



Expertise juridique du 11 avril 2019

Expertise juridique

**Éoliennes; marge de manœuvre des cantons
en matière de réglementation**

Date: 11 avril 2019

Lieu: Berne

Mandant:

Office fédéral de l'énergie OFEN
CH-3003 Berne
www.ofen.admin.ch

Mandataires:

Kellerhals Carrard
Dr. Christoph Jäger
Avocat

Les auteurs sont seuls responsables du contenu et des conclusions de ce rapport.

Office fédéral de l'énergie OFEN

Mühlestrasse 4, CH-3063 Ittigen; Adresse postale: CH-3003 Berne
Tél. +41 58 462 56 11 · fax +41 58 463 25 00 · contact@bfe.admin.ch · www.ofen.admin.ch



Expertise juridique

De: Dr. Christoph Jäger, avocat
À l'attention de: Office fédéral de l'énergie OFEN
Date: 11 avril 2019
Concerne: Éoliennes; marge de manœuvre des cantons en matière de réglementation

CJA/bry/X8607013

TABLE DES MATIÈRES

1	CONTEXTE	2
2	QUESTIONNEMENT ET MANDAT	2
3	ÉVALUATION JURIDIQUE	3
3.1	Répartition des compétences définie par la Constitution	3
3.1.1	Bases	3
3.1.2	Autonomie communale (indication)	5
3.1.3	Répartition des compétences dans les domaines de l'énergie, de la protection de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de la protection de la nature et du patrimoine	5
3.1.4	Règles à appliquer en cas de conflit	8
3.2	Droit de l'énergie et utilisation de l'énergie éolienne: Stratégie énergétique 2050	10
3.3	Aménagement du territoire et utilisation de l'énergie éolienne	12
3.3.1	Fonctionnement de l'aménagement du territoire	12
3.3.2	Prise en compte des intérêts de la Confédération en matière d'aménagement du territoire dans les plans directeurs cantonaux et le plan d'affectation	13
3.3.3	Conséquences sur l'utilisation de l'énergie éolienne	14
3.4	Intérêts (de protection) cantonaux et utilisation de l'énergie éolienne	16
3.4.1	Aperçu de la marge de manœuvre au niveau des réglementations cantonales	16
3.4.2	Prescriptions en matière de distance visant à protéger contre les immissions	19
3.4.2.1	Aperçu des mesures envisageables	19
3.4.2.2	Limitations d'émissions à titre préventif selon l'art. 11, al. 2, LPE (principe de précaution)	20
3.4.2.3	Limitation des atteintes nuisibles ou incommodantes en vertu de l'art. 11, al. 3, LPE	23

3.4.2.4	Conclusion concernant les prescriptions en matière de distance visant à protéger contre les immissions	24
3.4.3	Prescriptions en matière de distance visant à protéger la nature et le patrimoine	26
3.4.4	Prescriptions en matière de distance visant à protéger des biens de police	27
3.4.5	Conclusion	27
3.5	Possibilités d'application: surveillance fédérale et application judiciaire	28
4	RÉSULTATS	30

1 CONTEXTE

- 1 En vigueur depuis le 1^{er} janvier 2018, la Stratégie énergétique 2050 de la Confédération prévoit entre autres un recours accru aux énergies renouvelables, notamment à l'énergie éolienne. Dans ce contexte, la Confédération a élaboré la Conception énergie éolienne. Malgré la volonté du Conseil fédéral d'encourager les initiatives dans ce domaine, les nouveaux projets d'utilisation de l'énergie éolienne se font rares; les projets en procédure de planification ou de demande de permis de construire sont quant à eux bloqués.
- 2 Ce sont principalement les réglementations relatives aux distances à respecter par rapport aux territoires urbanisés (zone à bâtir) ou aux bâtiments (d'habitation) en dehors de la zone à bâtir (prescriptions de distance) qui s'opposent aux projets d'énergie éolienne et compliquent ou empêchent ainsi l'extension souhaitée par la Stratégie énergétique 2050 de la Confédération. Les prescriptions légales en matière de construction sont – au vu de ces motifs - souvent édictées ou appliquées de manière beaucoup plus restrictive qu'elles ne devraient l'être selon les études, les directives ou l'expérience pour atteindre leur but principal (avant tout de garantir la sécurité, la protection contre le bruit et, si nécessaire, la protection des paysages et des sites). Pour justifier le renforcement de prescriptions de distance – en ce sens qu'elles sont plus grandes que ce qui est indiqué par les études scientifiques ou l'expérience - il est parfois également fait appel au principe de précaution du droit de l'environnement.

2 QUESTIONNEMENT ET MANDAT

- 3 Au vu de ces pratiques, la présente expertise juridique doit étudier les questions suivantes et y répondre:

1. À la lumière de la révision de la loi fédérale du 30 septembre 2016 sur l'énergie (LEne; RS 730.0), notamment des art. 10 et 14, les cantons et les communes ont-ils l'obligation de soutenir et de promouvoir les projets éoliens dans le cadre de l'aménagement du territoire et de la législation en matière de construction?
 2. Les cantons et/ou les communes peuvent-ils édicter dans leur législation en matière de construction des dispositions pour les éoliennes qui prévoient des distances nettement supérieures à celles visées dans les études/directives/recommandations/conceptions pour la protection de la population ou des riverains (p. ex. contre le bruit/les infrasons, les ombres portées) ou pour la protection du paysage et des sites bâtis?
 3. Les cantons et/ou les communes peuvent-ils augmenter les distances indiquées par les experts sur la base du principe de précaution prévu dans le droit de l'environnement (en invoquant une «marge de sécurité»)?
- 4 Ces questions de droit doivent être placées dans le cadre juridique (constitutionnel) et traitées d'un point de vue objectif. La présente expertise doit également pouvoir être mise à disposition des cantons et des communes ainsi que des milieux intéressés. Il convient de veiller à ce qu'elle s'articule de façon claire et compréhensible; tout approfondissement juridico-dogmatique peut et doit être évité, de même que tout recours à un appareil scientifique étendu.

3 ÉVALUATION JURIDIQUE

3.1 Répartition des compétences définie par la Constitution

3.1.1 Bases

- 5 Les art. 3 et 42 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.; RS 101) disposent que la Confédération ne peut se charger que des tâches qui lui incombent constitutionnellement, tandis que la compétence générale à titre subsidiaire est du ressort des cantons. En d'autres termes, les compétences que la Cst. n'attribue pas à la Confédération incombent aux cantons¹. Ces derniers sont souverains pour autant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Cst². En revanche, l'art. 3 Cst. ne fonde aucune présomption de compétences en faveur des cantons. La Cst. doit davantage

¹ Cf. GIOVANNI BIAGGINI, Cst., Constitution fédérale de la Confédération suisse, 2^e éd., Zurich 2017, art. 3, n° 7 et art. 42 n° 1 s.

² De facto, la souveraineté des cantons peut toutefois être limitée non seulement par la répartition des compétences dans la Cst., mais aussi par la législation fédérale, puisque sur la base de l'art. 190 Cst., les lois fédérales qui ne respectent pas la répartition des compétences ont également pour effet de restreindre la souveraineté.

être interprétée selon des principes généraux et comporte également des compétences fédérales tacites et implicites³.

- 6 Selon l'effet juridique de la répartition des tâches, il convient de distinguer les compétences fédérales exclusives, concurrentes ou parallèles. Il s'agit ici de déterminer si les réglementations cantonales sont (encore) admissibles et pour combien de temps. Les compétences fédérales exclusives ont un effet dérogatoire originaire, puisqu'il n'y a plus de place pour les réglementations cantonales dès l'attribution des tâches à la Confédération. En cas de compétences concurrentes, les cantons peuvent toutefois édicter leurs propres règles tant que et dans la mesure où la Confédération n'a pas fait usage de sa compétence législative. En cas de compétences parallèles, la Confédération et les cantons légifèrent simultanément et conjointement⁴.
- 7 À cela s'ajoute la question de la mesure dans laquelle la Confédération est habilitée à édicter des règles. Sous cet angle, on parle de compétences globales ou fragmentaires, ou de compétences législatives limitées aux principes⁵. Ces dernières permettent à la Confédération uniquement d'édicter un cadre légal et de régler des questions de principe. Les cantons doivent conserver une marge de manœuvre propre substantielle. Néanmoins, la Confédération est également habilitée à régler certaines questions juridiques jusque dans les moindres détails, c'est-à-dire à créer des dispositions concrètes d'une grande profondeur réglementaire applicables au cas d'espèce, si cela est nécessaire pour la réalisation d'intérêts centraux⁶. L'étendue de la compétence fédérale n'est donc généralement déterminée que par les lois fédérales⁷ qui la concrétisent, ce qui est d'une grande importance pour la présente question (cf. chap. 3.1.3).
- 8 Indépendamment de cela, la Cst. règle le partenariat entre la Confédération et les cantons. Selon l'art. 44, al. 1 et 2, Cst., la Confédération et les cantons se doivent entraide, respect et assistance dans l'accomplissement de leurs tâches. D'une part, le précepte de l'exercice mesuré des compétences⁸ découle des devoirs de considération de la Confédération. Il s'adresse en premier lieu au gouvernement fédéral et se concrétise par l'article 5a Cst.

³ Cf. BIAGGINI, *ibid.*, art. 3 n° 8.

⁴ PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4^e éd., Berne 2016, §20 ch. marg. 26 ss; cf. également RAINER J. SCHWEIZER, dans: BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER [éd.], *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3^e éd. Zurich/Saint-Gall 2014, art. 3 n° 16 ss.

⁵ Cf. TSCHANNEN, *ibid.*, §20 ch. marg. 26 ss.

⁶ Cf. RENÉ SCHAFFHAUSER/FELIX UHLMANN, dans: BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER [éd.], *Die Schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3^e éd. Zurich/Saint-Gall 2014, art. 89 n° 11; cf. également TSCHANNEN, *ibid.*, §20 ch. marg. 37 ss.

⁷ Cf. ALEXANDER RUCH, dans: BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER [éd.], *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3^e éd. Zurich/Saint-Gall 2014, art. 49 n° 10.

⁸ Cf. BIAGGINI, *ibid.*, art. 44 n° 8 avec d'autres indications.

(principe de subsidiarité)⁹. D'autre part, il implique également le devoir des cantons de ne pas entraver la Confédération dans l'accomplissement de ses tâches¹⁰. Enfin, il convient de noter que l'art. 5, al. 3, Cst. prévoit un devoir d'agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. Cette règle s'applique également aux interactions entre les pouvoirs publics et, partant, entre la Confédération et les cantons¹¹.

3.1.2 Autonomie communale (indication)

- 9 Étant donné qu'en Suisse les communes sont traditionnellement en position de force et souveraines dans le domaine de la planification et des constructions, et que, de ce fait, ce sont souvent elles qui édictent les prescriptions relatives aux distances qui nous intéressent en l'espèce dans le droit des constructions, la question de l'autonomie communale peut se poser. Il convient également de déterminer s'il en découle pour la présente thématique un champ d'application (absolu) protégé.
- 10 Selon l'art. 50 Cst., l'autonomie communale est garantie (uniquement) dans les limites fixées par le droit cantonal. De par nature, le canton peut, quant à lui, uniquement accorder aux communes des marges de réglementation et de compétences, si celles-ci lui incombent en vertu de l'ordre constitutionnel.
- 11 Ci-après, lorsque le canton dispose d'une marge de réglementation attestée, celle-ci peut par conséquent également revenir aux communes, à condition que le droit cantonal prévoit une telle délégation. En revanche, si cette marge n'existe pas, il est d'emblée exclu que les communes s'en saisissent. À cet égard, l'autonomie communale n'a pas de signification propre pour les questions qui nous occupent.

3.1.3 Répartition des compétences dans les domaines de l'énergie, de la protection de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de la protection de la nature et du patrimoine

- 12 L'aperçu qui suit présente les compétences de la Confédération et des cantons visées par la Cst. dans les domaines qui nous occupent pour la présente expertise.

a) Énergie (art. 89, al. 1, 2 et 5, Cst.)

- 13 Dans les limites de leurs compétences respectives, la Confédération et les cantons s'emploient dans la même mesure à promouvoir un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économique et respectueux de l'environnement. Il s'agit là d'une norme à caractère

⁹ Cf. BIAGGINI, *ibid.*, art. 5a n° 13.

¹⁰ Cf. BIAGGINI, *ibid.*, art. 44 n° 8 avec d'autres indications.

¹¹ Cf. BIAGGINI, *ibid.*, art. 5 n° 25.

programmatoire touchant plusieurs niveaux de compétence. «Ces communautés doivent toujours poursuivre ces objectifs, lorsqu'elles exécutent, en tant qu'organes chargés d'édicter et de faire appliquer le droit, des tâches liées à l'approvisionnement et à la consommation énergétiques. Ainsi <dans les limites de leurs compétences respectives>, cela signifie que les communautés sont également liées aux objectifs fixés dans le domaine de la politique énergétique, même en ce qui concerne leurs compétences en dehors de ce domaine.»¹²

14 S'agissant de l'utilisation des énergies indigènes et renouvelables et de la consommation économe et rationnelle de l'énergie, l'art. 89, al. 2, Cst. charge la Confédération de la compétence législative limitée aux principes. Il appartient en particulier à la Confédération «d'édicter des principes de façon à ce <qu'aucun obstacle évitable n'entrave> de nouvelles utilisations de ce type de l'énergie et à faciliter leur développement»¹³. La Confédération s'acquitte notamment de cette obligation par le biais de la loi sur l'énergie du 30 septembre 2016 (LEne; RS 730.0).

15 Enfin, l'art. 89, al. 5, Cst. indique clairement – selon le principe de subsidiarité – que la Confédération doit tenir compte des efforts des cantons, des communes et des milieux économiques; elle prend en considération les réalités de chaque région et les limites de ce qui est économiquement supportable.

b) Protection de l'environnement (art. 74 Cst.)

16 Dans le domaine de la protection de l'environnement, l'art. 74, al. 1, Cst. attribue à la Confédération une compétence législative globale (concurrente)¹⁴. L'exécution des dispositions fédérales incombe aux cantons dans la mesure où elle n'est pas réservée à la Confédération par la loi (art. 74, al. 3, Cst.). La protection de l'environnement, en particulier contre les immissions, est réglée de manière complète dans la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE; RS 814.01). Sous réserve de l'art. 41 LPE, l'exécution de cette loi incombe aux cantons (art. 36 LPE).

c) Aménagement du territoire (art. 75 Cst.)

17 Selon l'art. 75 Cst., la Confédération est autorisée dans le domaine de l'aménagement du territoire à fixer des principes, soit à édicter un cadre global (compétence législative limitée aux principes). Pour le reste, l'aménagement du territoire relève de la compétence des cantons. Ceux-ci

¹² SCHAFFHAUSER /UHLMANN, *ibid.*, art. 89 n°6. avec d'autres indications.

¹³ SCHAFFHAUSER /UHLMANN, *ibid.*, art. 89 n°11 avec citation/renvoi à JAGMETTI, dans: Aubert et al., *Komm. BV 1874*, art. 24octies, ch. marg. 43.

¹⁴ RETO MORELL/KLAUS A. VALLENDER, dans: BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER [éd.], *Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich/Saint-Gall 2014, art. 74 n°10; BIAGGINI, *ibid.*, art. 74 n° 3.

doivent notamment édicter les prescriptions légales concrètes nécessaires¹⁵. Sur la base de ses compétences, la Confédération peut établir des directives contraignantes qui indiquent aux cantons les objectifs à atteindre, les instruments à utiliser, les mesures à prendre et les procédures à suivre pour l'aménagement du territoire¹⁶. C'est ce qu'elle a fait avec la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (loi sur l'aménagement du territoire, LAT; RS 700).

18 D'autre part, la Confédération n'a aucune compétence législative dans le domaine du droit de la construction, qui est du ressort des cantons. Cela n'exclut toutefois pas que l'un des principes de l'aménagement du territoire puisse consister à réglementer les questions de droit de la construction qui lui sont directement liées (p. ex. l'obligation d'obtenir un permis de construire ou le droit d'équipement qui allie droit de l'aménagement du territoire et droit des constructions)¹⁷.

19 L'aménagement du territoire a une fonction de coordination centrale et transversale en ce qui concerne l'exécution de toutes les tâches de l'État ayant des incidences sur le territoire (p. ex., les tâches d'infrastructure telles que les chemins de fer, les routes, les agents énergétiques, la protection de l'environnement et de la nature). Les objectifs et les principes ou réglementations de l'aménagement du territoire doivent être respectés et leurs instruments appliqués lors de l'exécution de tâches ayant un impact sur le territoire¹⁸.

20 L'aménagement du territoire représente en particulier un «instrument de planification permettant de surmonter les conflits d'intérêts»¹⁹ qui pourraient survenir dans le cadre des tâches d'infrastructure relevant de la protection de l'environnement, des forêts, de la nature et du paysage et dans des domaines sectoriels comme les transports et l'énergie.

d) *Protection des forêts (art. 77 Cst.), de la nature et du patrimoine (art. 78 Cst.)*

21 S'agissant de la protection des forêts, de la nature et du patrimoine, tant la Confédération que les cantons possèdent des compétences. La Confédération a une compétence législative limitée aux principes dans le domaine de la protection des forêts, tandis que la protection de la nature et du patrimoine est du ressort des cantons (art. 78, al. 1, Cst.). Cependant, la Confédération

¹⁵ Cf. pour l'ensemble à BIAGGINI, *ibid.*, art. 75 n°3.

¹⁶ MARTIN LENDI, dans: BERNHARD EHRENZELLER/PHILIPPE MASTRONARDI/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER [Hrsg.], *Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2008, art. 75 n° 25.

¹⁷ Cf. à ce propos RUCH, *ibid.*, art. 75 n°25 s.

¹⁸ Cf. à ce propos RUCH, *ibid.*, art. 75 n°16.

¹⁹ RUCH, *ibid.*, art. 75 n°24.

possède une compétence législative globale dans la protection des milieux naturels et des biotopes (cf. art. 78, al. 2 à 5, Cst.). En fin de compte, on parle d'une «tâche commune de la Confédération et des cantons»²⁰.

- 22 L'art. 78, al. 2, Cst. prévoit que la Confédération s'engage volontairement, dans l'accomplissement de ses tâches, à prendre en considération les objectifs de la protection de la nature et du patrimoine²¹.

3.1.4 Règles à appliquer en cas de conflit

- 23 L'aperçu de la répartition des compétences dans les domaines concernés ici met clairement en lumière les zones de tension et le potentiel de conflit élevé dans la législation (et aussi dans l'application du droit). Il est difficile de définir des domaines qui parfois se chevauchent; les compétences sont fragmentées et la Cst. elle-même fixe divers objectifs contradictoires. Cela rend d'autant plus importantes les règles constitutionnelles et interdisciplinaires sur la manière de traiter par principe ces zones de tension et de délimiter ou d'harmoniser correctement les compétences de la Confédération et des cantons.
- 24 En cas de conflit entre les normes du droit cantonal et celles du droit fédéral, l'art. 49 Cst. prévoit comme règle de base que le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire. Les actes fédéraux de tous niveaux dérogent aux normes juridiques cantonales en cas de conflit; en d'autres termes, dans les cas extrêmes, les ordonnances fédérales doivent primer les dispositions constitutionnelles cantonales²².
- 25 L'art. 49, al. 1, Cst. vise à faire respecter la répartition constitutionnelle des compétences au sens de l'art. 3 Cst. et constitue un impératif de l'organisation de l'État fédéral. La primauté du droit fédéral n'est toutefois fondée sur cette considération que dans la mesure où le droit fédéral a été adopté dans les limites de la répartition constitutionnelle des compétences et s'y conforme. Cependant, cette restriction n'a en soi qu'une importance pratique limitée, car selon l'art. 190 Cst., les lois fédérales font autorité et doivent être respectées par les autorités chargées d'appliquer la loi et, en particulier, par les tribunaux. Cette exigence vaut également pour les dispositions fédérales anticonstitutionnelles, y compris celles qui ne respectent pas la répartition constitutionnelle des compétences.

²⁰ Cf. ARNOLD MARTI, dans: BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER [éd.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich/Saint-Gall 2014, art. 78 n°5.

²¹ Pour sa part, ce mandat de protection contient déjà un conflit d'objectifs constitutionnel immanent (concernant les tâches à accomplir et les objectifs qui peuvent être compromis dans l'exécution des tâches); le mandat de protection est donc inévitablement toujours associé à une pesée des intérêts. Cf. à ce propos MARTI, *ibid.*, art. 78 n°7.

²² Cf. TSCHANNEN, *ibid.*, §22, ch. marg. 16.

26 Les conséquences juridiques de normes contradictoires varient dans une large mesure si le conflit de normes s'accompagne d'un conflit de compétences (la Confédération et les cantons règlent *la même question juridique* de manière contradictoire dans le même domaine) ou s'il s'agit d'un pur conflit de normes. Dans ce cas, la Confédération et le canton règlent des *questions juridiques différentes* au sein d'un même domaine et, en principe, dans le respect de leurs compétences respectives, ce qui entraîne des conséquences juridiques conflictuelles dans certains cas.

- Si les normes contradictoires reposent sur un conflit de compétences, la réglementation fédérale conforme aux compétences prime la réglementation cantonale qui va à l'encontre de l'ordre des compétences (art. 49, al. 1, Cst.)²³. Si les réglementations fédérales éventuellement contraires à la répartition des compétences ne priment certes pas les réglementations cantonales conformes (l'art. 49, al. 1, Cst. ne s'applique pas), elles prennent cependant le pas sur celles-ci en raison du principe d'immunité visé à l'art. 190 Cst.²⁴. Ainsi, dans les deux cas, la norme cantonale n'est pas applicable²⁵.
- En cas de conflit de normes (pur), dans lequel la Confédération et le canton ont chacun légiféré dans le cadre de leurs compétences respectives, les normes en conflit doivent en principe être appliquées de manière *cumulative* (les cas d'abus de compétences demeurent réservés, cf. ci-dessous ch. marg. 27). Cela vaut même «si un projet conforme au droit fédéral devait échouer en raison des conditions réservées par le droit cantonal»²⁶. De tels conflits d'objectifs ne constituent pas une violation du droit fédéral, puisque la Confédération et les cantons – en tant que collectivités locales – peuvent poursuivre leurs propres objectifs dans le cadre de leurs compétences²⁷.

27 Toutefois, même lorsqu'il y a place pour le droit cantonal, le législateur cantonal n'est pas totalement libre. En particulier, le droit cantonal ne doit pas violer le sens et l'esprit du droit fédéral et ne doit pas porter atteinte, ni même contrecarrer son objet²⁸. Par exemple, le droit cantonal des procédures

²³ Soit l'acte cantonal concerné est abrogé (dans le cas d'un contrôle abstrait des normes), soit son application est rejetée (dans le cas d'un contrôle concret des normes). Cf. en détail TSCHANNEN, *ibid.*, §22, ch. marg. 28 ss.

²⁴ Toutefois, le droit conforme à la répartition des compétences demeure valide (puisque'il est conforme à la Cst.) et ne sera suspendu que tant que le droit fédéral contraire à l'ordre des compétences existera. Cf. en détail TSCHANNEN, *ibid.*, §22, ch. marg. 28 ss.

²⁵ Seules passent après le droit cantonal les ordonnances fédérales contraires à la répartition des compétences et pour lesquelles la loi fédérale ne prévoit pas cette violation des compétences.

²⁶ TSCHANNEN, *ibid.*, §22 ch. marg. 45.

²⁷ Cf. ATF 122 I 70 consid. 2a, avec d'autres indications; cf. également TSCHANNEN *ibid.*, §22 ch. marg. 45; BIAGGINI, *ibid.*, art. 49 n°12.

²⁸ Cf. p. ex. ATF 130 I 279 consid. 2.2 avec d'autres indications; cf. également RUCH, *ibid.*, art. 49 n°16 et 17; TSCHANNEN, *ibid.*, §22, ch. marg. 46; BIAGGINI *ibid.*, art. 49 n°12.

ne doit ainsi pas entraver indûment la réalisation du droit matériel fédéral²⁹. Il y a abus de compétences si, dans l'exercice de ses compétences, le canton porte atteinte de manière excessive à d'autres domaines qui ne lui incombent pas. Ce type d'abus, en tant que violation du devoir d'agir de manière conforme aux règles de la bonne foi (art. 5, al. 3, Cst.), a les mêmes conséquences pour le canton que s'il outrepassait (ouvertement) ses compétences. Le droit cantonal ne serait donc pas applicable³⁰.

3.2 Droit de l'énergie et utilisation de l'énergie éolienne: Stratégie énergétique 2050

28 Sur la base de l'art. 89, al. 1 et 2, Cst., la Confédération a édicté dans le cadre de la Stratégie énergétique 2050 notamment des directives sur l'utilisation de l'énergie éolienne. L'objectif déclaré de la Stratégie énergétique est d'accroître la production électrique indigène provenant des énergies renouvelables, soit également de l'énergie éolienne (art. 2 LEn)³¹. Différentes mesures doivent permettre ce développement³², dont la planification du territoire qui nous occupe ici.

29 La conception proposée à l'origine par le Conseil fédéral pour le développement des énergies renouvelables, que les cantons auraient dû élaborer avec le soutien de la Confédération³³, a été rejetée au Parlement. Toutefois, le devoir des cantons de retirer des zones potentielles a été repris. En conséquence, les plans directeurs cantonaux doivent désigner des zones qui se prêtent à l'exploitation de l'énergie hydraulique et éolienne (art. 10 LEn en rel. avec l'art. 6, al. 2 et 3, et l'art. 8b, LAT). Ils peuvent certes ce faisant désigner également des zones à laisser en principe libres (planification négative). S'agissant de cette possibilité de planification négative (qui fait l'objet de discussions dans le cadre de la conception rejetée), le message indique que l'idée de la planification n'est pas en premier lieu de laisser libres certaines zones mais, bien au contraire, «d'en déterminer l'affectation»³⁴.

29 Cf. ATF 135 V 134 consid. 4.5.

30 Cf. TSCHANNEN, *ibid.*, §22, ch. marg. 46.

31 Cf. également 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 (Initiative <Sortir du nucléaire>)» du 4 septembre 2013 [ci-après Message], FF 2013 6771, p. 6806.

32 Cf. message, p. 6808.

33 Cf. message, art. 11 du projet de loi sur l'énergie.

34 Message, p. 6878. Il a ainsi été déclaré durant les délibérations parlementaires et dans le développement écrit (suggéré par les cantons) de la proposition individuelle Fässler, à l'origine des dispositions désormais entrées en force, que les cantons sont «d'accord de garantir dans l'aménagement de leur territoire le potentiel de production des énergies renouvelables (avant tout de l'éolien et de l'hydraulique) ainsi que les principales infrastructures d'approvisionnement en énergie.» (BO 2014 N 2058). Cf. également les votes au Conseil des États qui montrent que la variante du Conseil fédéral a été rejetée en premier lieu parce qu'elle aurait créé de nouveaux instruments en matière d'aménagement du territoire et que l'on

- 30 Cette obligation relative aux plans directeurs oblige donc également les cantons à veiller, dans la mesure du nécessaire, à l'élaboration ou à l'adaptation des plans d'affectation idoines (art. 10, al. 2, LEne), ce que le message estime particulièrement nécessaire dans le cas des éoliennes³⁵.
- 31 S'agissant de l'aménagement futur du territoire des cantons, le message précise: «Il est par contre important qu'ils [les cantons] ne prennent aucune disposition allant à l'encontre des objectifs de développement ou rendant leur réalisation illusoire»³⁶. Il en résulte que, certes, il reste possible de mettre en question le choix du site se trouvant au sein d'une zone en principe adéquate dans le cadre de la procédure d'autorisation, mais «les autorités compétentes en matière d'autorisation et les tribunaux devront prendre en compte le fait que certains sites se trouvent, selon les délimitations de la planification, dans des zones destinées à l'utilisation et qu'en principe leur évaluation repose sur une décision favorable à l'utilisation»³⁷. Globalement, l'aménagement du territoire et les nouvelles délimitations de territoire prévues doivent «mettre en œuvre, dans l'espace, les objectifs de la stratégie énergétique et régler les conflits avec les intérêts de protection»³⁸.
- 32 Comme deuxième mesure en matière d'aménagement du territoire, la Stratégie énergétique de la Confédération a décrété d'intérêt national l'utilisation et le développement des énergies renouvelables et habilité le Conseil fédéral à accorder également ce statut à certaines installations (art. 12 et 13 LEne). Dans la pesée des intérêts, cette désignation permet au fond de considérer l'intérêt d'utilisation de ces installations au même titre que l'intérêt national à la protection des objets visée à l'art. 6, al. 2, de la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (LPN; RS 451). Cela doit permettre concrètement d'effectuer une pesée des intérêts au cas par cas, ce qui était jusqu'alors exclu³⁹.
- 33 Sur cette base légale, le Conseil fédéral a décrété d'intérêt national les installations éoliennes (art. 9 OEne) et rappelé dans les commentaires à l'ordonnance que l'énergie éolienne constitue un pilier essentiel de l'approvisionnement électrique de source renouvelable (notamment parce que son pic de production a lieu au semestre d'hiver)⁴⁰.
- 34 En résumé, il ressort de ce qui précède qu'avec la révision de la LEne (et les dispositions connexes de la LAT), le législateur fédéral a pris, en vertu de ses compétences constitutionnelles, une décision claire et décisive qui fera date

est parti du principe que ceux-ci auraient eu tendance à compliquer et rallonger les procédures (cf. p. ex. vote du CE Martin Schmid dans BO 2015 S 938/939).

35 Cf. message, p. 6880.

36 Cf. message, p. 6880.

37 Cf. message, p. 6880.

38 Cf. message, p. 6957.

39 Cf. message, p. 6840.

40 Cf. Rapport explicatif de novembre 2017 relatif à la révision totale de l'ordonnance sur l'énergie, p. 13.

dans le droit de l'énergie et de l'aménagement du territoire pour promouvoir l'énergie éolienne. Il a édicté des prescriptions contraignantes pour le développement territorial dans ce secteur et procédé à des évaluations qui doivent être impérativement intégrées au cas par cas à la pesée des intérêts de l'aménagement du territoire.

3.3 Aménagement du territoire et utilisation de l'énergie éolienne

3.3.1 Fonctionnement de l'aménagement du territoire

35 L'aménagement du territoire et ses instruments ont pour mission et fonction de coordonner les différents intérêts et réglementations dans les domaines de la protection de l'environnement, de la protection de la nature et du patrimoine, de l'énergie et d'autres domaines du droit en ce qui concerne la détermination du site. Il lui appartient de les harmoniser autant que possible ou de les mettre en balance les uns avec les autres de manière à ce que les tâches soient accomplies efficacement en termes de territoire (p. ex. sollicitation des sols ou impact sur le territoire). Cette pesée des intérêts n'est obligatoire que dans la mesure où les normes légales en vigueur le permettent, tant au stade de la planification (considération dans le cadre des planifications et, en conséquence, des plans) que de la réalisation (permis de construire), notamment dans le cadre du devoir de coordination visé à l'art. 25a LAT.

36 Le Tribunal fédéral a formulé les considérations suivantes sur le fonctionnement de l'aménagement du territoire et les conséquences des décisions prises en vertu du droit y afférent: *«Avec les plans directeurs et les plans d'affectation ainsi qu'avec les procédures d'autorisation de construire et de dérogations qui s'ensuivent, l'aménagement du territoire forme un ensemble dans lequel chaque partie remplit une fonction spécifique. Les plans directeurs cantonaux (art. 6 ss LAT [RS 700]) indiquent les grandes lignes que doit suivre le développement du territoire du canton. Quant aux plans d'affectation (art. 14 ss LAT), ils régissent pour chaque parcelle l'utilisation admise du sol et distinguent au préalable les zones à bâtir des zones agricoles et des zones à protéger. Enfin, la procédure d'autorisation de construire sert à clarifier si les constructions et les installations correspondent aux représentations de l'ordre territorial exprimées dans le plan d'affectation. C'est pourquoi le droit fédéral exige que les tâches d'aménagement du territoire soient effectuées à l'aide d'un instrument de planification ou de décision adéquat (intégralité de l'arrêt: ATF 140 II 262 consid. 2.3.1 p. 266 avec indications).»⁴¹*

⁴¹

ATF 1C_346/2014, consid. 2.4.

3.3.2 Prise en compte des intérêts de la Confédération en matière d'aménagement du territoire dans les plans directeurs cantonaux et le plan d'affectation

- 37 Aux instruments d'aménagement du territoire des cantons susmentionnés s'ajoutent les instruments fédéraux sous forme de plans sectoriels⁴² et de conceptions (art. 13 LAT) avec lesquels la Confédération planifie, coordonne et harmonise entre elles les tâches et activités relevant de sa compétence ayant un impact sur le territoire et les plans des cantons. Des conceptions sont élaborées dans les domaines où la Confédération n'a qu'une compétence de réglementation partielle, et non globale, en particulier lorsqu'elle exerce une influence substantielle, mais non définitive, sur l'utilisation du sol⁴³. Ce faisant, la Confédération doit indiquer les objectifs qu'elle poursuit et présenter au moyen d'instructions les intérêts à prendre en compte et les priorités à atteindre⁴⁴.
- 38 Ces conceptions ont force obligatoire pour les cantons «dans une certaine mesure au titre d'instructions dictées par la Confédération»⁴⁵ (art. 6, al. 4, LAT et art. 22, al. 1, OAT). En ce sens, les cantons ont le devoir de coordonner leurs activités avec les plans sectoriels et les conceptions de la Confédération. Ils sont liés par les conceptions dans l'élaboration de leurs plans directeurs, mais également plus généralement pour toute pesée des intérêts au niveau des planifications⁴⁶.
- 39 Le Conseil fédéral approuve les plans directeurs (art. 11 LAT). Pour être approuvé, le plan directeur doit, aussi bien du point de vue de la forme que du contenu, satisfaire aux exigences de la LAT, tenir compte de manière adéquate des tâches d'efficacité territoriale de la Confédération et des cantons voisins, et respecter les autres dispositions du droit fédéral⁴⁷. En cas de divergences, le Conseil fédéral ordonne l'ouverture d'une procédure de conciliation (art. 12 LAT) qui aboutit soit à un accord soit (faute d'accord) à une décision unilatérale du Conseil fédéral.
- 40 Les conceptions de la Confédération lient également les cantons et les communes, du moins indirectement, au plan d'affectation suivant, en particulier lors de l'affectation du sol. «Toutefois, la portée et le caractère contraignant de ce principe se limitent au fait que les cantons et les communes ne doivent pas rendre impossibles ou compliquer inutilement les

⁴² Faute de pertinence, il n'y a pas lieu d'approfondir le thème des plans sectoriels dans ce qui suit.

⁴³ Cf. BERNHARD WALDMANN/PETER HÄNNI, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Berne 2006, art. 13 n°13.

⁴⁴ Cf. WALDMANN/HÄNNI, *ibid.*, art. 13 n°5 et 16 s.

⁴⁵ Cf. WALDMANN/HÄNNI, *ibid.*, art. 13 n°28.

⁴⁶ Cf. WALDMANN/HÄNNI, *ibid.*, art. 13 n°25 et 30.

⁴⁷ Cf. WALDMANN/HÄNNI, *ibid.*, art. 11 n°5 à 10.

objectifs formulés dans les conceptions et les plans sectoriels. D'autre part, les instructions de la Confédération destinées à la mise en œuvre de ses intérêts de planification ne peuvent être efficaces qu'en fonction de leur inclusion dans le plan directeur cantonal.»⁴⁸

3.3.3 Conséquences sur l'utilisation de l'énergie éolienne

- 41 Il ressort de ce qui précède que les cantons doivent, dans leurs plans directeurs et plans d'affectation, prendre en considération et coordonner l'ensemble des directives pertinentes ayant des effets sur l'organisation du territoire. Ce faisant, ils doivent notamment tenir compte des directives en matière d'aménagement du territoire s'appliquant aux cantons et aux communes conformément à la LEné révisée, et plus précisément aux art. 10, 12 et 14 LEné et à l'art. 9 OEné⁴⁹.
- 42 Dans leur plan directeur, les cantons doivent délimiter des zones adaptées à l'exploitation de l'énergie éolienne. En attribuant les zones (et également en désignant celles qui doivent rester libres de constructions), ils doivent garder à l'esprit que l'utilisation de l'énergie éolienne et son développement revêtent un intérêt national (cf. à ce propos ch. marg. 288 ss). Cela concerne également certaines installations particulières qui, en vertu de l'art. 8, al. 2, LAT⁵⁰, doivent souvent avoir un fondement dans le plan directeur et qui, sous certaines conditions (art. 9 OEné), présentent, elles aussi, un intérêt national.
- 43 Cette appréciation basée sur le droit fédéral porte donc en premier lieu sur la pesée des intérêts relevant de l'aménagement du territoire, pesée que les cantons doivent effectuer dans le cadre de leurs plans directeurs. Jusqu'à présent, les zones protégées par l'IFP étaient ainsi considérées comme des zones à exclure. Ce principe continuera certes à s'appliquer, mais l'exclusion générale n'est plus admissible et une pesée des intérêts doit également être effectuée pour ces zones. La qualification de l'utilisation de l'énergie éolienne comme étant «d'intérêt national» ne doit pas être prise en compte uniquement en cas de conflit avec la protection des zones IFP, mais également, et à plus forte raison, en cas de conflit avec des intérêts de protection régionaux⁵¹. Il s'agit globalement de «déplacer l'accent»⁵² en faveur de l'utilisation de l'énergie.

⁴⁸ WALDMANN/HÄNNI, *ibid.*, art. 13 n°32.

⁴⁹ Selon l'art. 11 LEné, la Confédération est en outre tenue de soutenir les cantons en élaborant des bases méthodologiques tout en garantissant la vue d'ensemble, la cohérence et la coordination. Toutefois, avec l'adoption de la Conception énergie éolienne et l'approbation des plans directeurs cantonaux, cette disposition ne devrait plus avoir une signification étendue.

⁵⁰ Cf. ATF 1C_346/2014 du 26 octobre 2016.

⁵¹ Cf. message p. 6881, où il est dit que, dans les zones de protection cantonales et vis-à-vis d'objets bénéficiant de la protection cantonale, les installations énergétiques doivent «obtenir, dans la pesée des intérêts, une position équivalente à celle qu'elles auraient par rapport à un objet inscrit dans l'IFP».

⁵² Message, p. 6881.

- 44 Au vu de ce qui précède, les cantons doivent intégrer dans leurs plans directeurs des conceptions définies par la Confédération. La Conception énergie éolienne, adoptée par le Conseil fédéral le 28 juin 2017, revêt une importance majeure dans ce contexte⁵³. Elle exige entre autres que l'aménagement du territoire soutienne la mise en œuvre de la politique énergétique du Conseil fédéral dans le domaine de l'énergie éolienne⁵⁴ et que le développement de celle-ci s'effectue dans les secteurs se prêtant à son exploitation et sur la base d'une pesée approfondie des intérêts⁵⁵. Elle prescrit notamment de manière contraignante que «les cantons tiennent compte des plans de développement définis par le Conseil fédéral dans le domaine de l'énergie éolienne et des valeurs indicatives inscrites dans la politique énergétique»⁵⁶.
- 45 Au niveau des plans d'affectation, la Conception énergie éolienne prévoit par ailleurs que «la référence applicable pour la fixation des distances à respecter vis-à-vis des immeubles habités ou des locaux dont l'usage est sensible au bruit est l'ordonnance sur la protection contre le bruit»⁵⁷. Elle contient également différentes directives concernant la gestion des intérêts de protection dans les domaines de la protection de la nature, du paysage et du patrimoine ainsi que la façon de traiter les zones où il convient d'éviter la perturbation d'installations techniques importantes⁵⁸. Enfin, la Conception énergie éolienne énonce un «cadre d'orientation» (non contraignant) en lien avec la part de l'objectif de production que les cantons peuvent prendre en charge (selon une analyse de l'OFEN)⁵⁹.
- 46 Comme indiqué, les plans directeurs cantonaux sont approuvés par le Conseil fédéral (art. 11 LAT; cf. ch. marg. 39). En ce qui concerne l'énergie éolienne, ce dernier vérifie lors de la procédure d'autorisation si le plan directeur respecte les prescriptions des art. 8 et 8b LAT et de l'art. 10 LEne concernant les contenus minimaux et s'il tient compte de la Conception énergie éolienne du Conseil fédéral; si tel n'est pas le cas, l'autorisation est refusée ou accordée sous conditions (cf. art. 6, al. 4, LAT). C'est également une des raisons pour lesquelles les cantons doivent garantir et démontrer que l'intérêt national lié au développement et à l'utilisation de l'énergie éolienne (et éventuellement d'installations particulières) a été dûment pris en compte dans la pesée des intérêts lors de la planification directrice.

⁵³ Office fédéral du développement territorial ARE (2017): Conception énergie éolienne. Base pour la prise en compte des intérêts de la Confédération lors de la planification d'installations éoliennes. Berne (ci-après «Conception énergie éolienne»); disponible pour le téléchargement sur www.are.admin.ch/windenergie.

⁵⁴ Cf. Conception énergie éolienne, p. 8.

⁵⁵ Cf. Conception énergie éolienne, p. 8.

⁵⁶ Cf. Conception énergie éolienne, p. 12.

⁵⁷ Cf. Conception énergie éolienne, p. 13.

⁵⁸ Cf. Conception énergie éolienne, p. 14 à 20.

⁵⁹ Cf. Conception énergie éolienne, p. 26.

- 47 Si nécessaire, les cantons doivent donc adapter leurs plans d'affectation aux plans directeurs ainsi définis (art. 10, al. 2, LEne). En leur qualité de législation fédérale, les dispositions légales relatives à l'encouragement de l'utilisation de l'énergie éolienne s'appliquent de manière directe également aux communes, qui sont en règle générale compétentes en matière de plan d'affectation. En outre, les directives relatives aux objectifs et à l'encouragement et la conception de la Confédération sont indirectement contraignantes en raison de la suite des décisions en matière d'aménagement du territoire, car les communes, en tant qu'organismes responsables du plan d'affectation, sont tenues de mettre en œuvre les instructions correspondantes du plan directeur cantonal.
- 48 Il en résulte que les cantons et les communes doivent soutenir et encourager dans leur principe les projets d'énergie éolienne dans le cadre de l'aménagement du territoire. Cette obligation de soutien et d'encouragement ne saurait certes pas préjuger d'une décision individuelle et remplacer la pesée des intérêts au cas par cas. Mais l'objectif et l'appréciation de la Confédération doivent toutefois être repris dans les plans directeurs et d'affectation des cantons et des communes dans la mesure indiquée et de façon contraignante.

3.4 Intérêts (de protection) cantonaux et utilisation de l'énergie éolienne

3.4.1 Aperçu de la marge de manœuvre au niveau des réglementations cantonales

- 49 L'objectif de l'utilisation de l'énergie éolienne peut entrer en conflit avec des intérêts de protection et d'autres intérêts dont les cantons ou les communes doivent tenir compte dans leurs règlements relatifs à la planification et aux constructions. Il s'agit de normes de protection fédérales et cantonales applicables avant tout dans les domaines de la protection de l'environnement, de la nature, du paysage et du patrimoine (protection des sites construits et des monuments) ou d'intérêts liés à l'aménagement du territoire ou aux règlements de la police des constructions.
- 50 Comme indiqué plus haut, il n'est pas fondamentalement interdit aux cantons d'édicter, dans les limites de leurs compétences, des prescriptions faisant apparaître des tensions avec des intérêts de la Confédération ou même des normes fédérales. Les conflits de normes qui respectent les compétences doivent être admis comme faisant partie du système fédéral, en particulier dans le domaine du droit de l'environnement (au sens large), qui sert un grand nombre d'intérêts souvent divergents. Malgré le mandat d'encouragement fondamental, les cantons sont donc également libres d'édicter, dans le cadre de leurs compétences, des dispositions qui constituent plutôt un obstacle pour l'utilisation de l'énergie éolienne. En revanche, les

dispositions cantonales résultant d'un dépassement ou d'un abus de compétence qui vont clairement à l'encontre du droit fédéral ou qui entravent ou rendent excessivement difficile (en vue d'entraver) l'application de celui-ci ne sont pas admissibles.

- 51 En édictant les réglementations contenues dans la LEné et la LAT, la Confédération a exercé ses compétences législatives dans les domaines de l'aménagement du territoire et de l'énergie (concrètement: recours aux énergies renouvelables indigènes) et dans divers domaines relevant du droit de l'environnement de manière conforme à la Cst⁶⁰. Concernant l'utilisation de l'énergie éolienne (et des énergies renouvelables en général), elle a en particulier formulé par ses décisions un cadre contraignant qui permet d'apprécier la situation pour ce qui est de la gestion des tensions entre les divers intérêts liés à l'utilisation et à la protection, déjà présentes dans la Constitution⁶¹. La compétence cantonale est donc restreinte lors de la pesée de ces intérêts. Même si les cantons légifèrent sur la base et dans le cadre de leurs compétences, les réglementations qui entravent la concrétisation de ce cadre contraignant apparaissent comme une atteinte inadmissible aux compétences de la Confédération.
- 52 Par exemple, en juin 2018, une réglementation cantonale discutée en lien avec une initiative visant à interdire totalement l'exploitation de la géothermie sur le territoire du canton a été jugée contraire au droit fédéral. La Cour constitutionnelle du Jura a souligné que les cantons avaient certes la compétence pour décider au cas par cas au sujet des projets de géothermie, mais que les objectifs définis dans la LEné étaient également contraignants pour eux et qu'ils devaient *concourir* à leur réalisation. Ainsi, une réglementation qui interdit de manière générale et absolue l'utilisation de ce type d'énergie encouragée par le droit fédéral est dans tous les cas contraire à celui-ci⁶². Ce jugement concernant la géothermie s'applique d'autant plus aux énergies hydraulique et éolienne que celles-ci occupent une place importante dans les directives fédérales relatives aux plans directeurs cantonaux et dans la pesée des intérêts (classement en tant qu'intérêt national).
- 53 En l'occurrence, contrairement au cas cité ci-dessus, la discussion ne porte pas sur des interdictions absolues, mais sur d'autres directives restrictives. Pour les illustrer, voici l'analyse du Tribunal fédéral concernant les compétences fédérales et cantonales en matière de construction d'antennes de téléphonie mobile, à l'interface entre aménagement du territoire, protection contre les immissions en vertu de la législation environnementale et législation sur les télécommunications:

⁶⁰ Cf. ch. marg. 7 pour la matérialisation de la répartition des compétences dans les lois fédérales.

⁶¹ Cf. p. ex. l'art. 78, al. 2, Cst., ch. marg. 21 s. ci-dessus.

⁶² Cf. arrêt du Tribunal cantonal jurassien, Cour constitutionnelle, 27 juin 2018, cons. 7.1.

«La protection contre les immissions est régie par la LPE et les ordonnances qui en découlent. [...] Dans ce contexte, les réglementations cantonales relatives à la protection contre les immissions ne sont par conséquent pas applicables. [...] Cela ne signifie en aucun cas que les communes et les cantons n'ont pas la possibilité d'exercer une influence quant à l'emplacement des installations de téléphonie mobile. Dans le cadre de leurs compétences en matière de constructions et d'aménagement du territoire, ils sont en principe autorisés à édicter des prescriptions sur les constructions et les zones en lien avec les installations émettrices de téléphonie mobile, pour autant que soient respectées les limites découlant du droit fédéral, en particulier du droit de l'environnement et des télécommunications [...]. Comme mentionné, les prescriptions sur les constructions et l'aménagement du territoire relatives à la protection de la population contre les rayonnements non ionisants sont exclues. En outre, les prescriptions sur l'aménagement du territoire ne doivent pas toucher aux intérêts publics concrétisés dans la législation sur les télécommunications, ce qui signifie qu'elles doivent prendre en compte la nécessité d'une bonne desserte qualitative en téléphonie mobile et celle d'une concurrence effective entre les opérateurs [...]. Si les objectifs du droit des télécommunications sont respectés, il est en principe possible de fixer des dispositions d'aménagement local servant des intérêts autres que ceux du droit environnemental, comme la préservation du caractère ou de la qualité d'habitat d'un quartier»⁶³.

- 54 Les prescriptions en matière de distance trouvent leur origine dans les différents domaines sectoriels et intérêts de protection. Le caractère admissible des prescriptions cantonales ou communales de ce type ne peut donc être évalué que dans l'optique du but qu'elles poursuivent. Au préalable, il convient de souligner que de telles prescriptions ne sont pas admissibles quoi qu'il en soit simplement au motif qu'elles sont *formellement* édictées en tant que législation de la police des constructions et que les cantons disposent d'une compétence étendue en matière de droit de la construction. Le caractère admissible des prescriptions relatives à la construction, motivées en principe par la législation sur l'environnement et la protection de la nature (droit fonctionnel de l'environnement et de la protection de la nature), est déterminé sur la base des compétences dans le domaine sectoriel concerné.

⁶³ ATF 133 II 321 cons. 4.3.4. La jurisprudence considère par exemple la mise en danger de piétons, les problèmes de circulation ou de stationnement, les discussions nocturnes devant les boîtes de nuit, etc. comme des intérêts admissibles en matière d'aménagement local ne servant pas à la protection contre les immissions (cf. remarques dans PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5^e éd., Berne, 2008, §20/II/1/b).

3.4.2 Prescriptions en matière de distance visant à protéger contre les immissions

3.4.2.1 Aperçu des mesures envisageables

- 55 Selon le concept de protection contre les immissions de la LPE, les atteintes (notamment le bruit et les rayons) doivent être limitées à la source (art. 11, al. 1, LPE). À titre préventif, elles doivent être limitées dans la mesure que permettent l'état de la technique et les conditions d'exploitation et pour autant que cela soit économiquement supportable, et ce indépendamment des nuisances existantes (art. 11, al. 2, LPE). Les émissions doivent être limitées plus sévèrement s'il appert ou s'il y a lieu de présumer que les atteintes seront nuisibles ou incommodantes (art. 11, al. 3, LPE). Dans la pratique, le choix de l'emplacement est considéré comme une des mesures permettant de limiter les émissions à la source, mesure qui s'apparente plutôt à une prescription en matière de construction ou d'équipement au sens de l'art. 12, al. 1, let. b, LPE⁶⁴.
- 56 La pollution sonore est sans aucun doute une atteinte au sens de la LPE. Les effets lumineux produits par les rotors, tels que les éblouissements ou les éclairs lumineux et éventuellement les projections d'ombres *en mouvement*, sont également des atteintes causées par l'exploitation de l'installation et donc des immissions au sens de la LPE⁶⁵. L'installation n'émet certes pas de rayons ni de lumière mais, dans cette situation, la projection d'ombres (en mouvement) est sans doute comparable à la réflexion de la lumière naturelle, lorsque des rayons provenant d'une source naturelle sont modifiées par l'installation de manière à ce que celle-ci soit à l'origine, du moins *en partie*, d'une atteinte. Comme la réflexion de la lumière, la projection d'ombres (en mouvement) devrait donc également être considérée comme une immission au sens de la LPE (art. 7, al. 1, LPE)⁶⁶.
- 57 Dans le domaine de la protection de l'environnement, il existe une compétence fédérale étendue dotée d'un effet dérogatoire subséquent (cf. ch. marg. 166). Selon l'art. 65 LPE, les cantons n'ont une compétence en matière de réglementation que dans la mesure où le Conseil fédéral n'a pas (encore) édicté d'ordonnance. Cela s'applique également au domaine de la limitation des émissions. L'OPB, quant à elle, joue un rôle clé pour ce qui est du bruit, le Conseil fédéral y ayant défini des valeurs limites pour la protection contre le bruit nuisible ou incommodant. Les cantons n'ont par conséquent pas le droit de fixer des valeurs limites d'immission. En revanche, aucune disposition

⁶⁴ ANDRÉ SCHRADER/THEODOR LORETAN, dans: Vereinigung für Umweltrecht (VUR), Helen Keller [éd.], Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2004, état 2011, n°16 et 17 concernant l'art. 11, avec renvois; ATF 117 Ib 379 cons. 4.

⁶⁵ Cf. p. ex. arrêt du 8 août 2008 (Zurich, Tribunal de recours en matière de construction), dans BEZ 2009 n°19, p. 74.

⁶⁶ Concernant l'éblouissement causé par des installations, cf. p. ex. ATF 1C_177/2011 du 9 février 2012 (installation solaire); GRIFFEL/RAUSCH, *ibid.*, art. 7, N, 11.

fédérale ne définit précisément le principe de précaution visé à l'art. 1, al. 2, et à l'art. 11, al. 2, LPE ni les mesures plus sévères visées à l'art. 11, al. 3, LPE dans le domaine de la protection contre le bruit. Le Conseil fédéral n'a pas non plus édicté d'ordonnance en ce qui concerne les émissions lumineuses. Cela signifie que dans ces deux domaines thématiques, les cantons conservent en principe une marge de manœuvre pour adopter des dispositions en vertu de l'art. 65, al. 1, LPE (concernant les limitations, voir les chiffres ci-après).

58 Les cantons sont donc en principe compétents pour édicter des dispositions concernant la limitation des émissions de bruit et/ou de lumière et ce tant à titre préventif qu'à titre de mesures plus sévères en vue de prévenir les atteintes nuisibles ou incommodantes existantes ou à escompter, occasionnées par une installation ou par un type d'installation. Ces directives cantonales peuvent être de caractère général et abstrait (règlement) ou prendre la forme d'une instruction individuelle (décision fondée directement sur la LPE; cf. art. 12, al. 2, LPE).

59 Lorsque les cantons prennent des mesures, ils doivent cependant respecter les directives et les conditions inscrites à l'art. 11 LPE. Les paragraphes suivants présentent les différentes conditions. Par souci d'exhaustivité, mentionnons d'emblée que les directives cantonales qui visent à modifier le concept fondamental de protection contre les immissions selon l'art. 11 ss LPE ne sont pas admissibles. Ainsi, les cantons ne peuvent par exemple pas établir leur propre définition du principe de précaution, qu'elle soit restrictive ou étendue.

3.4.2.2 Limitations d'émissions à titre préventif selon l'art. 11, al. 2, LPE (principe de précaution)

60 Les prescriptions en matière distance qui visent à protéger contre les émissions à titre préventif doivent être conformes à l'état de la technique, respecter les conditions d'exploitation⁶⁷ et être économiquement supportables (ce dernier point revêt une importance particulière en l'espèce). Le législateur tolère en tant qu'exposition résiduelle les émissions (non nuisibles et non incommodantes) qui ne pourraient être réduites davantage qu'au prix d'efforts économiques insupportables⁶⁸. Étant donné que le principe de proportionnalité s'applique également dans le domaine des mesures

⁶⁷ La possibilité liée à la technique et à l'exploitation ne devrait pas être centrale ici, raison pour laquelle ce critère n'est pas examiné en détail. Notons malgré tout que les prescriptions en matière de distance qui empêchent la construction d'installations sont évidemment aussi en conflit avec la possibilité de mettre en œuvre la mesure du point de vue de l'exploitation.

⁶⁸ SCHRADER/LORETAN, *ibid.*, n°29b concernant l'art. 11; en ce qui concerne le caractère économiquement supportable, on se réfère à une entreprise standard hypothétique (cf. SCHRADER/LORETAN, *ibid.*, n°24 concernant l'art. 11). Cette thématique n'est toutefois pas étudiée plus en détail ici, car cette différenciation n'est pas importante pour la question qui nous occupe.

préventives⁶⁹, même des mesures qui seraient économiquement supportables pourraient, dans certains cas, être réputées inadmissibles pour des raisons de proportionnalité (notamment lorsque le bénéfice escompté pour l'environnement est minime)⁷⁰. Enfin, le Tribunal fédéral qualifie la LPE de droit policier, autrement dit d'acte visant à protéger des biens de police (comme la sécurité et l'ordre publics, la santé, etc.); il ne s'agit donc pas d'une «loi d'empêchement» pouvant servir de base à l'interdiction totale de construire ou d'exploiter des installations⁷¹.

61 Dans ce contexte, il convient également de tenir compte de l'effet des valeurs limites définies par le Conseil fédéral sur les mesures préventives. Les valeurs limites de la législation sur la protection contre le bruit (valeurs limites d'immission, valeurs d'alarme et valeurs de planification) servent *«indirectement de référence pour limiter les émissions des installations fixes bruyantes en définissant la quantité de bruit supportable dans les environs de l'installation»*⁷². *«Les valeurs de planification fixent sous une forme générale et abstraite le niveau de précaution minimal requis sur le plan des immissions [...]. Cette appréciation influence l'évaluation de la proportionnalité – et donc du caractère économiquement supportable – des mesures prises du côté des émissions. Exiger davantage que le respect des valeurs de planification ne peut donc être économiquement supportable que si un effort minime suffit déjà pour obtenir une réduction supplémentaire considérable des émissions»*⁷³.

62 La compétence de prescrire des mesures préventives en vue de limiter les émissions comprend en principe la possibilité d'imposer des distances à respecter, sachant qu'il est également envisageable de fixer des marges de sécurité, autrement dit des distances plus importantes que celles suggérées ou recommandées par les études/directives/recommandations/conceptions visant à protéger la population et les habitants. Dans une certaine mesure, cela correspond à l'objectif du principe de précaution inscrit dans la législation sur l'environnement, car ce principe repose sur l'idée d'une prévention des risques dont on ne peut pas estimer la gravité et vise à instaurer une marge de sécurité qui tient compte des incertitudes quant aux conséquences des nuisances à long terme⁷⁴. Il s'agit d'éviter que l'absence de certitudes scientifiques serve de prétexte à l'inaction de l'État⁷⁵. Le principe permet d'entreprendre des actions préventives également lorsqu'il n'est pas possible

⁶⁹ Cf. ATF 140 II 33, cons. 5.3.

⁷⁰ SCHRADER/LORETAN, *ibid.*, n°35 concernant l'art. 11; ainsi que ATF 124 II 517, cons. 5a.

⁷¹ Cf. ATF 116 1b 159, cons. 6b.

⁷² ROBERT WOLF, dans: *Vereinigung für Umweltrecht (VUR), Helen Keller [éd.], Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2004, état 2011, n°34 concernant les remarques préliminaires aux art. 19 à 25.

⁷³ SCHRADER/LORETAN, *ibid.*, n°34b concernant l'art. 11.

⁷⁴ ATF 124 II 2219, cons. 8a.

⁷⁵ ATF 132 II 305, 320 cons. 4.3.

de faire une estimation précise du risque et que les conséquences pour la santé ne sont démontrées qu'avec une vraisemblance prépondérante.

- 63 Toutefois, il convient de souligner que de telles prescriptions doivent dans tous les cas remplir les conditions fixées à l'art. 11, al. 2 LPE; autrement dit elles doivent être réalisables du point de vue de l'état de la technique et des conditions d'exploitation, supportables sur le plan économique et proportionnelles dans leur globalité. Si une prescription en matière de distance rend la construction d'une installation impossible, elle va à l'encontre du principe du caractère économiquement supportable; la LPE ne constitue pas une base légale pour l'interdiction de fait d'une installation. Ce type de prescription en matière de distance est donc contraire au droit fédéral.
- 64 Au vu du caractère des critères de l'art. 11, al. 2, LPE, fortement axés sur l'évaluation au cas par cas, la définition de prescriptions générales et abstraites concernant les distances qui soient conformes au droit fédéral est très difficile à imaginer, même si elle est en théorie juridiquement possible en vertu de l'art. 12, al. 2, LPE. Dans la pratique, il est en revanche également envisageable d'émettre des prescriptions au cas par cas individuelles et concrètes en matière de distance, qui sont conformes au droit fédéral et qui prennent la forme de mesures de limitation au sens de l'art. 12, al. 1, LPE. À noter toutefois que les prescriptions en matière de distance qui compliquent de manière disproportionnée ou empêchent la construction d'une installation ne sauraient en aucun cas se fonder sur le principe de précaution.
- 65 En outre, en édictant des mesures visant à limiter les émissions, il convient de prendre en considération les appréciations du droit fédéral en matière d'énergie et d'aménagement du territoire, pour autant qu'il reste une marge de manœuvre sur le plan juridique pour procéder à une pesée des intérêts (dans le cadre de notions juridiques ou de réglementations indéterminées et d'une marge d'appréciation dans la définition des mesures). La directive fédérale visant à promouvoir dans son principe l'utilisation de l'énergie éolienne entrera parfois en conflit avec la protection contre les émissions inscrite aux art. 11 et 12 LPE. Comme indiqué, ce type de conflit d'objectifs et de normes doit être accepté dans une certaine mesure.
- 66 Lorsque des limitations des émissions sont justifiées de manière probante pour des raisons de santé, les objectifs de la législation fédérale en matière d'énergie et d'aménagement du territoire qui y sont contraires ne peuvent pas être implantés, si ce n'est le cas échéant en relation avec des allègements octroyés pour des installations publiques selon l'art. 25 al. 3 LPE⁷⁶. En

⁷⁶ La question des allègements possibles selon l'art. 25 LPE sortirait du cadre de la présente étude, mais resterait à examiner. Il s'agirait en particulier de savoir si une installation éolienne doit être qualifiée d'installation privée ou publique au sens de l'art. 25 al. 2 et 3 LPE. Les indications suivantes peuvent déjà être données à ce sujet: les allègements au sens de l'art. 25 LPE nécessitent toujours un examen au cas par cas et une pesée des intérêts en présence (cf. WOLF, loc. cit., N. 68 et N. 72 ss. ad art. 25); l'intérêt national à l'énergie éolienne ne légitime pas de manière générale un allègement au sens de l'art. 25 al.

revanche, ces objectifs fédéraux imposent au moins une approche pragmatique lors du choix, de la conception et de l'injonction de mesures prises au nom du principe de précaution, en particulier lorsque des marges de sécurité sont appliquées sans assise scientifique solide. Par exemple, une directive qui triple la distance minimale recommandée ou indiquée par les études pertinentes sans raison valable et en se référant uniquement au principe de précaution environnemental devrait être considérée en règle générale comme une infraction au droit fédéral sur l'énergie et l'aménagement du territoire.

3.4.2.3 Limitation des atteintes nuisibles ou incommodes en vertu de l'art. 11, al. 3, LPE

- 67 Les émissions sont limitées conformément à l'art. 11, al. 3, LPE (limitations plus sévères des émissions) s'il appert ou s'il y a lieu de présumer que, sans cela, les atteintes seront nuisibles et incommodes. En principe, les cantons pourraient également mettre en œuvre ces directives en matière de distance au moyen de directives générales et abstraites ou individuelles et concrètes. Les limitations plus sévères des émissions constituent une mesure subsidiaire, autrement dit elles ne doivent être ordonnées que s'il appert ou s'il y a lieu de présumer effectivement que les mesures prévues par l'art. 11, al. 2, LPE ne sont pas suffisantes pour éviter les atteintes nuisibles ou incommodes⁷⁷.
- 68 Contrairement aux limitations des émissions à titre préventif, les limitations plus sévères ne sont pas liées au critère de l'économiquement supportable. En revanche, elles doivent être proportionnelles, ce qui suppose bien entendu la nécessité de prendre en compte des considérations économiques⁷⁸.
- 69 Le texte de la loi indique que des mesures plus sévères sont prises pour limiter les émissions nuisibles et/ou incommodes. Implicitement, cela suppose que, au vu de l'état de la science ou du moins de l'expérience consolidée, les prescriptions en matière de distance fondées sur l'art. 11, al. 3, LPE doivent être, elles aussi, effectivement appropriées et nécessaires pour protéger contre les émissions nuisibles ou incommodes (en tout cas celles auxquelles on peut réellement s'attendre). Les prescriptions motivées par la protection contre ce type d'atteintes, mais qui ne servent pas à protéger la santé ou vont au-delà de ce qui est manifestement nécessaire pour atteindre cet objectif, ne sont donc pas admissibles. La prescription de distances qui incluent des marges de sécurité supplémentaires par rapport à celles

2 et 3 LPE, mais doit être dûment pris en compte. Les allègements n'excluent pas par principe les mesures préventives de limitation des émissions de l'art. 11 LPE; il s'agit toutefois de tenir compte du sens et du but de l'allègement et des jugements de valeur sous-jacents (cf. à ce sujet: WOLF, loc. cit., N. 14-17 ad art. 25).

⁷⁷ SCHRADE/LORETAN, *ibid.*, n°44 concernant l'art 11.

⁷⁸ SCHRADE/LORETAN, *ibid.*, n°43a concernant l'art. 11.

découlant des connaissances scientifiques actuelles serait par conséquent contraire au droit fédéral (en tant que limitation plus sévère des émissions).

70 En outre, lors de l'adoption de limitations plus sévères des émissions - encore plus que pour les limitations préventives des émissions (cf. marg. 60 ci-dessus) - les jugements de valeur du droit fédéral sont importants. Celui-ci définit en effet par des valeurs limites du droit de la protection contre le bruit, le bruit qui est supportable, respectivement non-excessif, à proximité de l'installation, ce qui restreint considérablement la possibilité d'introduire des limites d'émission plus strictes dans ce domaine. Dans le cadre de la mise en place de mesures plus strictes visant la protection de la santé, la promotion de la législation énergétique ne peut pas faire partie de la pesée des intérêts, si ce n'est, le cas échéant, en relation avec des allègements octroyés pour des installations publiques selon l'art. 25 al. 3 LPE.⁷⁹

71 Des prescriptions cantonales relatives aux distances destinées à la protection contre les effets lumineux (manifestement) nuisibles (éblouissements et éclairs lumineux, projection d'ombres en mouvement) seraient davantage envisageables, car ce domaine n'est pas matérialisé au niveau du droit fédéral.

72 Dans le domaine des limitations plus sévères des émissions, il est également difficile d'imaginer une réglementation générale et abstraite qui soit conforme au droit fédéral, étant donné que les dispositions de l'art. 11, al. 3, LPE doivent être respectées au cas par cas. Encore une fois, l'adoption de prescriptions en matière de distance conformes au droit fédéral dans le but de limiter plus sévèrement les émissions est davantage envisageable dans le cadre d'un projet concret.

3.4.2.4 Conclusion concernant les prescriptions en matière de distance visant à protéger contre les immissions

73 Selon ce qui précède, les cantons jouissent certes de la compétence d'ordonner des mesures afin de limiter les émissions, et ce non seulement au cas par cas, mais également de manière générale et abstraite et en vertu du principe de précaution (art. 11, al. 2, LPE). Toutefois, pour des raisons pratiques et au vu des exigences légales liées au concept de protection contre les immissions inscrit dans la LPE, il s'avère extrêmement difficile d'élaborer des prescriptions générales et abstraites (ne s'appliquant pas à un emplacement et à un projet d'installation concrets, mais prévues uniquement

⁷⁹ Si une installation planifiée était considérée comme installation publique au sens de l'art. 25, al. 3, LPE, il existerait une marge d'appréciation concernant l'octroi d'allègements. Ce point de vue dépasse toutefois le cadre de la problématique traitée et n'est donc pas abordé dans le présent document (cf. ch. marg. 66).

pour un type d'installation d'énergie éolienne en général) en matière de distance qui soient conformes au droit fédéral.

- 74 Par ailleurs, comme indiqué plus haut, le Tribunal fédéral précise de manière générale que la LPE n'est pas une loi d'empêchement, mais une loi de mesures⁸⁰. Il en découle que l'interdiction générale de certains types d'installations ne saurait constituer un contenu admissible d'une limitation des émissions selon l'art. 11 LPE⁸¹. Le même principe doit s'appliquer aux directives qui n'interdisent pas directement les installations, mais qui, au final, les entravent de manière systématique. L'interdiction d'une installation ne peut être envisagée que dans des cas particuliers, en dernier recours et uniquement comme mesure prise en vertu de l'art. 11, al. 3, LPE, autrement dit comme mesure visant à éviter des effets nuisibles ou incommodants (avérés) sur l'environnement⁸². Les prescriptions en matière de distance (règlement ou décision) fondées sur le principe de précaution, qui empêchent la construction d'installations (violation du principe du caractère économiquement supportable par des mesures visant à limiter les émissions à titre préventif), ne sont en aucun cas admissibles.
- 75 En outre, en édictant des mesures visant à limiter les émissions, il convient de prendre en considération les appréciations du droit fédéral en matière d'énergie et d'aménagement du territoire, pour autant qu'il existe une marge de manœuvre pour procéder à une pesée des intérêts. La directive fédérale visant à promouvoir et à encourager l'utilisation de l'énergie éolienne entrera parfois en conflit avec la protection contre les émissions inscrite aux art. 11 ss LPE. Comme expliqué, ce type de conflit d'objectifs et de normes doit être accepté dans une certaine mesure. Lorsque la limitation des émissions s'avère manifestement nécessaire en raison de considérations sanitaires (mesures visées à l'art. 11, al. 3, LPE), il n'y a sans doute plus de marge de manœuvre, ou la marge de manœuvre est restreinte, pour prendre en compte d'éventuels objectifs contraires du droit fédéral en matière d'énergie et d'aménagement du territoire. En revanche, ces objectifs fédéraux imposent au moins une approche pragmatique lors du choix, de la conception et de l'injonction de mesures prises au nom du principe de précaution, en particulier lorsque des marges de sécurité sont appliquées sans assise scientifique solide.
- 76 Il n'est absolument pas admissible d'avancer le principe de précaution environnemental ou en général l'argument de la protection contre les immissions selon la LPE dans le but ou au motif d'empêcher la construction

⁸⁰ ATF 116 1b 159, cons. 6b.

⁸¹ SCHRADER/LORETAN, *ibid.*, n°17a concernant l'art. 11; SCHRADER/LORETAN expliquent en outre que lorsque la construction d'installations doit être interdite ou limitée pour des motifs liés à la protection contre les immissions, cela devrait se faire par des instruments de l'aménagement du territoire. Il faudrait alors veiller à respecter les autres objectifs de la législation relative à l'aménagement du territoire. Recourir ainsi à cette législation dans le but d'interdire des installations n'est donc pas envisageable dans le cas des installations éoliennes qui, comme expliqué, doivent justement être encouragées conformément aux objectifs légaux en matière d'énergie et d'aménagement du territoire.

⁸² SCHRADER/LORETAN, *ibid.*, n°17a concernant l'art. 11.

d'installations d'énergie éolienne. Une telle démarche ne constituerait pas seulement une violation de la LPE, mais serait contraire à la Cst. en tant qu'abus de compétence visant à contrecarrer le droit fédéral.

- 77 Enfin, dans la perspective de la suite de l'exposé, il convient de préciser que le principe de précaution ne s'applique que dans le cadre de la législation relative à la protection de l'environnement. Les distances motivées (principalement) par des dispositions de police des constructions ne sauraient donc être étendues en se référant au principe de précaution environnemental et aux bases légales correspondantes. Une telle référence n'est pas davantage admissible en cas de distances motivées par la protection des paysages. Dans les deux cas, le principe de la légalité n'est pas respecté.

3.4.3 Prescriptions en matière de distance visant à protéger la nature et le patrimoine

- 78 Dans les domaines de la protection de la nature et du patrimoine, concrètement de la protection du paysage et des sites, les cantons détiennent une compétence originaire propre. En vertu de la Constitution, les cantons sont donc compétents pour édicter les prescriptions relatives à la protection du paysage et des sites. Le fait que le développement et l'utilisation des énergies renouvelables soient considérés comme un intérêt national impose une pesée d'intérêts entre les atteintes y relatives et les intérêts de protection, aussi s'il s'agit d'un objet protégé d'importance nationale. Cette obligation constitue en effet une règle fédérale, que les cantons doivent respecter, ce même dans le cadre de la protection (régionale) de la nature, du paysage et des sites.⁸³
- 79 En règle générale, il est difficile de respecter ces intérêts de protection (qui dépendent dans une mesure déterminante des lieux concrets) de manière appropriée et proportionnelle en adoptant des prescriptions générales en matière de distance. Des prescriptions en matière de distance qui accordent la priorité générale à un intérêt de protection régional par rapport à l'intérêt national d'utilisation de l'énergie éolienne seraient sans doute la plupart du temps incompatibles avec le droit fédéral, qui réserve une place importante à l'utilisation de l'énergie éolienne et exige une pesée minutieuse des intérêts (au cas par cas). L'adoption de telles prescriptions compromet sensiblement la mise en œuvre de la législation fédérale en matière d'énergie ayant un impact sur le territoire et, sans justification objective valable, serait sans doute considérée comme un abus de compétence; le droit cantonal devrait alors céder devant le droit fédéral.
- 80 Il n'est toutefois pas entièrement exclu que des prescriptions générales et abstraites en matière de distance dans les domaines en question soient jugées

⁸³ Cf. message p. 6881, où il est dit que, dans les zones de protection cantonales et vis-à-vis d'objets bénéficiant de la protection cantonale, les installations énergétiques doivent «obtenir, dans la pesée des intérêts, une position équivalente à celle qu'elles auraient par rapport à un objet inscrit dans l'IFP».

conformes au droit fédéral, dans la mesure où, dans certains cas, il peut s'avérer approprié et nécessaire d'émettre une prescription générale en matière de distance afin de répondre à un intérêt de protection régional concret. Toutefois, il convient alors de prendre en compte et d'appliquer au mieux et de manière proportionnelle les appréciations relevant du droit fédéral au moins dans le cadre du processus législatif. La directive fédérale selon laquelle l'utilisation de l'énergie éolienne doit être développée et encouragée dans son principe demande également une assise scientifique fiable. Les distances qui sont plus importantes que ce qui est manifestement nécessaire et qui comportent des marges de sécurité supplémentaires ne sont pas admissibles.

3.4.4 Prescriptions en matière de distance visant à protéger des biens de police

- 81 Les prescriptions en matière de distance visant à protéger contre la chute de glace peuvent (en fonction de leur conception) être considérées comme des prescriptions de sécurité destinées à la protection des biens de police. Ce type de prescriptions apparaît comme du «pur» droit de la police des constructions, domaine dans lequel les cantons sont pleinement compétents⁸⁴.
- 82 De par leur nature, les mesures visant à protéger des biens de police ne peuvent guère violer le sens et l'esprit de l'exigence posée par le droit fédéral d'encourager l'utilisation de l'énergie éolienne et à la pesée des différents intérêts de protection et d'utilisation ayant trait à l'aménagement du territoire. Il importe toutefois que ces prescriptions se fondent sur des connaissances fiables concernant le périmètre de sécurité effectif, faute de quoi l'intervention n'apparaît plus comme une réglementation justifiée (en premier lieu) par des motifs de police et relève par conséquent de l'une des autres catégories. Ce constat vaut également lorsqu'il est possible de protéger facilement les biens de police grâce à d'autres moyens raisonnables qui n'empêchent pas la construction de l'installation.

3.4.5 Conclusion

- 83 Qu'il s'agisse de prescriptions en matière de distance cantonales générales et abstraites, mais précises, ou de décisions concrètes et individuelles relatives à une distance, la législation fédérale en vigueur laisse peu de marge de manœuvre.
- 84 Dans le domaine de la protection contre les immissions relevant du droit de l'environnement, les cantons disposent certes encore de certaines possibilités en matière de réglementation. Il est toutefois difficilement imaginable de justifier et de concevoir une prescription générale et abstraite en matière de

⁸⁴ HÄNNI, *ibid.*, §16/II et III, p. 299 et 300 ainsi que §17/II/1/c/cc, p. 311 s.

distance qui soit conforme au droit fédéral (hormis dans le cas d'un projet concret), car les limitations d'émissions à titre préventif doivent toujours être possibles en ce qui concerne l'état de la technique et les conditions d'exploitation et supportables sur le plan économique, tandis que les limitations plus sévères des émissions supposent l'existence ou la menace effective d'atteintes nuisibles ou incommodantes. La LPE en particulier ne constitue pas une base pour des directives visant à contrecarrer ou à interdire totalement la construction d'installations. Mais aussi en matière d'exécution, autrement dit dans le cadre de l'évaluation des cas particuliers, les directives qui empêchent en fin de compte la construction d'installations éoliennes au motif de la protection contre les immissions ne sont admissibles que dans des cas exceptionnels.

- 85 En principe, les cantons peuvent émettre des directives dans le but de protéger la nature, le paysage ou des sites construits, mais doivent pour ce faire également rester dans le cadre du droit fédéral. Il leur est notamment interdit d'émettre des prescriptions allant de manière générale à l'encontre de l'intérêt national en matière d'utilisation de l'énergie éolienne et de la construction d'installations dans ce domaine, excluant pratiquement d'emblée ce type de projets ou ne tenant pas suffisamment compte de l'équilibre entre les intérêts de protection et d'utilisation voulu par le droit fédéral. Dans ce contexte, la marge est également étroite pour la conception de prescriptions en matière de distance motivées par la protection de la nature, du paysage ou de sites construits de manière conforme au droit fédéral.
- 86 Les prescriptions en matière de distance sont admissibles pour autant qu'il s'agisse de prescriptions de sécurité, sachant que les distances ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire à la protection des biens de police.
- 87 Reste en outre admissible la définition d'une distance à respecter au cas par cas lors du choix de l'emplacement, pour autant que cette distance résulte d'une pesée correcte des intérêts en matière d'aménagement du territoire ou de prescriptions de la police des constructions visant à protéger des biens de police, dont l'application et l'interprétation tiennent dûment compte des appréciations de droit fédéral.

3.5 Possibilités d'application: surveillance fédérale et application judiciaire

- 88 L'exécution du droit fédéral par les cantons est soumise à la surveillance fédérale (cf. art. 49, al. 2, et art. 186, al. 4, Cst.). La Cst. ainsi que des lois spéciales prévoient des moyens particuliers en ce qui concerne l'application, par exemple les devoirs d'autorisation. Les actes de surveillance simples, non intrusifs, se fondent directement sur la Cst.: ainsi, en tant que moyen simple de la surveillance fédérale, le Conseil fédéral a la compétence d'émettre des

avertissements, des réclamations ou des ordres afin d'obtenir une (auto)correction⁸⁵.

- 89 Par ailleurs, il est également possible de saisir le Tribunal fédéral pour violation de compétence par un acte cantonal en vertu de la qualité des autorités pour recourir en cas de violation du droit fédéral (art. 76, al. 2, art. 81, al. 3, art. 89, al. 2, LTF) ou par voie d'action de droit public pour violation de compétence (art. 120 LTF). La question de savoir si, dans un tel cas relevant de la LTF, l'action prime le recours des autorités comme déjà sous l'ancien droit⁸⁶ ou si la subsidiarité de l'action (art. 120, al. 2, LTF) a désormais une portée plus étendue et le droit de recours des autorités devrait être utilisé dans de telles situations⁸⁷ est très discutée dans la littérature. Du moins en ce qui concerne les conflits de compétence cantonaux, le Tribunal fédéral a déclaré l'action recevable malgré l'existence d'une décision du parlement cantonal qui aurait pu en soi faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral⁸⁸.
- 90 De plus, les autorités ont la possibilité de recourir contre des décisions prises dans des cas particuliers, qui se fondent sur des réglementations cantonales ou communales et enfreignent, dans le présent contexte, la législation relative à l'énergie et/ou à l'aménagement du territoire (cf. art. 89, al. 2, let. a, en lien avec l'art. 111, al. 1 et 2, LTF ainsi que l'art. 48, al. 4, OAT).
- 91 Avant de pouvoir recourir à l'action, la Confédération et les cantons doivent toutefois entamer des négociations dans le but de régler leur différend sans procédure judiciaire (cf. art. 44, al. 3, Cst.). «La Confédération et les cantons n'engagent pas une procédure et n'intentent pas une action devant le Tribunal fédéral comme bon leur semble ou sur la base de critères politiques. Les conflits de compétence doivent être résolus. La Confédération et les cantons ont donc l'obligation de faire en sorte de trouver la solution.»⁸⁹

⁸⁵ Cf. BIAGGINI, *ibid.*, art. 49 n°24 et 25.

⁸⁶ Cf. p. ex. ATF 125 II 152, cons. 1; ATF 108 Ib 392, cons. 1.

⁸⁷ En faveur de la primauté de l'action, cf. p. ex. HANSJÖRG SEILER, dans: HANSJÖRG SEILER, NICOLAS VON WERDT, ANDREAS GÜNGERICH, NIKLAUS OBERHOLZER [éd.], *Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bundesgesetz über das Bundesgericht, Handkommentar 2^e éd.*, Berne 2015, art. 120 n°33; ainsi que PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4^e éd.*, Berne 2016, p. 371 et ALAIN WURZBURGER, dans: BERNARD CORBOZ, ALAIN WURZBURGER, PIERRE FERRARI, JEAN-MAURICE FRÉSARD, FLORENCE AUBRY GIRARDIN [éd.], *Commentaire de la LTF, 2^e éd.*, Berne 2014, art. 120 n°17. En faveur de la primauté du recours: Daniela Turnherr, dans: ALAIN GRIFFEL, HANS U. LINIGER, HERIBERT RAUSCH, DANIELA THURNHERR [éd.], *Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Expertenwissen für die Praxis, Zurich - Bâle - Genève 2016*, p. 760 et Biaggini, *ibid.*, art. 189 n°9.

⁸⁸ Cf. ATF 2E_3/2009 du 11 juillet 2011, cons. 2.1, mais avec une justification qui se réfère spécifiquement aux cantons: «Du point de vue de la subsidiarité, cela semble certes problématique. Toutefois, dans un État fédéral, il est de première importance que les cantons, en tant qu'États membres souverains, puissent porter leurs litiges directement devant le Tribunal fédéral en tant qu'instance neutre dans le cadre d'une procédure garantissant l'égalité entre les parties».

⁸⁹ RUCH, *ibid.*, art. 49 n°32.

4 RÉSULTATS

92 À la lumière de la loi fédérale sur l'énergie révisée, les cantons et les communes ont l'obligation de soutenir et d'encourager les projets d'énergie éolienne dans le cadre de l'aménagement du territoire et de la législation en matière de construction. Les décisions fondamentales, les appréciations et les pondérations correspondantes de la Confédération doivent être prises en compte aussi bien au niveau de l'aménagement du territoire que des décisions concernant des cas particuliers. Dans ce domaine, les pesées des intérêts doivent prendre en considération – à tous les stades (activité législative et application du droit) et lorsque le cadre légal le permet – l'intérêt national à l'utilisation des énergies renouvelables et à la construction d'installations inscrit dans la LEn. La Conception énergie éolienne, contraignante pour les cantons (et les communes), est l'instrument central qui permet d'intégrer les appréciations de la Confédération dans les plans directeurs cantonaux.

93 Les cantons ont en principe la compétence d'édicter des prescriptions générales et abstraites en matière de distance applicables aux éoliennes en invoquant des motifs de protection de l'environnement, de la nature, du paysage ou de sites, mais ils doivent respecter le cadre fixé par le droit fédéral et les objectifs définis dans la LEn et la LAT.

- Une prescription adoptée pour des raisons de protection de la nature, du paysage, des sites construits ou des monuments fixant des distances absolues au niveau de l'acte normatif est en règle générale en contradiction avec les directives fédérales relatives à l'encouragement de l'énergie éolienne et le principe de la pesée des intérêts entre les intérêts de protection et d'utilisation. Des distances peuvent être indiquées et justifiées dans des cas particuliers en tant que mesures visant à préserver les sites et le paysage, mais l'intérêt national souligné en matière d'encouragement de l'utilisation de l'énergie éolienne doit être pris en compte dans le cadre de l'application et de l'interprétation des bases légales correspondantes.
- Afin d'adopter une réglementation fixant des distances absolues pour des motifs de protection contre les immissions, les cantons peuvent en principe s'appuyer sur l'art. 11 LPE. Les distances générales et abstraites, autrement dit fixées et prescrites indépendamment d'un projet concret, sont toutefois difficilement imaginables, en particulier lorsqu'il s'agit de distances plus grandes que celles indiquées par la science ou l'expérience. D'un point de vue pratique, les prescriptions individuelles et concrètes en matière de distance émises dans des cas particuliers concrets dans le but de protéger contre les immissions sont davantage envisageables. Elles doivent également répondre aux conditions fixées à l'art. 11 LPE.

- Les prescriptions en matière de distance sont admissibles pour autant qu'il s'agisse de prescriptions de sécurité, sachant que les distances ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour la protection des biens de police.

94 Le principe de précaution environnemental n'offre aucun moyen pour édicter des prescriptions en matière de distance motivées par la protection de la nature, du paysage ou des sites construits, car ce principe s'applique uniquement dans le domaine de la protection de l'environnement (principe de la légalité). Il est par conséquent applicable dans le domaine de la LPE. Dans la mesure où la Confédération n'a pas légiféré de manière exhaustive, les cantons ont la compétence de matérialiser le principe de précaution par voie d'ordonnance ou de décision (art. 12 LPE). Sur la base du principe de précaution, il est a priori également possible de définir des distances plus grandes que celles recommandées par l'état des connaissances scientifiques et l'expérience; dans ce cas, il faut toujours être en mesure de prouver qu'une distance plus petite entraînerait selon toute probabilité des conséquences pour la santé (non encore établies scientifiquement). Une mesure fondée sur le principe de précaution doit toujours être prise en considérant «l'état de la technique et les conditions d'exploitation» et doit être «économiquement supportable» et proportionnelle (cf. art. 11, al. 2, LPE). Or il est très difficile d'imaginer une norme générale et abstraite qui continue à tenir suffisamment compte de ces critères ultérieurement, dans un cas d'application ou de projet concret. En outre, une prescription qui entrave la construction ou l'exploitation d'une installation viole le principe du caractère économiquement supportable et ne saurait se fonder sur le principe de précaution.

95 Afin d'appliquer le droit fédéral, la Confédération dispose non seulement des moyens de la surveillance fédérale, mais aussi de la possibilité de saisir le Tribunal fédéral pour s'opposer aussi bien à un acte législatif en tant que tel qu'à une décision sur un cas particulier, sachant qu'il convient de s'efforcer au préalable de trouver une entente par la voie des négociations.

* * * * *