aCst.*, N° 126 s..
[140] WULLSCHLEGER, pp. 81 ss..

macroéconomique optimal[141]. Par l'introduction de la RPC, le législateur a voulu encourager l'exercice de la liberté économique en matière de production d'électricité à partir d'agents renouvelables. Dès lors, la liberté économique représentant l'élément essentiel à la coordination du marché de l'énergie et de son approvisionnement et à l'atteinte des objectifs de la politique énergétique suisse, il conviendrait, à mon avis, d'attribuer une importance particulière à cet intérêt privé qui, en définitive, représente également un intérêt public essentiel[142].

2.2.2. Les conditions à l'implantation d'éoliennes

a) La nécessité d'adapter la planification ou d'y déroger

L'exploitation économique de l'énergie éolienne, même si elle est couverte par la liberté économique, peut évidemment être limitée à l'instar, notamment, de l'affichage public et des supermarchés. Une telle limitation, qui intervient principalement au travers du régime juridique suisse de la séparation entre territoires à bâtir et non à bâtir, doit cependant respecter les conditions fixées par la Constitution fédérale[143].

Tout d'abord, il apparaît d'emblée que l'intérêt public, aujourd'hui incontestée, de la séparation entre territoires à bâtir et non à bâtir poursuit en soi des objectifs légitimes, comme l'utilisation mesurée du sol et la protection du paysage, et qu'il peut donc justifier une certaine limitation à l'implantation d'éolienne sur le territoire suisse[144].

Ensuite, l'existence d'une base légale à une telle restriction n'est pas davantage discutable. La Loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT), complétée par les lois cantonales d'application, ainsi que les plans d'affectation communaux et leurs règlements fournissent une base légale suffisante de nature formelle[145]. Ces différentes normes et planifications du territoire définissent et délimitent clairement, d'une part, les zones à bâtir qui sont destinées à la construction et, d'autre part, les zones agricoles qui doivent en principe rester libres de toute construction (art. 15 et 16 LAT). S'il n'est pas exclu que des éoliennes puissent prendre place en zone à bâtir pour autant qu'elles y soient conformes (affectation, bruit, hauteur, *etc.*)[146], aucune éolienne ne peut en principe être érigée hors de ces zones. La construction d'éoliennes a certes déjà été autorisées par l'octroi d'autorisation ordinaire en zone agricole (art. 22 LAT), l'autorité compétente ayant considéré qu'une éolienne servant à l'exploitation agricole était conforme à l'affectation de cette zone[147].

---

[141] MCF, *LEne*, p.1079; RICHLI, *Subsidiaritätsprinzip*, pp. 250 ss..
[142] HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N° 568.
[143] *Cf.* chap. 2.1.2..
[144] *Cf.* 2.2.1..
[145] ATF 115 Ia 333, consid. 3a; ATF 113 Ia 444 c. 4a; pour plus de details, *cf.* MOOR, *Art. 14 LAT*, N° 37.
[146] Ce travail ne s'attardera cependant pas sur cette question. On notera toutefois que, si un projet d'installation éolienne est conforme à la zone à bâtir en question, il n'est pas certain qu'une clause générale d'esthétique constitue une base légale suffisamment précise pour empêcher une telle implantation (Arrêt du *Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden* 674/76 du 26 janvier 1977 ; publié dans PVG 1977 p. 34).
[147] C'est d'ailleurs ce que laisse croire un récent message du Conseil fédéral (MCF, *Révision partielle LAT*, p. 6634). L'IRAP prétend aussi qu'une telle installation serait conforme à la zone si elle ne produit annuellement pas plus d'électricité que l'exploitation agricole n'en nécessite (IRAP, *Empfehlungen*, pp. 15 s.).

Toutefois, une telle pratique doit en principe être écartée, car la conformité à la zone agricole d'une installation n'est donnée que lorsque celle-ci est nécessaire à l'exploitation (art. 34 al. 4 let. a LAT). Or, selon moi, il faut nier une telle nécessité dès le moment où l'exploitation agricole ou le bâtiment agricole en question est raccordé ou peut être raccordé au réseau électrique local.

Dès lors, comme on le pressent déjà, parce qu'une exploitation économique d'aérogénérateurs n'est possible que sur des sites se situant généralement en zone agricole et que ces grandes hélices n'y sont pas conformes, l'exploitation des vents est en principe interdite *de facto*. En conséquence, il s'agira pour les autorités de tenir compte, tout en respectant l'esprit de la LAT (séparation claire entre territoire bâti et non bâti, protection du paysage, utilisation mesurée du sol) du principe de proportionnalité par l'octroi d'une éventuelle dérogation autorisant la construction en zone agricole ou par l'adoption d'une planification spéciale, c'est-à-dire par la modification du plan d'affectation des zones[148].

b) La pesée des intérêts comme unique condition

Les art. 24 et 21 al. 2 LAT, qui règlent de manière exhaustive[149] les nouvelles constructions et installations hors de la zone à bâtir et la modification du régime d'affectation du sol, permettent précisément une mise en œuvre parfaitement proportionnée du principe de la séparation entre territoire à bâtir et non à bâtir. En ce qui concerne l'implantation d'éolienne, leur application semble effectivement se résumer à l'obligation de procéder, pour les autorités compétentes, à une pesée des intérêts se recouvrant en grande partie avec l'examen de la proportionnalité des atteintes à la liberté économique[150].

Tout d'abord, selon l'art. 24 LAT, l'autorité cantonale compétente délivrera une dérogation à la zone agricole si l'implantation de l'éolienne s'impose en dehors de la zone à bâtir au regard de sa destination et si aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose. Or, si l'on suit la doctrine ainsi que la pratique judiciaire et administrative, il faut considérer que la nature de toute éolienne imposera en général une implantation (*standortgebunden*) hors de la zone à bâtir parce que les conditions de vents y sont en général meilleures[151]. Dès lors, seule subsiste la seconde condition de l'absence d'intérêts prépondérants, c'est-à-dire celle de la pesée concrète des intérêts favorables à l'installation de l'éolienne en question au sein de laquelle l'intérêt au respect de la liberté économique doit être intégré[152]. Certains doutes pourraient certes être émis sur la nécessité d'implanter des éoliennes petites ou isolées hors zone à bâtir lorsqu'il existe un emplacement

---

[148] Sur l'interprétation légale conforme au principe de la proportionnalité BANDLI, Nos 39 ss.; RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, N° 318. Pour un avis contraire en matière d'octroi d'autorisations exceptionnelles, *cf.* ZIMMERLI (pp. 56 ss.).

[149] Notamment, pour l'art. 24 LAT, ATF 117 Ib 270, consid. 2 et jurisprudence citée; pour l'art. 21 al. 2, arrêt non publié du TF 1A.315/2005 du 13.3.2008, consid. 5.2; MOOR, *Art. 17 LAT*, pp. 14 s., N° 40. WULLSCHLEGER, p. 96; Pour un avis contraire, *cf.* HEER, pp. 66 ss. Cette controverse sur l'exhaustivité de l'art. 24 LAT devrait néanmoins être définitivement close par l'introduction de l'actuel art. 27a LAT.

[150] WULLSCHLEGER, p. 86.; MOOR, *Art. 14 LAT*, N° 41; pour une subtile distinction entre les notions, *cf.* HEER, pp. 84 s. et pp. 111 ss; pour un rejet de l'intégration de la proportionnalité à la pesée des intérêts, *cf.* ZIMMERLI , pp. 56 ss..

[151] KUNZ/REMUND/WITTWER/BUSER , annexe 1; ATF 132 II 408, consid. 4.4.

[152] Arrêt du TF 1A.140/2003 du 18.3.2003, consid. 3.1, publié dans ZBl 26, pp. 193 ss. et RDAF 2007, pp. 442 ss.; BANDLI, N° 122.

techniquement envisageable situé à proximité en zone à bâtir et présentant des conditions de vent qui ne seraient pas fondamentalement moins bonnes qu'en dehors de la zone à bâtir[153]. Néanmoins, dans ce cas également, la question de la *Standortgebundenheit* d'une telle installation éolienne about au final à une pesée des intérêts, et par là même à un examen de proportionnalité, entre la variante d'implantation en zone à bâtir et la variante d'implantation hors de la zone à bâtir[154].

De même, selon l'art. 21 al. 2 LAT, c'est également une pesée des intérêts qui est l'unique condition à une modification de la planification. Cette disposition légale contraint en effet l'autorité communale ou cantonale compétente à réviser le plan de zone ou à adopter un plan d'affectation spécial lorsque les circonstances juridiques ou factuelles se sont considérablement modifiées et que la planification ne répond plus aux besoins actuels. L'idée sous-jacente est que, dans de tels cas, l'aménagement du territoire en question, portant atteinte aux droits constitutionnels en ne permettant pas l'implantation d'éolienne, ne se justifie plus par un intérêt suffisant ou prépondérant[155]. Or, le besoin nouveau en terrains affectés à l'implantation d'éolienne, l'adoption d'un régime fédéral de promotion des énergies renouvelables et la nécessité toujours plus pressante d'utiliser les énergies renouvelables représentent assurément une modification des circonstances considérable. Par conséquent, à nouveau, seule subsiste la condition d'une pesée concrète des intérêts en jeu constatant l'absence d'un intérêt s'opposant de manière suffisante à la création d'une zone spéciale destinée à l'installation d'éoliennes.

c) Obligation d'adapter la planification

Comme nous l'avons vu[156], les réglementations ou décisions consistant à n'autoriser un projet éolien qu'après une modification préalable du plan d'affectation doivent, elles aussi, respecter la liberté économique du promoteur du projet en question et donc être proportionnée.

Tout d'abord, au regard de l'art. 2 al. 1 LAT, il apparaît conforme à la liberté économique d'exiger l'élaboration d'un plan spécial d'affectation pour tout projet éolien d'une certaine importance, c'est-à-dire qui aurait des effets considérables sur l'organisation du territoire ou sur l'environnement[157]. L'implantation d'un parc éolien ou d'une simple éolienne nécessitant l'aménagement d'un équipement important en est le parfait exemple. Il est également possible de suspendre la procédure d'adoption du plan spécial d'affectation jusqu'à la correction préalable du plan directeur cantonal ou l'élaboration d'une fiche complémentaire au plan

[153] Dans ce sens, *cf.* Arrêt du TF 3.9.1997, consid. 5c, publié dans ZBl 1998 pp. 332 ss et RDAF 1999 pp. 588 ss. Cet arrêt concerne néanmoins l'installation de panneau solaire.
[154] Sur cette question, *cf.* notamment WULLSCHLEGER, p. 94; WALDMANN, pp. 785 s.. Sur la dérive de l'examen de la *Standortgebundenheit* en une pesée des intérêts en matière d'antennes de téléphonie mobile, *cf.* AEMISEGGER, pp. 12 s..
[155] ATF 120 Ia 227, consid. 2d; *cf.* notamment HÄNNI, pp. 108 s.. 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, donc la liberté économique. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs déjà reconnu que l'interdiction de discriminer (8 CEDH) exigeait la modification l'adoption d'une zone destinée aux gens du voyage (ATF 129 II 321, consid. 3.2). Sur cette question, *cf.* WALDMANN, p. 783..
[156] *Cf.* chap. 2.1.3..
[157] *Cf.* chap. 2.1.3.; TF 1P.555/1992 du 10 mai 1993, consid. 5 et 6; ATF 116 Ib 50, consid. 3.

directeur cantonal[158]. Il semble même compatible avec la liberté économique d'interdire provisoirement la réalisation de projets éoliens d'une grande importance sur tout le territoire cantonal en attendant l'adoption d'une réglementation régissant la coordination de leurs sites d'implantation[159].

Par contre, il n'est pas proportionnel, car non nécessaire, de soumettre de façon générale l'installation d'une éolienne isolée à une modification du plan directeur cantonal, et même simplement du plan d'affectation communal[160]. En effet, la procédure d'autorisation de construire semble bien suffisante à la prise en compte et à la coordination de l'ensemble des intérêts en cause. Il existe ainsi un droit de 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 de planification[161]. D'ailleurs, alors que le Tribunal fédéral a toujours prétendu qu'un projet soumis à l'étude d'impact sur l'environnement (EIE) était également soumis à l'obligation de planifier[162], il est intéressant de constater que le projet de révision de l'Ordonnance fédérale relative à l'étude d'impact sur l'environnement prévoit de ne soumettre à EIE que les projets éoliens d'une puissance de 3 MW[163]. Enfin, la grandeur de l'éolienne ne devrait en principe pas, à elle seul, être un élément conduisant à l'obligation de planifier, mais bien son impact sur l'aménagement du territoire[164].

2.2.3. La pesée des intérêts

a) Examen au cas par cas

Tant la pesée des intérêts que l'examen de proportionnalité doivent s'effectuer au regard des circonstances concrètes, c'est-à-dire au regard de la limitation effective du droit fondamental en question et des intérêts publics et privés qui sont réellement en jeu. Dès lors, il est assez délicat de répondre de manière théorique jusqu'à quel point l'autorité compétente peut s'opposer à l'installation d'éoliennes en arguant de la protection du paysage ou du principe de la séparation des territoires à bâtir et non à bâtir. Quoi qu'il en soit, on ne peut, par principe, écarter un projet de constructions en prétendant qu'il est notoire que les éoliennes portent en règle générale atteinte aux intérêts précités. Un tel refus ne peut résulter que d'une pesée concrète des intérêts en jeu, qui évoluent en fonction du contexte spatial et temporel. L'autorité compétente jouit certes d'une certaine liberté d'appréciation[165]. Elle doit toutefois déterminer concrètement les intérêts concernés, les

---

[158] *Cf.* chap. 2.1.3.; Arrêt non publié du TF 1P.610/1998 du 10 juin 1999, consid. 5d.
[159] *Cf.* chap. 2.1.3.; ATF 102 Ia 104, consid. 6 a.
[160] Dans le même sens, *cf.* WIDMER DREIFUSS, p. 143; Sur la nécessité de planifier, *cf.* SCHMID, pp. 78 ss.
[161] Dans le même sens, *cf.* HEER, p. 187.
[162] Notamment ATF 119 Ib 439, consid. 4.
[163] Point 21.8 de l'annexe du projet de révision du 20.12.2007 de l'Ordonnance relative à l'étude d'impact sur l'environnement ; projet consultable sur http://www.bafu.admin.ch/dokumentation/medieninformation (communiqué de presse du 28.12.2007).
[164] *Cf.* chap. 2.1.3; arrêt non publié du TF 1P.610/1998 du 10 juin 1999, consid. 5d.
[165] Art. 2 al. 3 LAT.

apprécier en fonction du développement spatial souhaité et des implications qui en résultent, et fonder sa décision en veillant à prendre en considération l'ensemble des intérêts concernés[166].

On remarquera cependant qu'un examen au cas par cas, même prescrit par la loi, n'exclut pas de baser un refus d'autoriser l'implantation d'un aérogénérateur, s'intégrant même bien dans le paysage, sur la base d'une appréciation globale de la problématique de l'implantation des éoliennes et du boom éolien qui s'annonce[167]. Une telle pratique devrait néanmoins être concrétisée par une directive ou, du moins, par une pratique constante. De même, l'autorité peut également refuser d'autoriser un projet s'intégrant en soi dans le paysage en opposant le risque de créer un précédent et ainsi menacer le paysage[168].

Néanmoins, le droit fédéral a institué des restrictions notables aux principes de la détermination et de l'appréciation concrète de l'intérêt à la protection du paysage ainsi qu'à la liberté d'appréciation. Par exemple, selon la Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (LPN), lorsque les éoliennes en question portent atteinte à un site inscrit à l'un des inventaires fédéraux des sites à protéger, elles ne peuvent bénéficier d'une autorisation exceptionnelle de construire hors zone ä bâtir ou de l'aménagement d'une planification spéciale que s'elles représentent un intérêt d'importance nationale[169].

En revanche, attendu que c'est le droit fédéral lui-même qui exige une pesée des intérêts au cas par cas, celle-ci ne peut être restreinte par les législateur et les autorités de planification cantonaux ou communaux. Ces derniers peuvent néanmoins adopter des règles de droit qui canalisent la liberté d'appréciation des autorités compétentes afin de rationaliser la prise de décision au cas par cas et assurer une certaine égalité de traitement et sécurité du droit[170]. Ce procédé peut par exemple consister en une interdiction de construire au sein d'un paysage jugé digne d'être préservé. Dans ce cadre, la volonté du législateur ou de l'autorité de planification de protéger un certain site doit peser grandement lors de la comparaison des intérêts en jeu. De telles prescriptions cantonales ou communales devraient toutefois faire l'objet d'adaptation périodique en fonction de la modification des circonstances dès le moment où elles ne se justifient plus par une pesée concrète des intérêts en jeu[171].

b) Intérêt à une utilisation mesurée du sol

Ensuite, selon moi, même s'il est expressément consacré à l'art. 75 al. 1Cst., l'intérêt à une utilisation mesurée du sol ne peut constituer un intérêt public s'opposant valablement à l'installation d'éoliennes du moment qu'il existe un équipement préexistant sur le lieu d'implantation projeté. Autoriser l'implantation d'éolienne ne peut effectivement pas être comparé avec une affectation ordinaire en zone à bâtir de parcelles

---

166 Art. 3 al. 1 OAT.
167 Cf. chap. 2.1.3; arrêt non publié du TF 1C_12/2007 du 8 janvier 2008, consid. 5.
168 Sur cette question, notamment WULLSCHLEGER, p. 86 s.
169 Art. 6 LPN; sur cette question, *cf.* chap. 3.2.2. La forêt aussi jouit selon le droit fédéral d'une protection particulière (art. 5 LFo).
170 ATF 111 Ib 85, consid. 3.
171 WULLSCHLEGER, p. 96; A peu près dans ce sens, Arrêt du TF 1P.222/1993, du 21.10.1993, consid. 3; MOOR, *Art. 17 LAT*, No 40.

agricoles. Selon le Tribunal fédéral lui-même, « *en définissant de façon restrictive les possibilités de construction dans ces pâturages, il* [un plan d'affectation destiné à l'implantation d'éolienne] *ne permet pas une modification fondamentale de l'utilisation de sol*[172] ».

En effet, il faut reconnaître que les éoliennes ne consomme que très peu de sol, se démontent facilement, n'empêchent pas une exploitation agricole à proximité et ne présentent pas le risque d`être détournées de leur destination[173]. Il reste au demeurant possible de limiter la durée de l'autorisation exceptionnelle et d'exiger le dépôt d'une caution pour le démantèlement de la grande hélice. De même, un afflux supplémentaire de touristes, curieux de voir les éoliennes, ne représente pas un véritable danger en matière de gestion du trafic et d'équipement, vu qu'il est possible de remédier à de tels effets négatifs en réglementant l'accès aux véhicules et en balisant les chemins[174]. Dès lors, afin de respecter le principe de proportionnalité – plus précisément celui de la nécessité -, l'autorité devra vérifier la possibilité d'octroyer une autorisation de construire ou d'adopter une planification spéciale en l'assortissant de conditions ou de charges au lieu de refuser tout projet[175].

Toutefois, s'il existe des lieux d'implantation alternatifs en zone à bâtir ou sur d'autres parcelles hors de la zone à bâtir mais jouissant déjà d'un meilleur degré d'équipement (notamment à cause de l'existence d'autres éoliennes), une pesée des intérêts conforme au principe de proportionnalité pourrait justifier un refus de permis de construire[176]. En effet, l'autorité peut invoquer un intérêt public au regroupement des éoliennes résultant de la nécessité de coordonner l'équipement nécessaire à l'exploitation de l'énergie éolienne.

c) Intérêt à la protection du paysage

Enfin, l'atteinte au paysage constituera souvent un intérêt public important justifiant une limitation ou un refus à l'implantation d'éoliennes. L'atteinte visuelle peut en effet être importante, vu que ces installations prendront essentiellement place sur des sites dégagés. S'ajoutent encore le mouvement de leurs pâles et leurs dimensions parfois gigantesques.

Pourtant, de la même manière que le Tribunal fédéral a répété l'on ne pouvait admettre de façon générale que l'implantation de supermarchés à la périphérie des localités menaçait forcément l'approvisionnement de la population, c'est ne pas parce que des éoliennes s'implantent au sein d'un paysage digne de protection qu'elles lui portent nécessairement préjudice. En effet, la protection du paysage ne peut en aucun cas s'opposer valablement à l'installation d'éolienne simplement parce que l'opinion publique évoque abstraitement un conflit potentiel entre elles[177]. Autrement dit, avant que l'autorité ne décide de restreindre ou de refuser l'implantation d'aérogénérateurs, il convient de déterminer dans quelle mesure le projet concret

---

[172] ATF 132 II 408, consid. 4.5.3. La Chambre administrative du Tribunal cantonal jurassien parle lui de « *perte de surfaces minimes pour l'agriculture* » (Arrêt 4/07 du 5 décembre 2006, consid. 5.1).
[173] Pour un tableau des impacts lors de l'installation d'une éolienne, *cf.* KUNZ/REMUND/WITTWER/ BUSER, pp. 9 s.
[174] ATF 132 II 408, consid. 4.5.3
[175] *Cf.* notamment WALDMANN/HÄNNI, p. 596.
[176] FAVRE, pp. 690 s..
[177] Dans ce sens, *cf.* GRISEL, N° 778.

nuit à la préservation du paysage en question. Il s'agira donc, avant tout, pour l'autorité de déterminer ce qui est protégé dans le paysage, quelles en sont les caractéristiques et la fonction et si ces dernières sont réellement menacées[178]. Le Tribunal cantonal jurassien a d'ailleurs parfaitement illustré cette absence de conflit intrinsèque entre éoliennes et protection du paysage :

> « *Ce bocage se caractérise par des espaces ouverts, en prés ou pâturages, et des espaces ouverts, en nature de prés ou pâturages, et des espaces boisés (haies ou bosquets). Cette caractéristique ne disparaîtra pas si des éoliennes sont édifiées sur les espaces prévus à cet effet.*[179] »

Ensuite, avant de refuser l'octroi d'une dérogation ou l'adoption d'un plan d'affectation spéciale, l'autorité compétente examinera toujours, sous l'angle de la nécessité, les possibilités de satisfaire autrement la protection du paysage. Par exemple, elle exigera simplement la réduction du nombre d'éolienne ou de leur dimension ou une couleur spécifique. On pourrait même imaginer de permettre l'installation d'éoliennes en l'assortissant d'une condition consistant en une compensation paysagère (suppression de routes, antennes et autres lignes à haute tension)[180].

Enfin, la restriction imposée doit se justifier par un intérêt à la protection du paysage prépondérant à la liberté économique. Cet examen de la proportionnalité au sens étroit est le plus délicat. En effet, il n'existe aucune hiérarchie entre les différents intérêts publics que l'État se doit de prendre en compte et parmi lesquels se trouvent protection du paysage et liberté économique. Comme l'on a déjà évoqué la législation cantonale ou la réglementation cantonale n'a également pas de portée directe, même si la volonté du législateur de protéger un site doit peser grandement lors de la comparaison des intérêts en jeu.

Quoi qu'il en soit, il est évident que bâtir une nouvelle installation se révèle être, au sein d'un paysage vierge de toute construction, une atteinte au paysage plus importante qu'au sein d'un milieu déjà largement bâti. Si les éoliennes litigieuses et leurs infrastructures ne font que s'ajouter aux diverses remontées mécaniques et autres lignes à haute tension déjà existantes et ne sont visibles que depuis quelques lieux des environs, l'intérêt à la protection du paysage se révèle moindre[181]. L'existence dans les environs d'autoroutes et de ses accès, de routes à grand trafic, d'antennes, d'aérodrome réduit ainsi sensiblement l'intérêt à la protection du paysage[182]. Ensuite, la visibilité des installations joue également un rôle important. L'atteinte au

---

[178] *Cf.* sur cette question chap. 2.3.2.. Le Tribunal fédéral rappelle d'ailleurs régulièrement cette nécessité lorsqu'il est doit examiner si un paysage inscrit à l'ISOS ou à l'IFP est atteint par une éventuelle construction ou installation (*cf.* arrêt du TF non publié du 5.3.2007, consid. 6.3 et jurisprudence citée). C'est aussi la direction qu'a prise la jurisprudence allemande en matière d'implantation d'éolienne (cf. LOIBL, pp. 294 ss.).

[179] Arrêt de la Chambre administrative du Tribunal cantonal jurassien 4/07 du 5 décembre 2006, consid. 5.1.

[180] SL-FP, *Directives*, p.4. Selon moi, cette idée n'est pas mauvaise et trouve justement écho dans nombre de domaines du droit fédéral, notamment en ce qui concerne la protection des paysages inscrit à l'ISOS (BGE 127 II 273, consid. 4c; LEIMBACHER, *Art. 6 LPN*, N°s 5 ss.) et de la forêt (art. 7 LFo).

[181] ATF 132 II 408, consid. 4.5.3; Arrêt du *Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden* du 26.1.1977 674/76, consid. 2, publié dans PVG 1977 pp. 34 s.

[182] BUSER/KUNZ/HORBATY, p. 8.

paysage est ainsi moins élevée si les éoliennes ne sont visibles que depuis de rares lieux et par un minimum de résidents[183]. Toutefois, le fait que l'éolienne soit visible depuis beaucoup de lieux ne doit pas conduire l'autorité à refuser l'implantation d'éoliennes. En effet, les éoliennes seront nécessairement érigées en des endroits exposés aux vents, donc visibles. Par ailleurs, celles-ci n'apparaissent que petites dans le paysage dès quelques kilomètres d'éloignement[184]. Le Tribunal fédéral semble enfin retenir que les habitants, des villes notamment, s'accommoderaient assez bien de la vue des éoliennes[185].

En outre, l'existence d'implantations alternatives est de nouveau à examiner[186]. Dès lors, s'il existe la possibilité d'ériger une éolienne sur un autre site, présentant certes des conditions de vent moins favorables mais au sein d'un paysage moins intact (p. ex. présence d'éoliennes), le refus d'autorisation de construire ou de modification du plan de zone en question peut pleinement se justifier par l'intérêt à la protection du paysage, étant entendu que la liberté économique du promoteur éolien n'est pas gravement atteinte dans de pareils cas. De là, il peut de nouveau en résulter un principe de regroupement ou de coordination des sites destinés à l'implantation des aérogénérateurs, du moins pour les grandes installations, se justifiant pleinement par l'intérêt à la protection du paysage.

A l'inverse, le fait qu'il n'existe pas de meilleures alternatives ne signifie pas qu'il faille obligatoirement autoriser l'érection d'une éolienne ou adopter un plan d'affectation spécial destiné à un parc éolien sur le lieu de l'implantation projeté[187]. Interdire l'implantation d'éolienne sur un site méritant spécialement d'être protégé reste en effet proportionné. Néanmoins, plus l'interdiction ou la limitation à l'installation d'éoliennes sera étendue sur le territoire, plus l'intérêt à la protection du paysage devra être significatif, si bien qu'il est peu vraisemblable qu'une interdiction ou une large limitation sur le territoire cantonal se révèle proportionnée[188].

d) Intérêt à la production d'énergies renouvelables

Enfin, l'intérêt public à la protection du paysage et de l'utilisation mesurée du sol doit encore être prépondérant l'intérêt public à la production d'énergie renouvelable qui doit également être intégré à la pesée des intérêts[189]. Cette question est néanmoins traitée à la partie 3.

2.2.4. Respect du principe de la liberté économique et égalité entre concurrents

L'adoption d'une loi consacrant la beauté du paysage et restreignant l'implantation d'éolienne isolée, l'octroi ou le refus d'une autorisation exceptionnelle de construire ou d'adoption d'une planification hors de la zone à bâtir sont autant de mesures qui défavorisent les producteurs d'énergie éolienne au sein du marché

[183] ATF 132 II 408, consid. 4.5.3
[184] KOITEK, pp. 113 s., qui développe la problématique de la visibilité des éoliennes dans la jurisprudence allemande.
[185] *Ibid.*; Cependant, pour pouvoir argumenter de telle sorte, c'est bien la notion de paysage ainsi que sa fonction qu'il faut déterminer (*cf.* chap. 2.3.2).
[186] Notamment WALDMANN/HÄNNI, p. 595; WULLSCHLEGER, p. 84.
[187] *Cf.* chap. 2.1.3..
[188] *Cf.* chap. 2.1.3.. De plus, une telle restriction serait suspecte d'être contraire au droit fédéral (*cf.* chap. 3.1.2.c).
[189] TSCHANNEN/ZIMMERLI, p. 141.

de l'électricité. On peut dès lors se demander si de telles mesures ne représentent pas des mesures de politique économique dérogeant au principe de la liberté économique qui devraient donc reposer sur une base constitutionnelle ou, du moins, si elles respectent le principe de la neutralité concurrentielle ou de l'égalité entre concurrents[190].

A vrai dire, la première question ne semble pas avoir de portée propre par rapport à l'examen de la proportionnalité des limitations pour des motifs de protection du paysage[191]. En effet, chaque fois qu'une mesure va au-delà de ce qu'exige l'aménagement du territoire, et en cela notamment la protection du paysage, l'on suspectera logiquement la volonté de diriger le marché de l'électricité selon un certain plan, ce qui est en principe interdit aux cantons.

De même, le principe de l'égalité entre concurrents ou de la neutralité concurrentielle ne se distinguera pas fondamentalement de l'examen de la proportionnalité même si, par essence, la protection du paysage entraîne, par effet collatéral, une certaine distorsion de la concurrence au préjudice de l'énergie éolienne face à certaines autres productions d'électricité. Tout au plus, peut-on y déceler un rappel de l'obligation de peser attentivement et concrètement les intérêts en jeux[192].

Quant à l'égalité entre (potentiels) exploitants concurrents de parcs éoliens, comme une planification et une coordination régionale s'imposent et qu'il résulte un nombre restreint de sites d'implantation possibles, celui qui en bénéficie se trouve, certes, en position favorable, voire dominante, sur le marché de l'électricité à partir d'agents renouvelables[193]. Toutefois, cette distorsion évidente de concurrence résistera à tout grief si la planification et la coordination des sites repose sur des critères objectifs liés à l'aménagement du territoire et à la protection du paysage. Il en va à peu près de même en ce qui concerne l'installation d'éoliennes isolées, une atteinte à l'égalité entre concurrents devant tout de même être intégrée à la pesée des intérêts et pouvant ainsi justifier un refus d'autorisation exceptionnelle de construire[194]. A l'inverse, il s'agit d'intégrer à la pesée des intérêts justifiant l'octroi d'une telle autorisation le risque que celle-ci constitue, au regard du respect de l'égalité entre concurrents, un précédent néfaste à la protection du paysage[195].

---

190 *Cf.* chap. 2.1.2..
191 Dans ce sens, *cf.* notamment RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrech*t, Nos 309 ss; RHINOW, *Art. 31 aCst.*, No 188.
192 RHINOW, *Art. 31 aCst.*, No 185.
193 Sur ce phénomène, *cf.* ZUFFEREY, *AT et liberté économique*, pp. 41 ss.
194 BANDLI, No 122.
195 WULLSCHLEGER, pp. 86 s..

2.3. PROBLEMES

2.3.1. Insécurité juridique

En soi, tant la procédure d'autorisation exceptionnelle de construire que la procédure de planification spéciale permettent de respecter la liberté économique des divers promoteurs de projets éoliens. Même si les aérogénérateurs ne peuvent en principe être érigés hors de la zone à bâtir, c'est-à-dire là où ils seront en règle générale exploités de manière économique, la pesée des intérêts, en intégrant l'intérêt privé à l'exercice de la liberté économique, permet en quelque sorte d'examiner ce principe sous l'angle de sa proportionnalité et, cas échéant, d'y déroger. L'autorité compétente peut ainsi traiter de tels projets avec flexibilité et prendre en compte les cas spéciaux. Toutefois, la nécessité d'adapter la planification ou d'y déroger présente l'inconvénient considérable d'une insécurité juridique accrue[196].

Tout d'abord, il existe une certaine insécurité quant à la procédure à engager. En effet, même si la jurisprudence a déjà fourni quelques précisions au sujet de l'obligation de planifier, le promoteur éolien ne saura pas toujours si l'installation de l'éolienne projetée devra faire l'objet d'une planification spéciale ou, simplement, d'une autorisation. Pourtant, cette question semble primordiale vu que, contrairement à l'élaboration d'un plan d'affectation, l'on reconnaît un droit à l'obtention de l'autorisation de construire hors zone à bâtir lorsque les conditions à son octroi sont réunies[197]. De plus, la longueur des deux procédures n'est en rien comparable. L'autorité compétente n'est pas identique : d'un côté, lors de l'examen d'octroi de l'autorisation de construire, le promoteur se trouve face à une autorité administrative cantonale, de l'autre côté, lors de l'élaboration d'un plan d'affection spécial, il est souvent confronté à une autorité législative communale qu'il est parfois difficile de cerner[198].

Enfin, la difficulté d'apprécier l'atteinte réelle que porte l'implantation d'éoliennes au paysage ainsi que la large liberté d'appréciation dont dispose l'autorité compétente dans la pesée des intérêts ou de l'examen de proportionnalité ne font que renforcer cette insécurité juridique.

2.3.2. Difficulté d'apprécier l'intérêt à la protection du paysage

Si une certaine insécurité juridique est inhérente à tout projet éolien, ce phénomène est encore accentué par la difficulté de définir, d'une part, ce qu'est le paysage et, d'autre part, l'intensité de l'atteinte que l'implantation des grandes hélices peut lui porter. D'ailleurs, le constituant et le législateur fédéral se sont, par

---

[196] KILCHENMANN, pp. 15 et 17.

[197] *Cf.* notamment ATF 117 Ib 379, consid. 4d, qui reconnaît qu'il faut accorder l'autorisation dès que les conditions de l'art. 24 LAT sont remplies; WALDMANN/HÄNNI, p. 579.

[198] Art. 25 et 26 LAT. Pour une approche critique sur l'insécurité juridique relative aux projets hors zone à bâtir, *cf.* MARTI, pp. 367 s..; SCHMID, p. 279 s..

exemple, bien garder de préciser la notion et la fonction du paysage[199] et le Tribunal fédéral a, bien évidemment, évité de qualifier la valeur esthétique des éoliennes[200].

Tout d'abord, d'un point de vue anthropologique, le paysage est un construit social, il consiste donc en une représentation qui n'a pas de réalité objective. Le paysage se distingue d'autres concepts proches (espaces, nature, etc.) en associant au substrat physique le regard d'un individu socialement et culturellement déterminé. Regard et subjectivité sont donc des éléments constitutifs du paysage[201]. On retrouve d'ailleurs quelque peu cette définition anthropologique du paysage lorsque le Tribunal fédéral considère que l'atteinte au paysage est moindre dès le moment où les éoliennes ne sont visibles que depuis quelques lieux[202]. Dès lors, le paysage n'a d'existence propre qu'en fonction des multiples valeurs, finalités et caractéristiques que le regard de l'homme lui attribue (p. ex. valeur productive, marchande, identitaire et patrimoniale, de loisir et d'habitat)[203]. En cela, le paysage ne doit pas être confondu avec la nature qui a une valeur objective propre.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier qu'il s'agit – du moins lorsque l'on se réfère au paysage jurassien – d'un paysage jardiné, d'une nature cultivée, bref d'une création humaine qui ne survivrait pas à l'abandon de son exploitation extensive[204]. De même, historiquement, nous n'avons finalement que le paysage que nos ancêtres nous ont façonné génération après génération. En effet, le paysage évolue en permanence. Il est ainsi contraire à ce processus de vouloir préserver une certaine esthétique que les photos et peinture du XIXe siècle ont figée[205].

Enfin, certains font valoir que, de toute façon, les éoliennes n'enlaidissent en rien le paysage, que prétendre le contraire n'est finalement qu'une question subjective qui a un lien étroit avec une certaine habitude[206]. Ce que nous ressentons aujourd'hui comme élément dérangeant dans notre paysage cultivé, peut-être le percevrons-nous demain comme normal et le qualifierons-nous après-demain comme digne de protection et, cela, un peu à la manière des moulins d'antan. D'autres, à l'image des propos du Conseiller fédéral Moritz Leuenberger, semblent aller jusqu'à soutenir que des éoliennes sont en soi de belles constructions[207]. Ils arguent en outre le fait que leur gigantisme et leur élégance attirent d'ailleurs les touristes, ce qui est d'ailleurs rentable[208]. De tels propos esquissent finalement une évaluation économique ou monétaire d'une éventuelle atteinte des éoliennes au paysage[209].

---

199 ROHRER, *Begriffe*, N°s 22 ss..
200 ATF 132 II 408, consid. 4.5.3
201 DROZ/MIEVILLE-OTT/SPICHIGER/FORNEY, p. 4.
202 ATF 132 II 408, consid. 4.5.3
203 DROZ/MIÉVILLE-OTT/SPICHIGER/FORNEY., pp. 23 ss.
204 Ibid, p. 42. Cet argument a d'ailleurs déjà été relevé par la Chambre administrative du Tribunal cantonal jurassien : « En ce qui concerne l'impact visuel que pourraient avoir les trois éoliennes en cause, le Service de l'aménagement du territoire remarque avec pertinence que le paysage franc-montagnard a été grandement façonné par la main de l'homme et qu'il n'y a pas de raison de le figer complètement aujourd'hui (Arrêt 4/07 du 4.10.2007, consid. 5.1). »
205 GUERIN, pp. 7 s.
206 SCHUPPLI/BURI, p. 9. C'est d'ailleurs ce que semble démontrer une étude menée auprès des habitants vivant à proximité du Mont-Crosin, plus grand parc éolien suisse (DROZ/MIEVILLE/MONSUTTI, p. 17 s.).
207 « Ich selbst – ich gebe es zu – habe Freude an diesen gigantischen Windrändern (BO CE 2006 p. 881). »
208 Arrêt de la Chambre administrative du Tribunal cantonal jurassien 4/07 du 5 décembre 2006, consid. 5.2.
209 *Cf.* notamment TANGERINI/SOGUEL; ZUFFEREY pp. 40 s

Ces différents aspects de la protection du paysage lors de l'installation d'éoliennes compliquent dès lors encore davantage la tâche des autorités de planification lors de la pesée des intérêts et l'examen de proportionnalité en rendant plus difficile à déterminer si le paysage est atteint dans sa fonction ou dans sa finalité qui, seule, permet d'apprécier l'atteinte que l'éolienne peut lui porter.

3. L'IMPLANTATION D'EOLIENNES COMMME TACHE OU INTERET FEDERAL

Les Chambres fédérales se sont résolues à promouvoir l'utilisation des énergies renouvelables. Le but clair du législateur est désormais d'augmenter la part de l'énergie éolienne au sein du marché de l'énergie. Le caractère limité des ressources, les multiples pollutions de l'environnement et notre dépendance vis-à-vis de l'étranger rendent nécessaires de telles mesures de diversification énergétique, ne serait-ce que pour contribuer à la sécurité de notre ordre économique et, partant, à la liberté économique[210]. Cette politique économique fédérale (*Versorgungspolitik*) ainsi que le droit fédéral qui la met en œuvre pourront cependant développer leurs effets uniquement dans la mesure où les cantons et les communes n'en contrecarrent pas les effets dans le cadre de l'aménagement de leur territoire ou de leurs législations sur la protection du paysage. Il est ainsi essentiel de déterminer la place de l'énergie éolienne au sein de l'ordre juridique suisse et d'éclaircir la marge de manœuvre des autorités cantonales et communales face aux exigences du droit fédéral découlant de la LAT (*cf.* 3.1.1) et de la nouvelle LEne (*cf.* 3.1.2) lorsqu'elles se trouvent confrontées à un projet éolien. Ce faisant, nous n'omettrons pas d'aborder la question controversée des limites à l'ingérence de la Confédération dans la planification des sites dédiés à l'installation d'éolienne par l'adoption d'un plan sectoriel ou par celle d'une conception (*cf.* 3.1.3)?

Enfin, si l'utilisation économique de l'énergie éolienne est un intérêt privé protégé sous le couvert de la liberté économique, elle est également un intérêt public économique que la Constitution soutient sous le couvert de l'intérêt à un approvisionnement diversifié et indigène en énergie. Dès lors, il convient de déterminer son importance au sein de notre ordre juridique, un tel intérêt devant en effet guider la pesée des intérêts à laquelle doivent procéder les autorités de planification (*cf.* 3.2.1). Cette question pourrait en effet se révéler cruciale; comme nous le verrons, si l'on admet que l'utilisation accrue de l'énergie éolienne est d'importance nationale, elle pourrait justifier l'implantation d'aérogénérateurs au sein de paysages inscrits à l'un des inventaires fédéraux des sites à protéger (*cf.* 3.2.2).

3.1. EXIGENCES DU DROIT FEDERAL

3.1.1. Selon le droit de l'aménagement du territoire

La LAT prévoit que la Confédération, 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[211]. Cette même loi fédérale précise encore que l'aménagement du territoire doit tenir compte des

[210] RICHLI, *Energiepolitik*, p. 8; MCF, *article énergétique*, p.331; *Cf.* aussi Christen, rapporteur de la commission parlementaire, BO CN 2005 p. 1078: « *Les préoccupations de la commission [parlementaire] n'ont pas seulement été d'ordre environnemental, mais aussi économique*».
[211] Art. 1 al. 2 let. d LAT.

besoins de la population et de l'économie et assurer les conditions cadres dont dépend un approvisionnement suffisant en biens et services[212]. Même si le texte légal ne le mentionne pas, tant la jurisprudence que la doctrine considèrent que ces normes trouvent une application particulière en ce qui concerne l'approvisionnement en énergie, donc en matière de production d'énergies indigènes et renouvelables[213].

Toutefois, si les principes susmentionnés tendent à préciser le cadre dans lequel peut s'exprimer la liberté d'appréciation des autorités de planification ainsi qu'à encourager l'utilisation des énergies renouvelables, il n'en demeure pas moins que leur portée normative est relativement faible. En effet, selon le Tribunal fédéral, ces principes de planification ne constituent que des éléments d'appréciation et des critères de décision (*Zielvorstellungen, Wertungshilfen und Entscheidungskriterien*)[214]. Le principe d'un aménagement devant assurer un approvisionnement suffisant en énergie n'a, dès lors, aucune valeur absolue et ne l'emporte pas, simplement par principe, face à l'intérêt à la préservation du paysage et à une utilisation mesurée du sol, principes également consacrés à l'art. 1 et 3 de la LAT. Tous ces principes ne servent en somme qu'à orienter la traditionnelle pesée des intérêts inhérente à toute planification du territoire et ne déploient d'effets juridiques que dans le cadre de celle-ci. Au demeurant, les autorités de planification jouissent en la matière d'une certaine liberté d'appréciation qui doit être respectée par les autorités supérieures, à savoir notamment par les autorités administratives et judiciaires fédérales[215]. Elles doivent néanmoins apprécier, au cas par cas, l'intérêt public à un approvisionnement suffisant en énergie auquel contribue chaque projet éolien et l'intégrer judicieusement à la pesée des intérêts conduisant soit au refus du projet, soit à son acceptation.

Par conséquent, la LAT ne contraint pas au travers de ses principes généraux les autorités de planification à prévoir des zones destinées à l'installation d'éolienne, ni à octroyer largement des autorisations de construire de tels aérogénérateurs hors de la zone à bâtir. Elle n'interdit pas davantage d'adopter des normes restrictives en matière d'implantation d'éoliennes au sein de territoires qui se prêteraient pourtant bien à l'exploitation des vents. Toutefois, ces règles de droit fédéral rappellent que l'intérêt à la production d'énergie indigène et renouvelable doit obligatoirement être pris en compte par le législateur cantonal lorsqu'il décide de protéger un paysage et ainsi d'y limiter, voire d'y interdire, toute installation d'éoliennes. Il en va de même pour l'autorité administrative cantonale lorsqu'elle refuse de délivrer l'autorisation exceptionnelle de construire hors zone à bâtir et, enfin, pour l'autorité communale lorsqu'elle refuse d'adopter un plan spécial d'affectation destiné à l'implantation de grandes hélices[216].

---

[212] Art. 3 al. 3 et al. 3 let. d LAT

[213] ATF 132 II 408, consid. 4.5.1; TSCHANNEN, *Art. 1 LAT*, N⁰ 40; JÄGER, p. 18; WALDMANN/HÄNNI, p. 23; ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, N⁰ 140.

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

[215] Art. 2 al. 3 LAT.

[216] WALDMANN/HÄNNI, pp. 76 ss.; TSCHANNEN, *Art. 3 LAT*, N° 13.

3.1.2. Selon le droit de l'énergie

a) Généralités

Comme nous l'avons vu, le législateur fédéral a décidé de renforcer la promotion de l'énergie éolienne dans le cadre de la révision de la LEne. Or, d'après l'art. 49 al 1 Cst., l'adoption ou à l'application de règles cantonales ne devraient pas éluder les effets ni contredire le sens ou l'esprit du droit fédéral, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en œuvre[217]. Selon une formulation d'AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, « *le droit cantonal ne doit pas, en d'autres termes, faire écran à la mise en œuvre du droit fédéral*[218] ». Dès lors, on pressent déjà que les partisans de l'énergie éolienne argumenteront que les autorités de planification cantonales ou communales doivent désormais s'abstenir d'adopter des réglementations et des zones de protection du paysage restreignant l'implantation des éoliennes. *Quid* ?

b) Absence de portée normative directe

Tout d'abord, même si les prescriptions de la nLEne sont supposées lier les autorités dans l'accomplissement de leurs tâches, il convient d'emblée de reconnaître que les objectifs chiffrés en matière de production électrique à partir d'agents renouvelables, qui ont été fixés à l'art. 1 al. 3 et 4 nLEne[219], n'ont qu'une portée normative réduite pour les cantons, et d'autant plus pour les communes, en ce qui concerne la planification des éoliennes. Cet aspect a d'ailleurs été rappelé à maintes reprises durant les débats parlementaires relatifs à l'adoption de la nLEne[220]. Au surplus, ne répartissant d'ailleurs aucun objectif particulier ou chiffré aux différents cantons qui restent largement compétents en matière de politique énergétique, la loi révisée laisse ces derniers libres de choisir les moyens qu'ils entendent mettre en œuvre afin d'augmenter la part de production électrique des énergies renouvelables[221]. Par exemple, dans le cadre de leur politique énergétique et en fonction de leurs particularités, les cantons et les communes peuvent mettre l'accent sur d'autres énergies renouvelables pour atteindre les objectifs fixés par la Confédération. Par conséquent, les buts fixés à l'art. 1 al. 3 et 4 n'interdisent en soi pas directement les cantons ou les communes d'adopter une position restrictive face à l'implantation d'aérogénérateurs.

Ensuite, le législateur fédéral s'est certes résolu à encourager les projets exploitant l'énergie éolienne grâce au système de la RPC. Il est également vrai qu'il ressort de l'esprit de la loi que le nombre d'éoliennes, petites ou grandes, doit être augmenté. Toutefois, selon l'art. 7a al. 1 nLEne, seules les installations

---

[217] ATF 128 I 295, consid. 3b ; *cf.* chap. 1.2.2..

[218] AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, N°s 1060 ss.

[219] *Cf.* chap. 1.2.3.. Cette article ambitieux prescrit une augmentation sensible de la production d'électricité à partir d'agents énergétiques renouvelables.

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

[221] JAGMETTI, *Energierecht*, N° 7105. C'est d'ailleurs ce qu'a déjà reconnu le *Bundesverwaltungsgericht* en Allemagne. Ni les accords de Kyoto, ni la directive européenne fixant des objectifs chiffrés aux pays membres n'oblige les *Länder* allemands à prévoir de larges zones pour l'implantation d'éoliennes ou de largement les autoriser (*Entscheid des BVerwG* 4 C 4.02, consid. 3.3).

« *adaptées au site concerné* » ont le droit de bénéficier de la RPC. Or, ces quelques mots ont été expressément introduits 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 le régime juridique en matière d'aménagement du territoire et de la protection du paysage[222]. Par ce renvoi implicite aux exigences cantonales relatives à l'aménagement du territoire et à la protection du paysage, la nLEne évite savamment les conflits de principe avec l'ordre juridique cantonal.

Enfin, même si l'art. 6a nLEne instaure certes une certaine obligation de privilégier les techniques efficientes de production d'énergie et sans incidences sur le climat dès le moment où la sécurité de l'approvisionnement en énergie à long terme est menacée, la portée de cette disposition semble toutefois ne pas avoir une réelle influence sur l'ordre juridique de l'aménagement du territoire et de la protection du paysage. En effet, d'une part, cet article ne se rapporte de nouveau, selon sa lettre, qu'aux installations « adaptées au site concerné ». Or, comme nous venons de le voir, cette précision tend justement à éviter d'accorder tout allégement en matière de planification et de protection du paysage lors de projet éolien. D'autre part, vu le niveau d'abstraction de la norme, sa portée normative a été, non sans avoir été débattue, expressément nuancée par les Chambres fédérales qui l'ont notamment qualifiée de « *déclaratoire*[223] »[224].

En définitive, vu ce qui précède, il ne résulte *a priori* aucune contradiction avec les exigences de la nLEne et d'éventuelles législations ou planifications cantonales restrictives à l'égard de l'implantation d'éoliennes se fondant sur des motifs d'aménagement du territoire et de protection du paysage. Au demeurant, le droit ou la planification édictés par les cantons, qui restent d'ailleurs largement compétents en matière de protection du paysage et d'aménagement du territoire, ne doivent pas être évincés à chaque fois qu'ils rendent plus difficiles l'application du droit fédéral ainsi que l'atteinte de ses objectifs[225]. En effet, le droit fédéral et le droit cantonal s'appliquent cumulativement, même s'il existe un conflit d'ordre général entre eux. Comme le reconnaît le Tribunal fédéral, un conflit entre droit fédéral et droit cantonal ne suffit pas encore pour annuler ou restreindre ce même droit cantonal. Il n'est effectivement, *a priori*, pas interdit aux cantons de poursuivre d'autres buts que la Confédération en traitant le même objet pour autant qu'ils ne contrecarrent pas l'accomplissement de ses tâches et ses objectifs[226].

---

[222] « Hier geht es in erster Linie um Fragen wie Windgeschwindigkeit, Windmengen und Strömungsdauer im Jahresverlauf sowie andere entsprechende, eben technische Fragen. Anderseits verweist er auch auf die Eignung im Sinne der Güterabwägung mit den bestehenden landschaftsschützerischen Kriterien (BO CE 2006 p. 879, Lauri, initiateur de la modification). »
[223] Schmid-Sutter, rapporteur de la commission, BO CE 2006 p. 875.
[224] BO CE 2006 p. 2006 pp. 875-877.
[225] *Cf.* SALADIN, *Art. 2 DT aCst.*, N° 39.
[226] ATF 111 Ia 303, consid. 5a; cf. également SALADIN, *Art. 2 DT aCst.*, Nos 27 ss.; TSCHANNEN, *Staatsrecht,* p. 325 s.

c) Interdiction d'une planification restrictive ?

Toutefois, il serait erroné de considérer que la nLEne n'interfère en aucun cas, ne serait-ce qu'indirectement, sur notre ordre juridique relatif tant à l'aménagement du territoire que à la protection du paysage.

En effet, à mon avis, la nouvelle loi fixe indirectement un certain cadre à la planification de l'implantation d'éoliennes. Elle interdit notamment l'adoption d'une planification ou d'une réglementation qui empêcherait, pour diverses raisons, l'installation d'aérogénérateurs sur une grande partie des sites présentant de bonnes conditions de vent ou qui délimiterait, de manière exclusive, des zones destinées à l'implantation d'éoliennes présentant des conditions de vents médiocres. Une telle pratique mettrait en effet en péril les objectifs fédéraux en matière de production électrique à partir d'énergie renouvelable qui ne peuvent être atteints que par un développement considérable de l'énergie éolienne. D'ailleurs, dans un sens à peu près pareil, le Tribunal fédéral a déjà reconnu la nullité d'une réglementation communale qui avait pour effet d'interdire l'installation d'antennes de téléphonie mobile sur une grande partie du territoire bâti[227]. En effet, selon le notre instance suprême, cette réglementation n'aurait pas été compatible avec la Loi fédérale sur les télécommunications (LTC) qui vise, entre autres, à garantir qu'un service universel, sûr et d'un prix abordable soit fourni à toutes les catégories de la population et dans tout le pays[228]. De même, même si les cantons et les communes ne sont pas tenus de favoriser l'implantation d'éoliennes, ils sont tout de même clairement tenus de veiller à ce que leurs ordres juridiques en matière d'aménagement du territoire et de protection du paysage ne mettent pas en péril les objectifs ambitieux ancrés dans la nLEne. Cette conclusion est particulièrement d'actualité pour les cantons au fort potentiel éolien.

Toutefois, alors que cette conclusion paraît évidente dans son principe, je dois reconnaître qu'il est difficile de saisir sa portée pratique réelle. Par exemple, il ne pourrait en aucun en être déduit qu'un refus d'autorisation ou de planification spéciale est en soi contraire au droit fédéral, simplement parce qu'une admission plus large des éoliennes permettrait d'atteindre plus rapidement les objectifs fixés par le droit fédéral[229].

Finalement, la question de la conformité de la décision, de la planification ou du droit cantonal et communal par rapport à la nLEne semble davantage se résumer à la question de savoir si ces derniers sont le résultat d'une juste pesée des intérêts intégrant les objectifs de la nouvelle loi fédérale. Une telle approche revient à vrai dire à se rallier à la formulation de SALADIN selon laquelle « *le droit cantonal est inapplicable, in concreto, lorsqu'il ne sert pas des intérêts au moins aussi importants que ceux de la Confédération, mais n'est qu'un prétexte pour contrecarrer le droit fédéral* [230]».

---

[227] ATF 133 II 353, consid. 4.2.; Sur la jurisprudence du TF en la matière, *cf.* AEMMISEGGER, pp. 14 ss.
[228] Art. 1 al. 2 let. a LTC.
[229] Dans ce sens, *cf.* également *Entscheid des BVerwG* 4 C 4.02, consid. 3.3..
[230] SALADIN, *Art. 3 aCst.,* N° 216.

En définitive, seule la proposition, lancée dans les milieux de défense du paysage[231], de refuser ou d'exclure toutes installations isolées à moins qu'elle ne servent l'approvisionnement décentralisé en électricité, est en soi clairement contraire au droit fédéral qui a décidé d'accorder le bénéfice de la RPC à toutes installations, petites et isolées comprises.

3.1.3. Compétence fédérale à l'adoption d'un plan sectoriel ou d'une conception

La Confédération pourrait-elle résoudre les conflits d'intérêts entre les objectifs de la l'art. 89 Cst., concrétisés par la nLEne, et ceux de l'aménagement du territoire par l'élaboration d'une planification fédérale relative à la problématique de l'implantation d'éoliennes ?

Selon l'art. 13 al. 1 LAT, pour exercer celles de ses activités qui ont des effets sur l'organisation du territoire, la Confédération établit les conceptions et plans sectoriels nécessaires. Ces deux instruments de planification permettent à la Confédération de définir certains objectifs et mesures de planification. Le plan sectoriel peut contenir en sus des instructions claires et procéder à des localisations concrètes (p. ex. définition de sites d'implantation)[232]. La Confédération peut ainsi montrer comment elle entend exercer celles de ses activités qui ont des effets sur l'organisation territoriale[233]. Une telle planification fédérale ne peut cependant être élaborée que dans les domaines de la compétence de la Confédération. Elle doit en outre répondre à un besoin de coordination et respecter les attributions cantonales[234]. De là se pose la question de la possibilité pour la Confédération d'adopter un plan sectoriel ou une conception relative à l'implantation de parcs éoliens, voire des installations isolées, qui limiteraient la marge de manœuvre des autorités cantonales et communales en la matière.

Tout d'abord, comme nous l'avons déjà évoqué, il appert que la problématique de l'installation d'éoliennes et, surtout, des parcs éoliens, nécessite effectivement une certaine coordination à un niveau suprarégional tant pour des raisons d'utilisation mesurée du sol que de protection du paysage[235]. Une réponse juridique claire s'avère néanmoins davantage complexe s'agissant de l'éventuelle compétence fédérale à l'élaboration d'une planification nationale. Celle-ci peut certes se fonder directement sur la Constitution, puisqu'elle ne nécessite aucune délégation législative, qui ne serait pas donnée en l'espèce[236]. Dans ce cadre, la compétence fédérale en matière d'utilisation des énergies indigènes et renouvelables joue un rôle central[237]. Même limitée au principe et faisant face à la compétence concurrente des cantons en matière de politique

---

[231] SL-FP, *Directives*, p. 3.
[232] Art. 14 et 15 OAT.
[233] BÜHLMANN, p. 3.
[234] ARE, *Conceptions et plans sectoriels*, pp. 22 s.
[235] *Cf.* chap. 2.2.3.b et c.
[236] Art. 23 al. 1 OAT; ARE, *Conceptions et plans sectoriels*, p. 16. Pour un avis nuancé, *cf.* JAGMETTI, *Energierecht*, N° 2210.
[237] *Cf.* chap. 1.2.2.. On pourrait éventuellement imaginer fonder un plan sectorielle sur la compétence fédérale en matière de mesures préventive pour assurer l'approvisionnement du pays (art. 102 Cst.). La SL-FP ne peut en aucun cas être suivi lorsque la réglementation sur les raccordements aux réseaux à moyenne et haute tension car le besoin de coordination ne résulte pas de la sécurité du réseau (SL-FP, *Directives*, pp. 2 s.).

énergétique, elle suffit *a priori* à établir une compétence fédérale à l'adoption d'une conception. En effet, une compétence constitutionnelle limitée aux principes suffit à l'adoption d'un instrument qui, justement, ne fixe que des principes de planification[238]. En revanche, la question est nettement plus délicate quant à l'éventuelle compétence fédérale à l'adoption d'un plan sectoriel. Même si le Conseil fédéral a prétendu, lors de l'adoption de la compétence fédérale sur l'utilisation des énergies indigènes et renouvelables, que cette dernière permettrait, cas échéant, d'élaborer le plan sectoriel en question[239] et si les milieux proches de la protection du paysage requièrent l'élaboration d'une telle planification[240], de nombreuses voix s'élèvent à l'inverse contre un éventuel impérialisme fédéral en matière de planification et de protection du paysage[241]. Quoi qu'il en soit, la question de l'existence d'une base légale suffisante ou non importe peu selon moi, aucune compétence fédérale en la matière étant aujourd'hui exclue pour un autre motif raison.

En effet, selon la Constitution, la Confédération doit respecter le principe de subsidiarité dans le cadre de sa politique énergétique et, donc, également dans sa politique en matière d'utilisation des énergies renouvelables[242]. Cette règle tend notamment à éviter que la Confédération n'exerce ses compétences en mettant en place des mesures qui se recouperaient avec celles des cantons[243]. Dès lors que l'on sait que la plupart des cantons se sont attelés, ou sont en train de le faire, à régler au sein de leurs plans directeurs cantonaux la question de l'implantation des parcs éoliens et cela de façon satisfaisante[244], il serait difficile pour le Conseil fédéral de fonder un besoin de régler l'implantation des parcs éoliens au niveau fédéral. Par conséquent, le principe de subsidiarité excluant toute compétence de la Confédération, le Conseil fédéral ne peut adopter un plan sectoriel éolien. On notera toutefois qu'une conception fédérale ne violerait toutefois pas nécessairement le principe de subsidiarité vu sa force normative limitée et la marge de manœuvre qu'elle laisse aux cantons. Cette dernière possibilité ne doit dès lors pas être exclue.

Cependant, la Confédération peut quoi qu'il en soit toujours influer sur la planification des sites éoliens et leur coordination au niveau national ou, du moins intercantonal, par le biais de l'approbation des plans directeurs cantonaux[245]. En effet, dans le cadre de cette procédure, elle peut exiger des cantons qu'ils prévoient certains principes directeurs relatifs à l'implantation des grandes hélices au sein de leur paysage et qu'ils coordonnent leur planification avec celles des autres cantons[246]. Enfin, il va de soi qu'il reste loisible à la Confédération d'élaborer des études de bases fixant certains principes de base non contraignants à disposition des cantons et des communes lorsque celles-ci sont confrontées à la planification de l'implantation

---

238 Dans ce sens, *cf.* WALDMANN/HÄNNI, p.294. *Cf.* également, JAGMETTI, *Energierecht*, N° 1322..
239 MCF, *article énergétique*, p. 336.
240 SL-FP, *Directives*, pp. 2 s..
241 BÜHLMANN, p. 4.
242 *Cf.* chap. 1.2.2..
243 WEBER/KRATZ, pp. 82 s.; AUBERT/MAHON, p. 390, N°s 14 ss.; RHINOW, *Grundzüge*, N° 565; *cf.* aussi chap. 1.2.2.
244 P. ex. Fiche 5.05 du plan directeur du Canton du Jura; Fiche 9-0-04 du plan directeur du Canton de Neuchâtel; Fiche 19 du plan directeur du Canon de Fribourg. *Cf.* encore le *Grundlagebericht über Windenergie* de juin 2007 du Canton de Lucerne qui prépare la planification directrice cantonale, consultable sur www.umwelt-luzern.ch .
245 Art. 11 LAT.
246 BÜHLMANN, p. 6.

d'éoliennes sur leurs territoires[247].

3.2. QUALIFICATION DE L'INTERET PUBLIC A L'UTILISATION DE L'ENERGIE EOLIENNE

3.2.1. Un intérêt public important mais relatif

La nécessité de développer l'utilisation des énergies renouvelables est une évidence vu les perspectives climatiques et énergétiques mondiales et, par là même, de notre pays. Cette nécessité a d'ailleurs trouvé écho dans divers accords internationaux ratifiés par la Confédération, dans les diverses législations de notre pays en passant par les constitutions fédérale et cantonales[248]. Si les Chambres fédérales ont insisté sur l'intérêt public important à l'utilisation des énergies renouvelables, le Tribunal fédéral avait, en 2006 déjà, cristallisé l'intérêt public à l'utilisation des énergies renouvelables. Il avait alors considéré que l'intérêt public à la réalisation d'un parc éolien sur le site du Crêt-Meuron, dans le Jura neuchâtelois, l'emportait sur l'intérêt public à la préservation d'un paysage qui était pourtant classé au sein d'une zone cantonale de protection du paysage[249].

Selon le Tribunal fédéral, peu importe que les éoliennes ne produisent qu'un faible pourcentage de la consommation d'électricité ou que leur non-construction ne compromette pas l'approvisionnement du pays en énergie. Avec de tels arguments, il n'existerait jamais d'intérêt public à l'aménagement d'éoliennes qui, par essence, ne produisent que peu d'énergie face aux autres moyens de production électrique. Par contre, le futur épuisement des ressources fossiles, le réchauffement climatique et la forte dépendance de la Suisse face à l'étranger en matière d'énergie sont, eux, des facteurs pertinents en ce qui concerne l'appréciation de l'intérêt public d'un projet éolien. Ce qu'il faut retenir, c'est que la réalisation d'un tel projet tend à favoriser à long terme les diverses sources d'énergie renouvelable et, par là même, tend à éviter les changements radicaux qui se présenteront bientôt en matière de politique énergétique et environnementale. Dès lors, il faut reconnaître un intérêt public important à la réalisation d'éoliennes[250].

Toutefois, notre cour suprême mentionne aussi le fait que ce projet correspondait à une politique cantonale concrète, coordonnant les différents intérêts en présence et visant une efficience maximale des éoliennes :

---

[247] C'est d'ailleurs ce qu'elle a déjà fait à travers une étude nommée « *Concept d'énergie éolienne pour la Suisse* »; consultable depuis www.bfe.admin.ch.

[248] Art. 2 du Protocole de Kyoto ratifié le 9.8.2003 (RS 0.814.011); Art. 89 al. 1 Cst.; Art. 35 al. 2 de la Constitution cantonale du Canton de Berne (RS 131.212); Art. 1 LEne; Art. 1 al. 2 LApEl; *Etc.*.

[249] ATF 132 II 408,

[250] ATF 132 II 408, consid. 4.5.2..

*« Il suffit en effet d'exposer **dans quel cadre** s'inscrivent les mesures d'encouragement de l'énergie éolienne. Le développement de cette énergie est clairement **conforme aux programmes des autorités**, là où la géographie le permet, soit spécialement dans l'arc jurassien et notamment dans le canton de Neuchâtel. (…) Il ressort du "rapport de conformité/notice d'impact" que les éoliennes projetées sont, de ce point de vue, **plus compétitives** que des éoliennes de la génération précédente (notamment à cause de la hauteur du rotor). (..)Le projet litigieux **constitue l'essentiel des possibilités** de production de nouvelles énergies renouvelables à court terme (d'ici à 2010) dans le canton de Neuchâtel (…). La politique énergétique d'un canton peut au demeurant privilégier une ou plusieurs sources d'énergies renouvelables. (…) Compte tenu des objectifs de la politique énergétique fédérale et cantonale, il existe un intérêt public certain à réaliser une installation de production d'énergie éolienne telle que celle pour laquelle le plan d'affectation cantonal a été élaboré[251].»*

Aussi peut-on déduire de l'argumentation du Tribunal fédéral qu'un manque de coordination, une productivité faible, l'efficience réduite des petites éoliennes isolées et privées (et non pas leurs parts de production sur le marché de l'électricité) contribuent à amoindrir l'intérêt public à leur réalisation. A l'inverse, une efficience maximale ou un rôle important de l'énergie éolienne au sein de la politique énergétique cantonale ainsi qu'une bonne coordination du projet avec celle-ci sont autant d'éléments soulignant l'intérêt important à la réalisation d'un projet éolien.

Le législateur fédéral semble aller dans le même sens. Certes, en accordant une rétribution pour le courant injecté basée sur le coût de revient pour toute éolienne même très petite[252], il a reconnu implicitement un intérêt public à l'exploitation des vents sous toutes ses formes, notamment parce que la production d'électricité décentralisé, même à petite échelle, est également d'intérêt public[253]. Toutefois, la rétribution, plafonnée à 20 cts./kWh, reste relativement basse et ne devrait en principe pas être suffisante pour permettre la rentabilité d'installations peu performantes ou mal situées. De plus, les projets de grande puissance bénéficieraient en priorité de la RPC au cas où il apparaîtrait que la somme des rémunérations ne pourrait plus être financée par le supplément prélevé par SWISSGRID[254]. Une telle approche corrobore en fait la volonté du législateur de sacrifier, pour un rendement maximal de l'exploitation de l'énergie éolienne, un minimum de sol et de paysage à l'implantation d'éoliennes, conformément à l'exigence d'une utilisation mesurée du sol[255].

En somme, comme en matière de protection du paysage, l'intérêt public à la production d'électricité à partir de l'utilisation du vent doit être véritablement apprécié au cas par cas avant d'être confronté aux autres

---

251 *Ibid.*
252 *Cf.* chap. 2.2.3.; App. 1.3 ch. 3.1 et 4.2 nOEne.
253 La production décentralisée d'électricité est en effet encouragé par l'art. 7 LEne; MCF, *LEne*, p. 1093
254 Art. 3g al. 5 nOEne; Sur le système de financement, *cf.* chap. 2.2.3..
255 Art. 75 Cst.; Art. 1 al. 1 LAT.

intérêts en présence lors de l'examen d'une éventuelle autorisation exceptionnelle de construire ou de l'élaboration d'un plan d'affectation spécial[256].

3.2.2. Un intérêt d'importance nationale ?

a) L'importance nationale justifiant une atteinte à l'ISOS ou à l'IFP

La question de savoir si la production d'électricité à partir d'énergie éolienne est un intérêt public d'importance nationale a également une portée pratique essentiel. En effet, lorsqu'elle accomplit ce que l'on appelle une « tâche de la Confédération », l'autorité cantonale ou communale doit respecter la Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (LPN). Or, aux termes de son art. 6, les sites et paysages, inscrits à l'Inventaire fédéral des paysages, sites et monuments naturels d'importance nationale (IFP) ou l'Inventaire fédéral des sites construits d'importance nationale à protéger (ISOS), méritent spécialement d'être conservés intacts. Cette règle ne souffre d'exception que si des intérêts équivalents ou supérieurs, d'importance nationale également, s'opposent à cette conservation. Par conséquent, si l'on admet que l'implantation d'éoliennes déroge à l'obligation de conserver intact ces paysages[257] et qu'elle constitue une tâche de la Confédération au sens de la LPN (b), il n'est possible d'ériger une éolienne au sein de tels sites ou à leur proximité que si le projet est d'importance nationale (c).

b) Application de l'ISOS et de l'IFP lors de l'implantation d'éoliennes

On doit reconnaître l'accomplissement d'une tâche de la Confédération, au sens de l'art. 78 al. 2 Cst. et de la LPN (art. 2), lorsque l'activité ou le contrôle étatique en question se fonde sur le droit fédéral et déploie un certain effet sur la nature ou le paysage. Toute application du droit fédéral ne doit pourtant pas conduire à l'admission d'une tâche de la Confédération. En effet, le fondement juridique doit refléter et résulter d'une volonté réelle du législateur de protéger la nature et du paysage[258].

En l'espèce, l'octroi d'une autorisation exceptionnelle de construire hors de la zone à bâtir a toujours été considéré par la jurisprudence comme une tâche de la Confédération, si bien qu'une petite éolienne isolée projetée hors zone à bâtir ne pourra être installée au sein d'un site inscrit à l'ISOS ou à l'IFP – et pour autant qu'elle lui porte atteinte – que si elle se révèle d'importance nationale[259]. En revanche, le Tribunal fédéral n'a encore jamais tranché si l'adoption d'un plan d'affectation spécial, destiné à l'implantation d'un parc éolien**Erreur ! Aucune entrée d'index n'a été trouvée.** et qui ne tenterait pas d'éluder les dispositions de

---

[256] *Cf.* 2.2-2.3.1..

[257] Sur cette question, *cf.* chap. 2.2.3.c) et 2.3.2. Le *Zuger Verwaltungsgerischt* a déjà répondu dans un cas concret positivement à cette question (arrêt du 26.4.2004, consid. 3, publié dans ZGGVP 2005 pp. 81 ss.).

[258] Arrêt non publié du TF 1A.185/2006 du 5.3.2007, consid. 5.1; arrêt du TF 1A.71/1993 du 12.04.1994, consid. 2a, publié dans ZBl 1995 pp. 144 ss.: « *Vielmehr muss eine konkrete Bundesaufgabe betroffen sein, bei deren Erfüllung das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler zu schonen oder, wo das allgemeine Interesse überwiegt, ungeschmälert zu erhalten sind.* » *Cf.* aussi ZUFFEREY, *Art. 2 LPN*, N°s 11 ss.

[259] *Cf.* notamment ATF 123 II 289, consid. 1e; ATF 115 Ib 508, consid. 5a/bb. ; SEITZ/ZIMMERMAN, pp. 114 s..

l'art. 24 LAT[260], constituait une tâche de la Confédération. Or, la réponse n'est pas forcément évidente car, de manière générale, l'établissement des plans d'affectation est l'affaire des cantons et, cela, même si le périmètre du plan d'affectation comprend un site mentionné à l'ISOS ou l'IFP[261].

Certes, l'installation d'éoliennes représente un obstacle à l'aviation qui nécessite l'approbation de l'office fédéral sur l'aviation civile, soit une décision préalable se basant sur le droit fédéral, plus précisément la Loi fédérale sur l'aviation civil (LA). Il serait dès lors pensable qu'une planification spéciale destinée à un parc éolien constitue une tâche de la Confédération[262]. Toutefois, la LA ne tend qu'à assurer la sécurité aérienne et non à préserver d'une quelque manière que ce soit le paysage, si bien que la nécessité d'une approbation fédérale en la matière ne conduit pas à la reconnaissance d'une tâche de la Confédération.

De même, bien que l'autorité de planification prendra forcément en compte, dans sa pesée des intérêts, celui d'un approvisionnement énergétique promu par la LEne, elle ne pourra cependant jamais fonder aucune décision sur cette loi. Autrement dit, la compétence fédérale en matière d'utilisation des énergies renouvelables ne fait pas de la planification des sites éoliens une tâche de la Confédération[263].

Enfin, la LPN assimile certes expressément à l'accomplissement d'une tâche de la Confédération les décisions des autorités cantonales relatives à un projet qui ne sera, selon toute vraisemblance, réalisés qu'avec l'aide de subventions fédérales[264]. Toutefois, il n'est pas encore clair si la RPC doit être assimilée à l'octroi de subventions et, surtout, si la réalisation de grands projets éoliens, dont la rentabilité pourrait être assurée sans l'octroi de RPC, ne doit sa réalisation qu'à l'aide de ces, éventuellement nommées « subventions fédérales ».

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence fédérale considère que la révision partielle du plan de zones par l'adoption d'un plan d'affectation spécial hors zone à bâtir ne doit pas être soumise à des exigences moins strictes que l'octroi d'une dérogation selon l'art. 24 LAT[265], lequel est indiscutablement une tâche de la Confédération. Selon moi, il est par conséquent logique que la planification d'un site éolien hors zone à bâtir soit également une tâche de la Confédération également soumise aux prescriptions de la LPN et au respect des sites inscrits à l'un des inventaires fédéraux.

Dés lors, vu ce qui précède et étant entendu que la jurisprudence fédérale reconnaît facilement la présence d'une tâche de la Confédération[266], il convient d'admettre que l'adoption d'un plan spécial

---

[260] *Cf.* notamment arrêts du TF 1A.1/2006 du 25.4.2006, consid. 2; 1A.185/2004 du 25.7.2005, consid. 1.
[261] Arrêt du TF 1A.71/1993 du 12.04.1994, consid. 2a, publié dans ZBl 1995 pp. 144 ss..; ZUFFEREY, *Art. 2 LPN*, N°s 23 ss..
[262] Art. 41 LA; Art. 63 ss. OSIA.
[263] Dans ce sens, *cf*. arrêt du TF 1A.124/2005 du 17.6.2005, consid. 1.3; ATF 132 II 408, consid. 2.1.
[264] Art. 2 al. 2 LPN.
[265] ATF 132 II 408, consid 4.2.
[266] SEITZ/ZIMMERMANN (p. 198) parlent notamment d'une « *weiten Auslegung der Begriff «* Bundesaufgabe » ». En effet, l'installation d'une antenne de téléphonie mobile est une tâche de la Confédération parce que la téléphonie mobile nécessite une concession octroyée par la Confédération (ATF 131 II 545, consid. 2.2 et jurisprudence citée). Ensuite, le Tribunal fédéral a déjà considéré que, parce que il avait fallu demandé à une l'autorité cantonale l'octroi d'une autorisation pour intervention sur les eaux d'après la Loi fédérale sur la pêche, la transformation d'un sentier en un

d'affectation, destiné à l'érection d'un parc éolien, serait probablement reconnue comme une tâche de la Confédération[267].

c) Une sévère admission de l'importance nationale

Il est certainement soutenable de reconnaître que le développement de l'énergie éolienne est d'importance nationale. Sans doute est-il même d'importance planétaire. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter les traités internationaux, la Constitution et les lois. Pourtant, même si la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables est, dans son principe même, d'importance nationale[268], chaque projet éolien ne peut passer pour un projet d'importance nationale. En effet, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, il convient de nuancer l'intérêt à l'installation d'une éolienne au cas par cas. Il semble d'ailleurs tout à fait raisonnable d'appliquer par analogie le raisonnement développé par le Tribunal fédéral, repris de LEIMBACHER, au sujet de l'implantation de carrières de ballast[269] : Certes, la production d'énergie renouvelable répond à un intérêt public d'importance nationale. Un tel constat ne suffit cependant pas encore pour en conclure que tout projet contribuant à la réalisation de l'un de ces objectifs présente un intérêt d'importance nationale. Sinon, on en déduirait presque qu'une éolienne doit être installée à chaque endroit qui est exposé au vent. Bien au contraire, la question de la production d'énergie renouvelable doit être appréciée sur un plan suprarégional et coordonnée à ce niveau.

Cette approche permet assurément d'exclure qu'une grande partie des projets éoliens soient d'importance nationale. Il reste tout de même difficile de prédire l'opinion des juges de Lausanne si un projet, dont la réalisation aurait été coordonnée au niveau cantonal ou intercantonal (p. ex. au travers du plan directeur ou de la politique énergétique), leur était soumis. Dans une affaire relative à un projet hydroélectrique, le Tribunal fédéral a cependant déjà précisé que, pour admettre un intérêt d'importance nationale à la réalisation d'un tel projet, l'installation en question devait produire, dans tous les cas, une quantité significative d'électricité tout en engendrant des coûts appropriées[270], soit devait être efficiente. Enfin, sans devoir se prononcer sur l'éventuelle importance nationale du projet éolien du Crêt-Meuron, il a néanmoins insisté sur l'intérêt public important à sa réalisation[271].

En somme, il apparaît peu probable qu'une éolienne isolée soit d'importance nationale[272]. En revanche, il n'est pas exclu que la réalisation d'un parc éolien soit d'importance nationale, mais seulement s'il s'avérait qu'elle est une des solutions les plus efficientes – eu égard à l'atteinte au paysage protégé – pour la

chemin de débardage constituait une tâche de la Confédération (Arrêt du TF 1A.185/2006 du 5.3.2007, consid. 5 ; Arrêt du TF du 17.6.1981, consid. 1b, publié dans ZBl 1981, pp. 581).

[267] Peut-être est-ci d'ailleurs pour cela que les juges fédéraux ont tenu a souligné expressément dans l'affaire du parc éolien du Crêt-Meuron que ce site n'était justement pas inscrit à l'un des inventaires fédéraux (ATF 132 II 408, consid 4.5.4).

[268] *Cf.* chap. 1.1.1 - 1.1.2..

[269] Arrêt du TF 1A.25/2006 du 13.3.2007, consid. 5.5 ; LEIMBACHER, *Art. 6 LPN*, Nos19 ss.

[270] Arrêt du TF 1A.151/2002 du 22.1.2003 consid. 4.

[271] ATF 132 II 408, consid. 4.5.2. ; *cf.* chap. 3.2.1..

[272] Dans ce sens, *cf.* arrêt du *Zuger Verwaltungsgericht* du 26.4.2005 V 2004/108, consid. 4, publié dans ZGGVP 2005, pp. 81 ss.

production d'énergies renouvelables d'après une appréciation globale, coordonnée et nationale (ou du moins régionale) de la planification des sites éoliens.

3.3. PROBLEMES

3.3.1. Absence totale de hiérarchie des intérêts publics

Suite à l'adoption de la nLEne et, surtout, à l'arrêt du Tribunal fédéral relatif au futur parc éolien du Crêt-Meuron, certaines personnes ont prétendu que « *l'intérêt national de produire du courant vert doit désormais primer sur les législations cantonales sur la protection des sites*[273] », selon une formulation assassine, que « *Energie geht Landschaftsschutz vor*[274] » ou que, « *désormais, les nouvelles énergies renouvelables ont droit de cité*[275] ». Une telle interprétation de la jurisprudence fédérale, qui ne laisserait finalement aucune marge de manœuvre aux autorités cantonales et communales en matière de protection du paysage et de planification du territoire, est néanmoins fausse.

En effet, en ce qui concerne l'implantation d'éoliennes ni le constituant ni législateur fédéral (notamment au travers de la nLEne) n'ont fixé une hiérarchie entre les différents intérêts publics que l'État se doit de protéger et parmi lesquels se trouvent la protection du paysage et l'indépendance énergétique. Ce principe rencontre certes une exception lorsque l'éolienne en question est projetée au sein d'un paysage marécageux (art. 78 al. 5 Cst.) ou inscrit à l'IFP ou à l'ISOS. Toutefois, d'une part, on ne peut, par principe, écarter un projet de constructions dès qu'il porte une quelconque atteinte au paysage. Un tel refus ne peut résulter que d'une pesée concrète des deux intérêts en jeu, qui évoluent en fonction du contexte spatial et temporel. Le Tribunal fédéral a rappelé une telle relativisation de la protection de paysage, au grand dam de ses défenseurs. D'autre part, cette relativisation s'applique, de la même manière, à l'évaluation de l'intérêt public à la production d'énergie éolienne en Suisse. Ainsi, l'arrêt du Tribunal fédéral et la nLEne ne peuvent surtout pas être compris comme un laissez-passer pour tout parc éolien et autres constructions similaires sur des sites dont le paysage mérite d'être protégé. Dès lors, ils se révèlent moins un signal politique en faveur des énergies renouvelables qu'un simple rappel de l'exigence d'une pesée concrète des intérêts en jeu, notamment lors de l'adoption de tout plan d'affectation ou de toute dérogation au sens de l'art. 24 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire[276].

Cette absence de hiérarchie et d'harmonisation au niveau légal permet certes aux autorités d'application de traiter les projets éoliens avec flexibilité et de prendre en compte les circonstances et les cas spéciaux.

---

[273] EMMENEGGER, p. 29.
[274] Parution du 1.9.06 de la *Bieler Tagblatt*, p. 4.
[275] SUISSE-EOLE, *Et maintenant ?*, p.2.
[276] JEANNERAT, p. 13.

Toutefois, on peut regretter une nouvelle fois qu'il existe une insécurité juridique considérable quant à la manière de procéder à l'appréciation et à l'harmonisation des intérêts publics en présence.

3.3.2. Difficulté de déterminer l'intérêt à l'utilisation de l'énergie éolienne

S'il est difficile de déterminer juridiquement l'intensité de l'atteinte que porte le développement de l'énergie éolienne au paysage[277], l'évaluation juridique de l'intérêt à la production d'énergies renouvelables n'est pas moins délicate. Tout d'abord, comme nous l'avons vu, tant le droit fédéral que la jurisprudence évitent de lui attribuer une importance de manière forfaitaire. Après une analyse de la jurisprudence ou de la législation fédérale sur l'aménagement du territoire et de l'énergie, on ne peut que déduire qu'un projet de grande envergure se justifie par un intérêt public plus important que l'installation de petites éoliennes isolées. Et encore !!! Le tribunal fédéral n'a pas raté l'occasion de rappeler que même un tel intérêt se devait d'être relativisé :

> « *Cet intérêt public* [l'intérêt à l'utilisation des énergies renouvelables] *doit donc être admis en l'état, étant précisé que le résultat de ces expériences, ou l'évolution d'autres circonstances comme la consommation globale d'électricité – la politique énergétique tendant également à favoriser les économies -, pourraient à l'avenir justifier une appréciation différente de l'importance de l'énergie éolienne en Suisse*[278]*.* »

Ces propos traduisent très justement le caractère modelable de tout intérêt public qui évolue temporellement et spatialement[279]. Notre instance suprême met justement en exergue le fait qu'en matière de politique énergétique les énergies renouvelables et, donc, l'énergie éolienne ne jouissent d'aucune voie royale, car, finalement, toute utilisation d'énergie est préjudiciable écologiquement si son développement est exagéré. La production d'électricité à partir d'énergie éolienne présente certes un bilan énergétique positif. Toutefois, en sus de menacer le paysage, la fabrication des composants d'un aérogénérateur ainsi que l'érection de se dernier dégagent pas une certaine quantité de CO_2 et consomment quantité de matières premières non recyclables. Dès lors, dans l'intérêt même de la protection du paysage et de l'environnement, c'est avant tout l'utilisation économe et rationnelle de l'énergie qui doit primer[280]. D'ailleurs, cette préséance des économies en matière de consommation d'énergie par rapport au développement des énergies renouvelables s'impose constitutionnellement si l'on veut respecter le principe de développement durable[281].

---

[277] *Cf.* chap. 2.3.2.
[278] ATF 132 II 408, consid. 4.5.2.
[279] Sur cette question, *cf.* HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N°s 538 ss.
[280] Dans ce sens, *cf.* BINSWANGER; implicitement, MCF, *article énergétique*, p. 321.
[281] Cf. en effet, KUXENKO, pp. 36 ss. et 218, qui rappelle expressément que, selon le principe de développement durable, la politique énergétique doit autant contrecarrer les effets du changement climatique que la préservation des ressources auxquelles il inclut le paysage et le sol.

Malheureusement, cette interdépendance entre politique d'économie d'énergie et politique de promotion des énergies renouvelables ne facilite une nouvelle fois pas la pesée des intérêts à laquelle doivent faire face les autorités de planification lors de l'élaboration des plans d'affectation spéciaux ou lors de l'octroi d'autorisations exceptionnelles destinés à l'implantation d'éolienne. Bien au contraire, cette difficulté est encore aggravée par les tergiversations de nos autorités fédérales au sujet de la politique d'économie d'énergie qui ne donnent aucun signal politique clairs aux autorités de planification (p. ex. taxe sur le CO_2).

CONCLUSION

1. Lors de l'adoption de la nLEne et du système de la RPC censée promouvoir l'implantation d'éoliennes, le législateur fédéral n'a que peu précisé la hiérarchie entre les différents intérêts publics et privés consacrés par la Constitution. Il n'a dès lors accordé à l'énergie éolienne **aucune préséance** de principe au sein de l'ordre juridique suisse. En effet, le droit de l'énergie rappelle les exigences du droit de l'aménagement du territoire et de la protection du paysage, alors que la LAT précise toujours que l'aménagement du territoire doit aussi bien tendre à la préservation du paysage que servir les besoins particuliers de l'économie ainsi qu'un approvisionnement suffisant en énergie. Ayant elles-mêmes encouragé un boom de projets éoliens, les Chambres fédérales ont une nouvelle fois abandonné aux autorités d'application le devoir d'harmoniser les intérêts précités.

2. Or, la pesée des intérêts, que prescrit la LAT lors de l'octroi d'autorisation exceptionnelle ou lors de l'adoption de planification spéciale destinées à l'installation d'éoliennes, procure aux autorités de planification une marge de manœuvre considérable. Ces dernières doivent cependant veiller au respect de la liberté économique dont bénéficie le promoteur du projet éolien et prendre en compte l'intérêt public à la production d'électricité à partir d'agents renouvelables et indigènes et, cela, au même titre que l'intérêt à une utilisation mesurée du sol ou à la préservation du paysage. Tant le respect de la liberté économique que la nécessité de procéder à la pesée des intérêts contraignent l'autorité compétente à ne refuser l'élaboration d'un plan d'affectation spécial ou l'octroi d'une autorisation exceptionnelle de construire que si un intérêt contraire se révèle réellement prépondérant au regard des circonstances concrètes. **La protection du paysage ne peut ainsi s'opposer de manière forfaitaire à** l'érection d'éoliennes. D'une part, l'implantation de grandes hélices ne porte pas forcément atteinte au paysage qui, comme nous l'avons vu, doit être défini en fonction de sa finalité. D'autre part, l'intérêt à la préservation du paysage doit encore se révéler assez important pour primer sur **l'exercice de la liberté économique** des promoteurs éoliens qui, certes, n'a aucune valeur absolue, mais **que l'Etat a consciemment encouragé au travers de la nLEne**. Comme l'on devine vraisemblablement quelques manquements des autorités administratives, il appartiendra aux autorités judiciaires, et particulièrement au Tribunal fédéral, de présenter l'évaluation des divers intérêts et leur pesée avec un maximum de rigueur et, dans ce cadre, d'examiner attentivement la finalité de la protection du paysage[282].

De la même manière, **l'intérêt public à l'utilisation de l'énergie éolienne doit être relativisé par rapport à chaque projet**. Certes, les juges de Mon-Repos ont mis en exergue l'intérêt public important à la réalisation de parcs éoliens. Toutefois, il apparaît que la valeur juridique du projet en question s'apprécie toujours en fonction de son efficience concrète. Dès lors, des conditions de vent non optimales, une puissance réduite et un manque de coordination sont autant d'éléments qui devront conduire l'autorité à revoir à la baisse un intérêt public qui, à partir de là, ne justifiera que difficilement une atteinte au paysage.

[282] Dans ce sens, *cf.* RHINOW, *Art, 31 aCst.*, N° 208.

3. Par conséquent, et si l'on excepte les prescriptions relatives à la protection des sites inscrits à l'ISOS ainsi qu'à l'IFP, nous pouvons en conclure qu'entre ordre constitutionnel économique, aménagement du territoire et protection du paysage, **le droit suisse ne constitue un cadre ni favorable, ni défavorable à l'implantation d'éoliennes**.

En définitive, il appartient aux autorités administratives et aux tribunaux d'harmoniser les différents intérêts en présence. Cette situation n'est cependant que peu satisfaisante. D'une part, ces autorités ne sont que partiellement à même d'accomplir une telle tâche au regard de la complexité des intérêts en présence – étant précisé que ce travail n'a même pas traité la problématique des émissions sonores de bruit et de la protection de la nature – et de la pression exercée par les défenseurs du paysage ou par les partisans de l'énergie éolienne. D'autre part, la difficulté de prévoir l'issue de cette procédure peut décourager certains promoteurs à investir dans l'énergie éolienne. Une telle **insécurité juridique** risque probablement de nuire à la fois à la protection du paysage ainsi qu'à la sécurité de notre approvisionnement en énergie. Etant précisé que **la Confédération n'a pas la compétence pour adopter un plan sectoriel fédéral relatif à l'énergie éolienne**, il est par conséquent nécessaire d'agir au moins à deux niveaux.

4. Premièrement, **la planification directrice,** - au travers du plan directeur cantonal ou du plan directeur régional, - **doit traiter de façon approfondie la problématique de l'énergie éolienne**. Cette dernière se doit de fixer plus clairement que parfois aujourd'hui les principes qui doivent diriger la pesée des intérêts. Il conviendrait également qu'elle distingue, conformément au principe de proportionnalité, les divers types d'aérogénérateurs dont l'implantation requiert une procédure de planification préalable ou les zones au sein desquelles une telle procédure est nécessaire. Elle délimitera aussi les secteurs où l'implantation de parcs éoliens doit être favorisée ou, à l'inverse, doit être exclue. Dans ce cadre, l'autorité compétente **veillera à ne pas mettre en péril les objectifs ambitieux de la nLEne**. Dès lors, la planification directrice ne doit ni interdire l'installation d'aérogénérateurs sur une grande partie des sites présentant de bonnes conditions de vent, ni autoriser l'implantation d'éoliennes exclusivement au sein de secteurs aux conditions de vents médiocres. Par ailleurs, la planification directrice ne peut exclure par principe l'implantation des petites éoliennes sur le territoire cantonal. Concernant ce type d'installation qui n'a que peu d'impact sur le paysage, seule une planification négative se limitant à quelques secteurs méritant d'être spécialement protégés respecte à la fois le principe de la proportionnalité et les exigences du droit fédéral. Enfin, la Confédération doit absolument veiller à ce que les cantons procèdent à ces ajustements, soit par l'adoption d'une conception fédérale, soit par le biais de la procédure d'approbation des plans directeurs cantonaux[283].

5. Secondement, les différentes législations et planifications tendant à la protection du paysage doivent absolument davantage **préciser les différentes caractéristiques du paysage qu'elles entendent protéger**

[283] L'OFEN semble justement avoir pris conscience de l'enjeu et a donc mandaté l'*Institut für Raumplanung* (IRAP) d'élaborer des recommandations à l'adresse des cantons et des communes sur les instruments de planification en matière d'implantation d'éoliennes. Ces recommandations (*cf.* Table des matières, IRAP, *Empfehlungen*), publiées en novembre 2007 en allemand, qui ne sont cependant pas toujours en accord avec le présent travail, sont consultables depuis www.suisse-eole.ch.

et le but de cette protection accrue. En effet, lorsque la finalité de la protection du paysage est concrétisée et exposée de manière claire et détaillée, l'autorité compétente peut aisément déterminer si l'installation d'éoliennes porte réellement atteinte au paysage en question et, si oui, déterminer l'intensité de celle-ci. Comme développé dans ce travail, cette **concrétisation des objectifs de la protection du paysage** s'impose d'elle-même vu, d'une part, la divergence des opinions face à la valeur esthétique des grandes hélices et, d'autre part, parce qu'il convient de reconnaître que l'on se trouve presque toujours face à un paysage jardiné, d'une nature cultivée, bref d'une création humaine qu'il n'y a pas lieu de figer aujourd'hui.

Les deux mesures précitées, alliées à la consolidation de la pratique administrative et judiciaire en matière d'implantation d'éoliennes et é une bonne coordination entre les divers promoteurs éoliens et les autorités de planification, permettront de mieux respecter à la fois l'intérêt public à la préservation du paysage et l'intérêt à la production d'énergie renouvelable. Elles fourniront également un meilleur cadre juridique aux investissements privés destinés à l'exploitation du potentiel éolien.

6. Quoi qu'il en soit, tant les partisans de l'énergie éolienne que ses détracteurs, tous regretterons le temps perdu jusqu'à la consolidation d'un cadre légal sûr, qu'il favorise ou limite l'implantation d'éoliennes. Certes, les mesures et les opérations de politique énergétique ont toujours eu besoin de temps pour déployer leurs effets[284]. De même, **les interdépendances légales portent et porteront toujours un grand préjudice à la clarté et la sécurité du droit**. Toutefois, en l'espèce, ces interdépendances légales résultent moins d'une certaine collision de compétences entre la Confédération et les cantons que de l'incapacité des Chambres fédérales à adopter une législation forte et pragmatique en ce qui concerne l'utilisation de l'énergie éolienne. En effet, selon moi, tant la compétence fédérale relative à l'utilisation des énergies renouvelables - visant à éviter les entraves à l'utilisation des énergies renouvelables - que celle relative à l'aménagement des territoires non-bâtis auraient permis au législateur fédéral de clarifier les craintes des défenseurs du paysage ou les espoirs des partisans d'Eole. En incitant les investissements privés en faveur de cette énergie, **le législateur fédéral aurait ainsi dû harmoniser les divers intérêts gravitant autour des grandes hélices** et non simplement l'abandonner comme une patate chaude aux autorités d'application[285].

En résumé, le problème de la sécurité de notre approvisionnement en énergie est assurément de dimension nationale[286], il semblerait néanmoins que, politiquement, il ne tolère que des solutions décentralisées et cela au grand dam de la protection du paysage et de notre ordre économique[287].

---

[284] MCF, *LEne*, p. 1069.

[285] Dans ce sens mais en matière d'implantation d'antennes de téléphonie mobile, *cf.* GRIFFEL, (p. 138) qui prétend qu'en libéralisant le domaine de la télécommunication et donc en favorisant l'implantation d'antennes de téléphonie mobile, le législateur fédéral aurait dû harmoniser lui-même les différents intérêts d'accès à la communication, d'aménagement du territoire et de protection de l'environnement. Une chance existe que le législateur remédie à cette lacune en matière d'implantation d'éoliennes. En effet, par l'adoption en février 2008 du *Plan d'action pour les énergies renouvelables* (consultable depuis www.uvek.admin.ch), le Conseil fédéral a mandaté le DFE d'étudier les manières en aménagement du territoire de « *tirer profit de toutes les marges de manœuvre aujourd'hui les compétences* fédérales » (mesure 3. du plan).

[286] *Cf.* chap. 1.1..

[287] DELLEY/MADER faisaient la même constatation en 1986 déjà (DELLEY/MADER, p. 50).