

Planification des parcs éoliens

Yasmine Sözerman, avocate, LL.M. (Columbia), associée auprès de Raymond & Associés

À la suite de la catastrophe de Fukushima, le Conseil fédéral a décidé, le 25 mai 2011, d'abandonner progressivement l'énergie nucléaire.¹ Le 21 mai 2017, le peuple a plébiscité la Stratégie Énergétique 2050 (SE 2050) qui vise notamment à accroître la part des énergies renouvelables dans la production électrique.² Ce processus a abouti à une révision totale du droit de l'énergie, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, qui prévoit désormais expressément que l'utilisation et le développement des énergies renouvelables – dont l'énergie éolienne³ – revêtent un intérêt national.⁴

Selon la « Conception énergie éolienne 2017 » du Conseil fédéral, la production d'électricité issue de l'énergie éolienne doit atteindre 4,3 TWh par an d'ici 2050, ce qui implique la construction d'environ 600 à 800 nouvelles installations éoliennes.⁵ La Confédération a arrêté les *prévisions* de production attendue de chaque canton en fonction du potentiel qu'il présente. Les cantons doivent mettre en œuvre ces objectifs par le biais de la planification de projets dans leur plan directeur.⁶

Dans ce contexte, la présente contribution examine le processus de planification directrice en matière de parcs éoliens

et les exigences qui s'y appliquent. Elle aborde également la question de l'affectation du sol.

I. La planification directrice

Les cantons établissent un plan directeur qui définit au moins le cours que doit suivre l'aménagement du territoire de manière à coordonner les activités qui ont des effets sur l'organisation de celui-ci afin d'atteindre le développement souhaité.⁷ Si les cantons jouissent d'une grande marge de manœuvre dans l'établissement de leur plan directeur,⁸ ce dernier devra toutefois répondre à certaines exigences pour respecter le droit fédéral.

L'art. 8 al. 2 LAT dispose que les projets qui ont des incidences importantes sur le territoire et l'environnement doivent avoir été prévus dans le plan directeur.⁹ En effet, des projets d'une telle ampleur doivent faire l'objet d'un examen global qui ne peut être garanti que par le processus d'élaboration du plan directeur.¹⁰

Compte tenu des impacts des parcs éoliens, la jurisprudence a toujours retenu qu'ils constituaient des projets ayant des incidences importantes sur le territoire et l'environnement et devaient donc faire l'objet d'une planification dans le plan directeur cantonal. À défaut, un plan d'affectation qui autoriserait une telle installation violerait l'obligation d'aménager le territoire consacrée par l'art. 2 LAT.¹¹

Pour ce type de projets, l'on distingue traditionnellement la *planification négative*, qui implique de désigner les secteurs dans lesquels aucun projet d'une telle ampleur n'est admis, de la *planification positive*, consistant à identifier les sites susceptibles d'accueillir les installations en question.¹²

¹ Conseil fédéral, Message relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050 et à l'initiative populaire fédérale « Pour la sortie programmée de l'énergie nucléaire » du 4 septembre 2013, FF 2013 6771, p. 6803, (ci-après « Message »).

² Message, p. 6836.

³ Art. 1 let. f de l'Ordonnance sur l'énergie du 7 décembre 1998 (OEn; RS 730.01).

⁴ Art. 12 al. 1^{er} de la Loi fédérale sur l'énergie du 30 septembre 2016 (LEne; RS 730).

⁵ Office fédéral du développement territorial (ARE), Rapport explicatif relatif à la Conception énergie éolienne, 28 juin 2017, p. 8 qui précise qu'en 2016, la Suisse comptait 37 grandes installations éoliennes en service pour environ 140 GWh/an (ci-après « Rapport explicatif »): il s'agit d'une conception au sens de l'art. 13 de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT; RS 700); voir également Office fédéral du développement territorial (ARE), Rapport explicatif relatif à la Conception énergie éolienne, adaptations 2019 en consultation jusqu'au 30 août 2019, p. 9 (ci-après « Rapport explicatif 2019 en consultation »).

⁶ Office fédéral du développement territorial (ARE), Conception énergie éolienne, Base pour la prise en compte des intérêts de la Confédération lors de la planification d'installations éoliennes, 28 juin 2017, p. 26 (ci-après « Conception »). Le Conseil fédéral ne dit pas expressément que les cantons sont tenus d'atteindre les objectifs fixés, car ceux-ci ne constituent qu'un cadre d'orientation. Il relève toutefois que les cantons ne doivent pas viser le bas de la fourchette de l'objectif indiqué faute de quoi les prévisions de production d'énergie éolienne à l'horizon 2050 selon la politique énergétique du Conseil fédéral ne pourront être atteintes. À titre d'exemples, les cantons de Vaud et de Berne ont les objectifs les plus élevés, soit entre 570 et 1170 GWh/an; voir également Office fédéral du développement territorial (ARE), Conception énergie éolienne, Base pour la prise en compte des intérêts de la Confédération lors de la planification d'installations éoliennes, adaptations 2019, en consultation jusqu'au 30 août 2019, p. 25 (ci-après « Conception 2019 en consultation »).

⁷ Art. 8 al. 1^{er} let. a et b LAT.

⁸ ATF 140 II 262, cons. 2.3.2.; Arrêt Schwyberg, cons. 2.4.

⁹ Ces projets doivent figurer au plan directeur comme faisant l'objet d'une coordination réglée au sens de l'art. 5 al. 2 de l'ordonnance sur l'aménagement du territoire du 28 juin 2000 (OAT; RS 700.1); cf. également P. TSCHANNEN, in: H. Aemisegger/P. Moor/A. Ruch/P. Tschannen (édit.), Commentaire pratique LAT: Planification directrice et sectorielle, pesée des intérêts, Genève/Zurich/Bâle 2019, N° 3 ad art. 8b (ci-après TSCHANNEN LAT).

¹⁰ ATF 137 II 254, cons. 3.2 et 3.3: Tel est le cas des grands domaines skiables, des terrains de golf, des grands stades ou des pistes de motocross; voir également Conseil fédéral, Message relatif à une révision partielle de la loi sur l'aménagement du territoire du 20 janvier 2010, FF 2010 959, p. 978: les infrastructures d'énergie d'importance au moins régionale sont des projets ayant des incidences importantes sur le territoire et l'environnement qui ne sont admissibles que s'ils reposent sur une base figurant dans le plan directeur cantonal.

¹¹ Arrêt du TF 1C_346/2014 du 26 octobre 2016, cons. 2.8 (ci-après « Arrêt Schwyberg »); arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 2 mars 2015, AC.2013.0263, cons. 2a (ci-après « Arrêt Sainte-Croix »); arrêt du TF 1C_346/2014 du 26 octobre 2016, cons. 2.4; ATF 137 II 254, cons. 3.3 et références citées.

¹² ATF 137 II 254, cons. 3.2 et références citées.

Une partie de la doctrine estime que, pour ces grands projets, ce second type de planification est requis.¹³

Depuis la révision totale du droit de l'énergie entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, la loi prévoit que les cantons veillent à ce que le plan directeur désigne les zones qui se prêtent à l'exploitation de l'énergie éolienne.¹⁴

S'agissant de parcs éoliens, une planification positive est à notre avis indispensable.¹⁵ Premièrement, le nouveau droit de l'énergie impose aux cantons de *désigner* les zones qui se prêtent à l'exploitation de l'énergie éolienne.¹⁶ Cette formulation ne laisse pas la place à une planification qui serait uniquement négative.¹⁷ Deuxièmement, la planification positive se justifie également pour des raisons de sécurité et de prévisibilité pour les différents acteurs qui seront amenés à investir des montants considérables dans les projets inscrits au plan directeur.¹⁸

Pour ce qui est du *processus* qui aboutira à une planification positive, la pesée des intérêts en trois étapes fondée sur l'art. 3 OAT sera suivie.¹⁹ Selon ce modèle, les cantons devront (i) *déterminer* les intérêts touchés par la réalisation du parc éolien,²⁰ (ii) *apprécier* ces intérêts selon une échelle et des critères de sélection préétablis²¹ puis (iii) *optimiser* les critères appréciés, soit les intégrer dans la décision finale.²²

Dans la première phase, les intérêts touchés par le projet dépendront du cas d'espèce. Il ne fait toutefois aucun doute que les intérêts à la protection de l'environnement, du paysage et de la faune devront être pris en compte à ce stade déjà. Ensuite, les cantons établiront en général des critères de sélection tels que le potentiel de vent, l'impact sur le paysage et l'environnement, l'acceptation par la population ou encore les possibilités de raccordement au réseau.²³ Dans une dernière étape, il s'agira d'évaluer chaque projet ou site au regard des critères établis afin de déterminer s'il peut ou non être intégré au plan directeur comme coordination réglée.²⁴ En tout état de cause, les cantons devront examiner les alternatives possibles.²⁵

Dans le cas du parc éolien du Schwyberg, le Tribunal fédéral a examiné le plan directeur fribourgeois. Il a considéré que si le canton de Fribourg avait identifié les intérêts touchés et arrêté des critères de sélection, il n'avait pas démontré, de façon motivée et transparente, que le site du Schwyberg répondait à ces critères, négligeant ainsi la dernière étape de la pesée des intérêts. Le site du Schwyberg ne pouvait dès lors pas être qualifié de coordination réglée au sens de l'art. 5 al. 2 let. a OAT. Le projet et son plan d'affectation spécial ne reposaient en conséquence pas sur un fondement suffisant dans le plan directeur et violaient le droit fédéral.²⁶

Il est difficile d'inférer de cette jurisprudence quel est exactement le degré de détail que doit présenter la pesée glo-

¹³ P. TSCHANNEN, Die Rolle des Richtplans bei der Ansiedlung grosser raumwirksamer Vorhaben, in: *Territoire&Environnement* 5/2005, p. 45; S. KISSLING, Freizeitaktivitäten ausserhalb der Bauzonen, in: *Territoire&Environnement* 3/2009, p. 5; TSCHANNEN LAT, N° 26 ad art. 8 et N° 3 ad art. 8b qui mentionne les parcs éoliens comme étant des projets ayant des incidences importantes sur l'environnement qui doivent expressément être prévus dans le plan directeur.

¹⁴ Art. 10 al. 1^{er} LEne; art. 8b LAT; art. 6 al. 2 let. b^{bis} et al. 3b^{bis} LAT; Message, p. 6924 s.: selon le Conseil fédéral, la planification du territoire est l'une des mesures de la SE 2050 devant permettre d'accroître la production électrique indigène provenant des énergies renouvelables. Les instruments de planification, et notamment le plan directeur, permettent d'accélérer les procédures d'autorisation et d'accroître les chances de réaliser un projet concret.

¹⁵ Tel n'est en revanche pas nécessairement le cas pour une éolienne isolée d'une hauteur peu élevée, par exemple de moins de 30 mètres dans le canton de Vaud.

¹⁶ Art. 10 al. 1^{er} LEne; art. 8b LAT; art. 6 al. 2 let. b^{bis} et al. 3b^{bis} LAT.

¹⁷ Cf. également M. SIMONA, Les conséquences de la Loi sur l'énergie du 30 septembre 2016 pour les cantons in: Jusletter, 19 décembre 2016, N 21 (ci-après «SIMONA»).

¹⁸ Voir également Office fédéral de l'énergie, Guide pour l'optimisation des pratiques de planification des parcs éoliens, 31 mars 2016, p. 15: La nécessité de procéder à une planification positive n'exclut pas la possibilité de la combiner avec une planification négative. Cela étant, les zones d'exclusion devraient plutôt être prévues dans le concept de développement et non pas dans le plan directeur qui contiendra en général uniquement les projets susceptibles de se réaliser; en ce sens également: SIMONA, N 21; Message, p. 6925; Conception, p. 12 ss dans laquelle la Confédération désigne un certain nombre de «zones en principe à exclure» qui ne sont toutefois pas intégralement reprises dans la Conception 2019 en consultation.

¹⁹ Voir également P. TSCHANNEN, Interessenabwägung bei raumwirksamen Vorhaben, in: DEP 2018 111, p. 120 (ci-après «TSCHANNEN»); TSCHANNEN LAT, N° 22 ss ad art. 3.

²⁰ Art. 6 al. 2b^{bis} LAT; Office fédéral de l'énergie (OFEN)/Office fédéral de l'environnement (OFEV)/Office fédéral du développement territorial (ARE), Recommandations pour la planification d'installations éoliennes, 1^{er} mars 2010 (ci-après «Recommandations 2010»), p. 18.

²¹ Recommandations 2010, p. 18: Les critères seront notamment ceux du potentiel énergétique, des accès, des impacts sur l'environnement, le paysage, la faune, le bruit, la protection des eaux, etc.

²² Pour une description détaillée des trois phases de la pesée des intérêts, cf. TSCHANNEN LAT, N° 22 ss ad art. 3.

²³ Voir par exemple les Directives cantonales du canton de Vaud pour l'installation d'éoliennes de hauteur totale supérieure à 30 mètres, version 3.3., juillet 2013, p. 5 s., consultables sous <https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/territoire/amenagement/fichiers_pdf/Guides_et_directives_DGE/Directives_%C3%A9oliennes_V3.3_-_finale.pdf>, et le Guide du canton de Berne «Installations permettant d'utiliser l'énergie éolienne», 2018, consultable sous <https://www.jgk.be.ch/jgk/fr/index/raumplanung/raumplanung/kantonale_raumplanung/ver_und_entorgung/windenergie.assetref/dam/documents/JGK/AGR/fr/Raumplanung/Arbeitshilfen/agr_raumplanung_arbeitshilfen_wegleitung_anlagen_zur_nutzung_der_windenergie_fr.pdf>.

²⁴ Art. 5 al. 2 let. a OAT: on parle de coordination réglée lorsque le plan directeur montre comment les activités ayant des effets sur l'organisation du territoire sont coordonnées; voir également TSCHANNEN LAT, N° 30 ad art. 8 qui précise que les projets peuvent être qualifiés de coordination réglée lorsqu'ils ont fait l'objet d'un processus de coordination complet en ce sens que les questions de principe, d'implantation et de dimensionnement ont été éclaircies; certains projets sont également intégrés dans le plan directeur en tant que «coordination en cours» ou «informations pré-alables»; voir par exemple Fiche de mesure C21 du plan directeur du canton de Berne, Adaptation arrêtée par le Conseil exécutif le 3 juillet 2013 (ACE 0956/2013).

²⁵ Art. 2 al. 1^{er} let. b OAT; Arrêt Schwyberg, cons. 6.2; arrêt du Tribunal administratif cantonal du canton de Soleure du 17 septembre 2018, VWBES.2017.280, cons. 3.4, 3.8 et références citées (ci-après «Arrêt Granges»); il faut pouvoir exclure les alternatives possibles en faisant l'assertion suivante «le cas échéant, ici et pas ailleurs»; TSCHANNEN, p. 122 s.

²⁶ Arrêt Schwyberg, cons. 2.8: À noter toutefois que le cas de la planification directrice fribourgeoise était particulier, puisqu'elle mentionnait elle-même que les sites retenus devaient encore être examinés. Malgré une demande expresse de l'Office fédéral du développement territorial (ARE) en ce sens, le canton de Fribourg n'avait pas démontré en quoi le site retenu correspondait aux critères applicables. Le plan directeur n'avait en outre pas été approuvé par le Conseil fédéral.

bale des intérêts à effectuer au stade du plan directeur.²⁷ Dans son arrêt relatif au parc éolien de Granges, le Tribunal administratif du canton de Soleure a souligné – à juste titre selon nous – que s’il convenait certes d’effectuer une pesée des intérêts préalable au niveau du plan directeur, l’on ne saurait toutefois exiger qu’elle présente le degré de détail d’un plan d’affectation, faute de quoi ce dernier instrument deviendrait obsolète.²⁸

À notre avis, cette approche se justifie notamment par le fait qu’au moment de son examen en vue d’une éventuelle introduction dans le plan directeur, il ne s’agit de sélectionner que le site du projet dont les contours sont encore incertains.²⁹ On ne connaît par exemple pas encore l’emplacement exact des installations éoliennes à l’intérieur du périmètre concerné,³⁰ ni leur taille. On ignore également les mesures de compensation en faveur de l’environnement qui seront garanties au stade du plan d’affectation. Il semblerait en outre disproportionné d’exiger une pesée des intérêts nécessitant des études très approfondies et coûteuses alors que le site en question pourrait finalement ne pas être sélectionné.³¹

Selon nous, dans la mesure où les cantons (i) ont tenu compte des intérêts touchés par la réalisation du parc éolien, (ii) ont arrêté des critères de sélection qui ne sont pas arbitraires et (iii) peuvent démontrer en quoi un emplacement – contrairement aux alternatives examinées – répond à ces critères, le juge ne devrait pas remettre en question leur planification directrice.³² Cela étant, et quand bien même les plans directeurs ont force obligatoire pour les autorités,³³ l’on ne saurait inférer de l’inscription au plan directeur d’un projet que celui-ci pourra nécessairement se réaliser.³⁴ En effet, les études complémentaires et la pesée des intérêts qui seront menées au stade de la procédure d’affectation condui-

ront les autorités à examiner le projet et ses impacts de manière plus minutieuse. Celles-ci devront toutefois faire preuve de retenue dans leur examen éventuel du plan directeur cantonal et garder à l’esprit que le projet en question a été considéré comme prioritaire.³⁵

II. Le plan d’affectation

Une fois un projet intégré au plan directeur, la question de l’affectation se pose. Les parcs éoliens sont souvent prévus à l’écart des habitations et donc hors de la zone à bâtir. Lorsqu’elles sont soumises à une planification obligatoire du fait de leur impact sur l’espace, l’environnement et l’équipement, les installations de production d’énergie pourront être admises hors de la zone à bâtir sur la base d’un plan d’affectation selon l’art. 18 LAT.³⁶

La jurisprudence a précisé que l’établissement d’une zone spéciale de parc éolien ne constituait pas une création de zone à bâtir au sens de l’art. 15 LAT. Ces zones spéciales viennent se *superposer* à la zone existante, en principe non-constructible.³⁷

L’adoption d’un tel plan ne devra pas être soumise à des exigences moins strictes que l’octroi d’une autorisation dérogatoire au sens de l’art. 24 LAT pour les constructions hors de la zone à bâtir. Ainsi, l’autorité amenée à approuver le plan d’affectation devra vérifier que (i) l’implantation des constructions et installations à l’endroit retenu est imposée par leur destination et (ii) aucun intérêt prépondérant ne s’oppose au projet. L’autorité de planification devra par conséquent procéder à une nouvelle pesée générale des intérêts.³⁸

Au moment de l’établissement du plan d’affectation, une étude de l’impact sur l’environnement et un rapport selon l’art. 47 OAT seront réalisés.³⁹ Ils nécessiteront des investigations complémentaires, permettront d’établir les mesures de protection, de reconstitution et de compensation nécessaires⁴⁰ et détermineront notamment si le projet répond aux prescriptions de la protection de l’environnement.⁴¹ La pesée globale des intérêts tiendra compte de tous ces nouveaux élé-

²⁷ Sur la question de l’ordre séquentiel des décisions d’aménagement, cf. TSCHANNEN LAT, N° 40 ss ad art. 2.

²⁸ Arrêt Granges, cons. 3.8 qui explique en détail le processus de planification directrice intervenu dans le canton de Soleure; voir également TSCHANNEN, p. 122, selon lequel l’ampleur de la pesée des intérêts doit être déterminée par la fonction et la portée de l’instrument de planification en question. Il estime par exemple que, les plans directeurs n’étant contraignants que pour les autorités, les intérêts privés ne doivent pas être pris en compte dans la pesée des intérêts effectuée à ce stade, mais uniquement au moment de l’affectation.

²⁹ À titre d’exemple, cf. Plan directeur du canton de Vaud, 4^e adaptation, 31 janvier 2018, mesure F51 et sa carte qui désignent, au moyen de « zones de couleur », les périmètres constituant les sites éoliens intégrés à la planification cantonale, les sites éoliens retenus sous conditions et les sites éoliens retenus sous réserve de coordination relative à l’Inventaire fédéral des paysages, sites et monuments naturels (IFP).

³⁰ Sans connaître l’emplacement des éoliennes, il n’est par exemple pas possible de prendre en compte l’intérêt à la protection de l’avifaune avec un degré de détails aussi élevé qu’au stade du plan d’affectation et du permis de construire.

³¹ Un tel niveau d’exigence serait de nature à décourager les porteurs de projet et irait directement à l’encontre des objectifs visés par la SE 2050.

³² Cf. également Arrêt Sainte-Croix, cons. 2b dd, dans lequel la CDAP a examiné avec retenue la planification directrice vaudoise en matière d’énergie éolienne. Si elle s’est interrogée sur la pertinence et le poids de certains critères de sélection des sites, elle a toutefois considéré que la planification directrice ne pourrait être remise en cause que si les critères utilisés et leur pondération étaient incompréhensibles ou clairement arbitraires.

³³ Art. 9 al. 1^{er} LAT.

³⁴ Message, p. 6879.

³⁵ Cf. également Message, p. 6880; SIMONA, N 32.

³⁶ ATF 132 II 408, cons. 4.2 et les références citées; R. MUGGLI, in: H. Amisegger/P. Moor/A. Ruch/P. Tschannen (édit.), Commentaire pratique LAT: Planifier l’affectation, Bâle 2016, N° 30 ad art. 18.

³⁷ Arrêt du TF 1C_242/2014 du 1^{er} juillet 2015, cons. 2.2 et références citées; arrêt du TF 1A.183/2004 du 25 juillet 2005, cons. 2.3; A. RUCH/R. MUGGLI in: H. Amisegger/P. Moor/A. Ruch/P. Tschannen (édit.), Commentaire pratique LAT: Construire hors zone à bâtir, Genève, Zurich/Bâle 2017, N° 11 ad art. 16.

³⁸ Art. 3 OAT; Arrêt Schwyberg, cons. 4.4; Arrêt Sainte-Croix, cons. 13; Arrêt Granges, cons. 4.2; ATF 145 II 70, cons. 3.2.

³⁹ Annexe OEIE, para. 21.8, art. 10a LPE et 5 al. 3 OEIE.

⁴⁰ Notamment s’agissant de la protection de la forêt, de l’avifaune nicheuse et migratrice ainsi que des chiroptères.

⁴¹ Art. 3 al. 1^{er} OEIE, en particulier la protection de la nature, la protection du paysage, la protection des eaux, la sauvegarde des forêts, la chasse et la pêche.

ments⁴² et sera donc nécessairement plus détaillée que celle intervenue au stade du plan directeur.⁴³

⁴² Arrêt Schwyberg, cons. 4.4. : La pesée des intérêts tiendra compte des mesures de protection, de reconstitution et de compensation ; voir notamment art. 18 al. 1^{er} de la Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (LPN ; RS 451).

⁴³ TSCHANNEN, p. 122.

Enfin, les éoliennes devront faire l'objet d'une autorisation de construire. Cette procédure sera toutefois largement prédéterminée par le contenu du plan d'affectation spécial.⁴⁴

⁴⁴ Arrêt Granges, cons. 4.2 ; à noter que l'art. 28 de la loi vaudoise sur l'aménagement du territoire et des constructions du 4 décembre 1985 (LATC ; RSV 700.11) prévoit désormais l'instrument du plan d'affectation valant permis de construire qui pourrait trouver application dans le contexte des parcs éoliens.

Colloque du droit de la responsabilité civile

LE NOUVEAU DROIT DE LA PRESCRIPTION

Direction

Professeurs **Franz Werro** et **Pascal Pichonnaz**,
Chaires de droit des obligations, Université de Fribourg
Professeure **Christine Chappuis**, Université de Genève

Thèmes

- Les principes et les aspects saillants de la révision
- La suspension des délais
- La renonciation à invoquer la prescription
- Les délais de l'action récursoire
- Le nouveau droit et les contrats en cours
- La jurisprudence récente

Vendredi
8 novembre 2019

Aula Magna
Site de Miséricorde
Université de Fribourg

UNI
FR
UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
UNIVERSITÄT FREIBURG