

AVIS DE DROIT
POUR LA COMMISSION LEGISLATIVE

Projet de loi des députés Vert-e-s: loi sur l'énergie éolienne, du 2 septembre 2008
DGT – 08.175

Mesdames, Messieurs les députés,

Lors de sa séance du 16 juin 2009, votre commission a prié M. André Simon-Vermot, chef du service juridique, de présenter pour le 19 octobre 2009 un avis de droit relatif à certaines questions soulevées lors de l'examen du projet de loi susmentionné.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Il ressort de ce projet de loi en général, et de son article 1b en particulier, que l'énergie éolienne est la propriété de l'Etat et ne peut être exploitée que par lui ou un tiers au bénéfice d'une concession. Autrement dit, selon ce projet, l'Etat doit veiller à acquérir le terrain nécessaire, édifier les éoliennes et (faire) exploiter celles-ci. En termes juridiques, cela revient à examiner les questions de l'expropriation, de l'aménagement du territoire et des constructions, du droit foncier rural et des concessions.

Le présent avis de droit traite successivement les questions précitées.

Il sied encore de relever que nos réflexions prennent en compte les conclusions de l'avis de droit du 19 mai 2009 de Mme la professeure Florence Guillaume, qui s'est penchée sur les aspects de droit privé de ce projet. Pour mémoire, ces conclusions sont les suivantes:

- le propriétaire foncier sur le terrain duquel est installée l'éolienne est propriétaire de celle-ci conformément au principe de l'accession;
- l'énergie éolienne appartient au propriétaire de l'éolienne;
- la collectivité publique n'a pas de droit de propriété sur le vent, qui n'est pas une chose au sens des droits réels;
- l'énergie électrique produite par une éolienne au moyen de l'énergie éolienne appartient au propriétaire de l'éolienne.

* * * *

EXPROPRIATION

1. Le contexte de la question

Dans son avis de droit du 19 mai 2009, Mme la professeure Florence Guillaume s'interroge sur le fait de savoir si le législateur cantonal doit recourir à un régime d'expropriation pour construire et exploiter des éoliennes. Elle estime que si le législateur cantonal a instauré un régime de concession pour la construction et l'exploitation d'éoliennes en vue de la production d'énergie électrique, une expropriation ne lui paraît pas nécessaire (avis de droit cité, p. 14). S'agissant de l'installation d'une éolienne sur un immeuble "dans l'usage commun au sens du droit public" (par quoi il faut entendre un usage caractérisé par le fait que chacun peut utiliser librement, de façon égale et gratuitement le domaine public conformément à sa destination, comme c'est le cas pour les routes ou les eaux destinées à la baignade) ou sur un terrain appartenant à une personne privée qui souhaite elle-même exploiter l'éolienne dans un but commercial, la question de l'expropriation ne se pose pas selon elle. La question se pose en revanche lorsque le parc éolien est proche du fonds d'une personne privée et que son exploitation engendre des nuisances telles qu'elle porte atteinte au droit du propriétaire foncier d'utiliser son immeuble de même que lorsqu'un site propice à l'installation d'éoliennes est situé sur un fonds appartenant à une personne privée ne souhaitant pas y installer d'éoliennes (avis de droit cité, p. 15).

2. Les articles visés du projet de loi

2.1. Selon le projet de loi, toute personne qui se propose de faire des mesures de vents doit avoir obtenu du Conseil d'Etat un "permis de mesures".

Aux termes de l'article 5, alinéa 3 du projet, le permis fixe les conditions à observer par le "porteur du permis et l'astreint". À défaut d'entente à l'amiable entre les intéressés, la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique est applicable.

2.2. L'article 22 du projet expose que la cession des immeubles et des droits immobiliers nécessaires à l'exploitation du site doit s'opérer de la manière prescrite par la législation sur l'expropriation pour cause d'utilité publique (al. 1).

Lorsque l'exploitation normale du site ne compromettrait que quelques habitations ou établissements particuliers ou leurs dépendances immédiates, le Conseil d'Etat décidera souverainement, eu égard à l'importance relative des intérêts en conflit, s'il y a lieu d'interdire cette exploitation ou d'obliger le concessionnaire à requérir l'expropriation préalable desdits bâtiments ou établissements et de leurs dépendances (al. 2).

3. Notions de l'expropriation

Il existe deux variantes de l'expropriation, celle dite "formelle" et celle qualifiée de "matérielle".

3.1. **L'expropriation formelle** se définit par la jurisprudence comme étant un acte étatique de droit public qui a pour but de transférer à l'expropriant, en vue de la réalisation d'un ouvrage de caractère public, la propriété d'un bien contre paiement d'une pleine indemnité et suivant une procédure fixée à l'avance. C'est en outre un mode d'acquisition originaire de la propriété, dont il entraîne le transfert avant l'inscription au registre foncier et indépendamment de cette opération (ATF 106 la 67). Selon la doctrine, il y a expropriation formelle lorsque les droits de propriété sont formellement retirés au

particulier et transférés à un tiers (généralement la collectivité publique) par un acte de puissance publique. Le patrimoine de l'exproprié s'appauvrit au profit de celui de l'expropriant, la collectivité publique, qui s'approprie ainsi un bien, en général un droit réel, selon une procédure formalisée, moyennant paiement d'une pleine indemnité, qui correspond à la valeur vénale (J.-F. Aubert/P. Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, éd. 2003, note 12 ad art. 26).

Un très bon exemple concret de ce type d'expropriation se trouve - et la commission législative y fait référence - dans la loi sur les mines et carrières, du 22 mai 1935, qui à son article 18 prévoit que la cession des immeubles et des droits immobiliers nécessaires à l'exploitation des mines doit s'opérer de la manière prescrite par la législation sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Dans son rapport au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur les mines et les carrières, le Conseil d'Etat a rappelé les origines historiques de la limitation du droit du propriétaire du sol, dans l'intérêt immédiat du suzerain ou de l'Etat d'être lui-même propriétaire, pour en tirer profit de ces matières. Evoquant en outre la loi concernant l'exercice du droit régalien sur les mines d'asphalte, il cite son article premier qui mentionne que les gisements d'asphalte existant dans le sol neuchâtelois sont la propriété de l'Etat, où qu'ils soient situés (BGC 1935 Vol 101 p. 146). Et c'est bien sur ce modèle qu'est rédigé l'article premier de la loi sur les mines et les carrières qui expose péremptoirement que sont propriété de l'Etat et ne peuvent être exploités que par l'Etat ou par ceux auxquels il en aura octroyé la concession les gisements de (suit l'énumération de ces derniers).

Lorsque cette loi fait référence en son article 18 à la législation sur l'expropriation, il s'agit de l'ancienne loi cantonale sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, du 21 avril 1913 (RLN I 307). Or à la date d'entrée en vigueur de cette loi, la notion d'expropriation matérielle n'était pas encore née, puisqu'elle a été définie pour la première fois par le Tribunal fédéral en 1941 (A. Grisel, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, p. 766).

On relèvera d'emblée une différence essentielle entre la loi sur les mines et carrières et l'objet du projet de loi sur l'énergie éolienne, à savoir que dans le premier cas les biens faisant l'objet d'une concession sont (déjà) propriété de l'Etat, parce qu'il s'agit d'un droit régalien au sens exposé ci-dessus, alors que ni l'emplacement d'une éolienne (pour l'instant), ni l'air qu'elle utilise pour fonctionner (même dans le futur selon avis de droit de Mme la professeure Florence Guillaume p. 18) ne sont propriété de l'Etat.

3.2. S'agissant de la seconde variante de l'expropriation, il y a **expropriation matérielle** lorsque l'usage actuel d'une chose ou son usage futur prévisible est interdit ou restreint de manière particulièrement grave, de sorte que l'intéressé se trouve privé d'un attribut essentiel de son droit de propriété. Une atteinte de moindre importance peut aussi constituer une expropriation matérielle si elle frappe un ou plusieurs propriétaires de manière telle que, s'ils n'étaient pas indemnisés, ils devraient supporter un sacrifice par trop considérable en faveur de la collectivité, incompatible avec le principe de l'égalité de traitement. Dans l'un et l'autre cas, la protection ne s'étend à l'usage futur prévisible que dans la mesure où il apparaît, au moment déterminant, comme très probable dans un proche avenir. Par usage futur prévisible d'un bien-fonds, on entend généralement la possibilité de l'affecter à la construction (ATF 1C_46/2008, du 8 février 2008).

Pour illustrer ce cas d'expropriation dans la pratique, on peut se référer à l'article 13 de la loi sur la viticulture, du 30 juin 1976, qui précise que les restrictions de la propriété privée résultant de l'application de la loi donnent lieu à une indemnité si, par leurs effets, elles équivalent à une expropriation. Le but de cette loi était de protéger le vignoble en

particulier en soustrayant le sol viticole à la spéculation foncière et en prenant les mesures visant le maintien inconditionnel des surfaces viticoles dans leur état et ce pour le long terme. À cet effet, l'interdiction provisoire de conférer aux immeubles une affectation étrangère à la viticulture est devenue définitive (BGC 1976-77, Vol 142, p. 472 ss). À cet égard, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de déclarer que cette loi ne violait ni la garantie de la propriété, ni la liberté du commerce et de l'industrie, considérant que l'obligation imposée au propriétaire de maintenir la culture de la vigne sur les immeubles assujettis à la loi correspond à un intérêt public amplement suffisant. En particulier la loi n'empêche pas les propriétaires de terrains en cause de continuer à en faire l'usage qu'ils en faisaient jusqu'ici, c'est-à-dire d'y cultiver la vigne (...). Elle n'intervient pas dans la libre concurrence et n'entend nullement favoriser certains commerçants ou industriels au détriment de leurs concurrents. Elle ne fait qu'assurer aux viticulteurs les conditions nécessaires à un rendement optimum de leurs cultures (ATF 103 Ia 586 ss et RJN 1997 315).

4. Discussion

4.1. Au vu de ce qui est exposé ci-dessus, et sauf acquisition du terrain résultant d'une vente de gré à gré, le renvoi qu'opère le projet de loi sur l'énergie éolienne à la législation sur l'expropriation ne peut concerner que l'expropriation formelle, telle que définie ci-dessus (point 3.1), même si la notion d'expropriation matérielle a été introduite dans la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique (LEXUP), du 26 janvier 1987.

En effet, la propriété de l'énergie éolienne et son exploitation exclusive par l'Etat (art 1b du projet), la cession des immeubles (art. 22, al 1 du projet) et l'interdiction de toute exploitation normale de l'immeuble (art. 22, al. 2 du projet), ne se concilie pas avec la définition de l'expropriation matérielle. Juridiquement, l'expropriation formelle supprime, transfère ou modifie un droit de nature privée, droit que l'expropriation matérielle laisse subsister et le transforme en une somme d'argent, dont le paiement est une condition préalable à l'expropriation. Au surplus, le terme de concession utilisé ne se conçoit que lorsqu'il est concédé au seul titulaire du droit concédé.

4.2. Il est à noter que l'imposition forcée d'une servitude sur un fonds constitue juridiquement aussi une expropriation formelle, qualifiée cependant de partielle (ATF 129 II 420).

C'est le lieu de rappeler que le droit de superficie est la servitude en vertu de laquelle une personne a la faculté "d'avoir ou de faire des constructions, soit sur le fonds grevé, soit au-dessous". Il donne ainsi le moyen de dissocier la propriété du fonds de la propriété des constructions qui s'y trouvent au moment de la constitution ou qui sont édifiées par la suite. La conséquence essentielle du droit de superficie est en effet que le titulaire de la servitude devient propriétaire des constructions et autres ouvrages établis au-dessus ou au-dessous du fonds grevé (Steinauer, Les droits réels, tome III, Berne 2003, no 2513 ss). La servitude foncière est le cas d'expropriation le plus fréquent, en particulier pour l'installation de conduites, électriques ou autres. L'expropriation peut entraîner la création d'une servitude sans que le fonds grevé soit exproprié (par exemple un droit de passage pour des chemins, des conduites ou des lignes électriques (P. Zen-Ruffinen/ C. Guy-Ecabert, Aménagement du territoire, construction, expropriation, Berne 2001, p. 455). Ainsi que le soulignent ces auteurs, l'expropriation peut entraîner uniquement la restriction temporaire, à savoir pour une durée limitée, d'une servitude selon, en droit fédéral l'article 5, alinéa 2 LEX et en droit cantonal l'article 5, alinéa 2 LEXUP, telle un droit de passage.

4.3. Lorsque l'ouvrage justifiant l'expropriation provoque lui-même des immissions excessives qui sont inévitables, les propriétaires voisins peuvent exiger d'être indemnisés

pour expropriation des droits de voisinage que leur confèrent les articles 679 (responsabilité du propriétaire pour les dommages causés à autrui) et 684 CC (obligation du propriétaire de s'abstenir de tout excès au détriment du propriétaire voisin). L'indemnité pour expropriation formelle des droits de voisinage constitue parfois un succédané d'expropriation matérielle dont les conditions ne sont pas remplies. La collectivité publique n'est tenue d'indemniser un voisin que si le dommage qu'il subit est spécial, imprévisible et grave (A. Auer/G. Malinverni/M. Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Berne 2006 no 866). Font partie du droit de voisinage pouvant être expropriés le droit du propriétaire foncier de faire cesser les immissions excessives mais aussi le droit de s'opposer aux fouilles et aux constructions dommageables. Si les immissions proviennent de l'utilisation – conforme au droit applicable – d'un ouvrage d'intérêt public pour la réalisation duquel la collectivité dispose du droit d'expropriation, le voisin ne peut pas exercer les actions du droit privé à raison du trouble ou en responsabilité prévue par l'art. 679 CC. La prétention en versement d'une indemnité se substitue à ces actions et il appartient non plus au juge civil, mais au juge de l'expropriation de statuer sur l'existence du droit et le montant de l'indemnité (Nicolas Michel, *Droit public de la construction*, Fribourg 1996, nos 1704, 1710 ss; Grégory Bovey, *Journées suisses du droit de la construction*, Fribourg 2005, p.176).

À titre d'exemple, on cite les immissions provoquées par un aéroport, celles qui résultent de la construction ou de l'exploitation d'un ouvrage qui font pénétrer des matières sur le fonds voisin comme la poussière, la fumée le gaz, le bruit ou qui provoquent chez les voisins un sentiment désagréable tel que la répugnance ou l'angoisse. Sont aussi citées les immissions imputables à la seule présence de l'ouvrage pouvant entraîner la privation de la vue, de la lumière et de l'ensoleillement, ou entraînant un enlaidissement par la simple présence de pylônes ou de conduites de lignes électriques. En vertu de l'article 5 LEX (ou de l'article 5 LEXUP libellé de la même manière), les droits de défense du voisin, résultant des dispositions du Code civil sur la propriété foncière en matière de voisinage (art. 679 CC) peuvent faire l'objet d'une expropriation et être supprimés ou restreints temporairement ou définitivement lorsque des immissions excessives sont inévitables ou ne peuvent être évitées sans frais excessifs et qu'elles sont la conséquence normale de la construction ou de l'utilisation, conforme à sa destination, d'un ouvrage d'intérêt public pour la réalisation duquel le propriétaire ou le concessionnaire s'est vu conférer un droit d'expropriation (Zen-Ruffinen/Guy-Ecabert, *op. cit.*, p. 460).

Dans le même ordre d'idée, lorsqu'une restriction à la possibilité de bâtir est fondée sur des motifs liés, par exemple, à la nécessité de protéger la santé publique (bruit d'un aéroport), ou sur les dangers auxquels seraient exposés les habitants si une construction était autorisée (des risques d'avalanches), rendant le terrain totalement impropre à la construction, les conditions à l'octroi d'une indemnité d'expropriation matérielle ne sont en principe pas réunies (ATF 122 II 20), raison pour laquelle on parle ici aussi d'expropriation formelle des droits de voisinage (ATF 120 Ib 76 / JT 1996 p. 471).

4.4. En résumé, et en théorie, il y a expropriation formelle lorsque l'expropriant acquiert un droit privé au sens du Code civil. Il y a expropriation matérielle si personne n'acquiert de droits privés et que le droit de propriété est limité d'une manière importante. Dans l'expropriation formelle, la procédure crée les conditions du transfert d'un droit et elle le précède alors que dans l'expropriation matérielle, les conséquences dommageables ne sont réparées qu'après que l'on se soit rendu compte que la restriction équivalait à une expropriation (B. Knapp, *Précis de droit administratif*, Bâle 1991, no 2238 ss).

De plus, l'expropriation formelle est toujours liée à la construction d'un ouvrage "public". Il faut entendre par là non seulement la construction de bâtiments, de voies de communication ou de leurs dépendances, des moyens d'exploiter les sources d'énergies,

de garantir la protection des eaux et de façon générale la constitution du patrimoine administratif, mais encore toute construction qui répond à un intérêt public tel que par exemple la construction de logements sociaux. En revanche, l'expropriation matérielle n'a jamais pour effet de permettre la construction d'ouvrages. Elle consiste plutôt à interdire aux propriétaires mobiliers ou immobiliers certaines activités, dans l'intérêt public, telles que l'interdiction de construire, les règles de la police des constructions, l'obligation d'équiper ou de bâtir (Knapp, FJS No 1098).

5. Règles à respecter en cas d'expropriation formelle

5.1. En tant qu'elle restreint ou supprime la garantie de la propriété, l'expropriation formelle doit respecter les règles régissant toutes restrictions des droits fondamentaux tels qu'ils résultent de l'article 36 de la Constitution fédérale (exigence d'une base légale, justification par un intérêt public, respect du principe de la proportionnalité). À cela s'ajoute qu'elle ne peut avoir lieu, comme déjà mentionné, que contre le paiement d'une pleine indemnité (art. 26, al. 2 Cst).

5.2. Selon les articles 4 et 12 LEXUP, le droit d'exproprier ne peut être exercé que pour la réalisation de projets déclarés d'utilité publique, en particulier ceux qui visent les travaux nécessaires à la construction, à la transformation, à l'entretien et à l'exploitation d'ouvrages d'intérêt général ou à leur extension future. La déclaration d'utilité publique résulte d'une loi ou d'un décret lorsque l'expropriant est l'Etat ou d'une décision du Conseil d'Etat prise à l'issue de la procédure légale prévue à cet effet lorsque l'expropriant est une commune ou une autre personne de droit public ou privé. L'exigence d'une base légale ne pose dans le cas de figure pas de problème autre que sa création dès lors qu'il faut la concrétiser.

5.3. La notion d'intérêt public est pour certains auteurs éminemment politique. Celui-ci varie dans le temps et dans l'espace. Outre l'ordre public et la politique sociale, l'aménagement du territoire, les impératifs de l'équilibre écologique incluant le souci de ménager l'énergie et les ressources naturelles non renouvelables font aussi partie de l'intérêt public (Aubert - Mahon, op. cit. notes 12 et ss ad art. 36 Cst). En matière d'expropriation, l'intérêt public se dédouble: il y a d'une part l'intérêt du but poursuivi lui-même, qui figure dans la loi et d'autre part, l'intérêt public qui a trait à l'ouvrage lui-même dans la mesure où ses caractéristiques concrètes délimitent son emprise et par conséquent les droits à exproprier. Il nécessite une balance des intérêts: non seulement par rapport aux intérêts privés du propriétaire visé, mais aussi avec des intérêts publics divergents (P. Moor, Droit administratif, vol. III p. 402).

En prenant en considération le domaine visé par le projet de loi, le Tribunal fédéral a déjà expressément reconnu dans l'arrêt concernant le site du Crêt-Meuron, que compte tenu des objectifs de la politique énergétique fédérale et cantonale, il existe un intérêt public certain à réaliser une installation de production d'énergie éolienne telle que celle pour laquelle le plan d'affectation cantonal a été élaboré (ATF 132 II p. 408, 422).

Il n'y a pas lieu de considérer que la notion d'intérêt public serait différente si elle devait être définie dans le cadre de la procédure d'expropriation.

5.4. Le principe de la proportionnalité veut que le droit d'exproprier ne peut s'exercer que dans la mesure nécessaire pour atteindre le but poursuivi. L'expropriant ne peut exproprier plus de surface de terrains ou de droits que ceux qui lui sont nécessaires pour atteindre le but poursuivi, ni plus longtemps qu'il ne le faut (Zen-Ruffinen/Guy-Ecabert, op. cit. p. 444).

6. En conclusion

6.1. Si l'Etat envisage d'être propriétaire d'éoliennes ou d'un parc éolien, il faut qu'il ait le pouvoir de disposer des immeubles en question sur lesquels il veut les construire. Ce pouvoir de disposer peut être obtenu par la loi, ce qui se fait généralement pour les lacs, les nappes et les cours d'eau (cf. par exemple la loi cantonale sur les eaux, du 24 mars 1953). La base légale fédérale qui permet cette réglementation est l'article 664 du Code civil suisse, selon lequel les choses sans maître et les biens du domaine public sont soumis à la haute police de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent (al. 1). Sauf preuve contraire, les eaux publiques, de même que les régions impropres à la culture, rochers, éboulis névés, glaciers et les sources en jaillissant, ne rentrent pas dans le domaine privé (al. 2). La législation cantonale règle l'occupation des choses sans maître, ainsi que l'exploitation et le commun usage des biens du domaine public, tels que routes, places, cours d'eau et lits de rivières (al. 3). Or, ainsi que le mentionne l'avis de droit de Mme la professeure Florence Guillaume, l'"espace atmosphérique" est ouvert à l'usage commun de tout le monde et appartient à tous. Il ne peut pas faire l'objet d'un droit de propriété privée et n'est donc pas régi par le Code civil. Les cantons ne peuvent par conséquent pas définir le régime juridique de l'espace atmosphérique sur la base de l'article 664, alinéa 1 CC (avis précité, pp. 9, 10). En conséquence, ils ne peuvent pas non plus revendiquer la maîtrise de terrains servant à l'exploitation de l'air sur la base de cet article du code civil.

L'immeuble peut aussi être incorporé au domaine public par un achat qui relève du droit privé. Dans les deux cas évoqués ci-dessus, la notion de procédure d'expropriation n'a pas de place et il est impossible d'y recourir.

6.2. Le pouvoir de disposer peut aussi résulter d'une procédure d'expropriation pour acquérir auprès de tiers les terrains nécessaires à la construction d'éoliennes, et en devenir ainsi propriétaire. Il s'agira dans ce cas d'une expropriation formelle, procédure initiée par l'Etat contre des propriétaires de terrains se prêtant à cette activité, mais le projet doit être déclaré d'utilité publique.

6.3. Si des propriétaires voisins des éoliennes sont habilités à se plaindre d'immissions provoquées par ces dernières ou par leur exploitation, ils peuvent prétendre à leur tour à une indemnisation fondée sur l'expropriation formelle de leurs droits de voisinage. Ici, la procédure est dirigée contre l'Etat et ne vaut que pour les violations graves des droits de voisinage qui ne peuvent être évités.

6.4. Théoriquement, il est difficile d'imaginer un cas où l'Etat devrait faire face à une demande d'expropriation matérielle telle qu'exprimée au point 3.2 ci-dessus. Une situation semblable est plus facilement concevable avec l'énergie solaire. Afin de protéger des bâtiments solaires existants – et ainsi la garantie de leur ensoleillement - on peut vouloir empêcher toute construction future sur un immeuble voisin situé en zone à construire. Si sans cette restriction, un ouvrage eût vraisemblablement été édifié dans un proche avenir, la restriction constituerait une atteinte grave à la propriété qui devrait être indemnisée selon la procédure de l'expropriation matérielle (Blaise Matthey, Droit et énergies nouvelles, CJR p. 211). Une transposition de ce raisonnement en matière d'énergie éolienne n'a guère de probabilité de pouvoir se justifier.

AMENAGEMENT DU TERRITOIRE ET CONSTRUCTIONS

1. La construction d'éoliennes dans le projet de loi

Le projet de loi prévoit un contrôle de la construction d'éoliennes, en soumettant celle-ci à une "concession d'exploitation équivalant à un permis de construire" (cf. art. 12 du projet), dans le but d'assurer la souveraineté énergétique du canton (art. 1er et 18 du projet) et d'éviter une spéculation et une mainmise sur notre territoire de la part de multiples acteurs externes à l'Etat (cf. procès-verbal de la séance du 26 septembre 2008 de la commission législative, p. 1).

Selon le projet de loi, toute personne souhaitant construire et exploiter une ou des éoliennes doit adresser au Conseil d'Etat une demande de concession "correspondant à tous les critères exigés dans une procédure de permis de construire" (art. 13 du projet). Les concessions, à durée limitée, doivent être octroyées en priorité aux collectivités publiques pour assurer la souveraineté énergétique du canton (art. 18, al. 2 et 3 du projet). Une prise en compte de l'environnement et du paysage, ainsi que des compensations écologiques en cas d'atteinte, sont prévus lors de l'appréciation des demandes (art. 19 du projet).

2. Le système existant en matière d'implantation et de construction d'éoliennes

2.1. Base constitutionnelle et buts de l'aménagement du territoire

Selon l'article 75, alinéa 1 Cst., la Confédération fixe les principes applicables à l'aménagement du territoire. Celui-ci incombe aux cantons et sert une utilisation judicieuse et mesurée du sol et une occupation rationnelle du territoire. Considéré dans un sens large, l'aménagement du territoire représente l'instrument que la Constitution fédérale demande aux collectivités publiques d'utiliser pour organiser le territoire en fonction des buts précités. Il comprend deux aspects: la réglementation de l'utilisation du sol et la coordination des activités à incidence spatiale (Zen-Ruffinen/Guy-Ecabert, op. cit., no 33). En effet, le régime de l'utilisation du sol est influencé non seulement par la législation sur l'aménagement du territoire, mais aussi par d'autres législations (sur les forêts, sur l'environnement, sur la protection de la nature et du paysage, etc.), appliquées par des autorités de différents niveaux. Une coordination entre ces différentes actions est dès lors indispensable.

L'aménagement du territoire a quatre buts spécifiques (Zen-Ruffinen/Guy-Ecabert, op. cit., no 36-38):

- L'utilisation judicieuse du sol, qui consiste d'une part à définir son affectation compte tenu de sa vocation et à veiller à ce qu'il puisse être utilisé conformément à cette affectation et, d'autre part, à vérifier que cette utilisation corresponde à un besoin;
- L'utilisation mesurée du sol, qui consiste à ne pas gaspiller ce dernier, notamment en désignant des zones appropriées aux différents types d'activités (zones à bâtir, zones agricoles, autres zones);
- L'occupation rationnelle du territoire, qui commande de concentrer les zones à bâtir de manière à éviter la dispersion des constructions;
- La séparation des zones constructibles et non constructibles, clé de voûte du système, qui permet de réaliser les buts susmentionnés.

Ces buts sont repris à l'article 1er, alinéa 1er, LAT et détaillés à l'article 1er, alinéa 2 de ladite loi, qui prévoit que les mesures d'aménagement du territoire doivent notamment

protéger les bases naturelles de la vie (le sol, l'air, l'eau, la forêt et le paysage) et garantir des sources d'approvisionnement suffisantes dans le pays (let. a et e).

L'aménagement du territoire est un intérêt public justifiant des restrictions au droit de propriété, garanti par l'article 26 Cst. Il contribue ainsi à circonscrire le contenu du droit de propriété, dont le contenu évolue en fonction des bases légales de droit public ou privé en vigueur (ATF 123 II 565, consid. 3c - JT 1998 I 419). Par ailleurs, des mesures d'aménagement du territoire peuvent justifier des restrictions à la liberté économique. Pour cela, il faut qu'elles ne poursuivent pas en réalité un but de politique économique, mais un but "de police" (par exemple protection de la population contre des dangers naturels), un but de "politique sociale" (amélioration des conditions de vie de la population) ou d'autres intérêts publics (utilisation judicieuse et mesurée du sol) (Zen-Ruffinen/Guy-Ecabert, op. cit., no 58).

Au vu de ce qui précède, les instruments de l'aménagement du territoire, historiquement issus d'une volonté de lutter contre la spéculation foncière, sont propres à empêcher une implantation et une construction anarchique et incontrôlée d'éoliennes. Ils doivent aussi permettre de coordonner cette construction avec d'autres intérêts, tels ceux de la protection de l'environnement, de la nature et du paysage.

2.2. Instruments à disposition

En matière d'énergie éolienne, on dispose d'une "cascade" d'instruments, dont certains excèdent le cadre de l'aménagement du territoire pour s'insérer dans une planification au sens large ou, en d'autres termes, fixer la politique publique dans le domaine de l'énergie. Parmi eux, on citera:

- le programme du Conseil fédéral SuisseEnergie, lancé en 2001, qui repose sur une idée de partenariat entre la Confédération, les cantons, les communes et les milieux de l'économie et de l'environnement. Il fixe des objectifs pour la production d'énergie éolienne, qui sont qualifiés de "valeurs indicatives politiques" par l'office fédéral de l'énergie (ATF du 31 août 2006 relatif au parc éolien du Crêt-Meuron, 132 II 408, consid. 4.5.1 p. 419). Il permet à la Confédération et aux cantons de coordonner leur politique dans le domaine de l'énergie (cf. site Internet de l'office fédéral de l'énergie, <http://www.bfe.admin.ch/energie/00458/index.html?lang=fr>);
- la conception directrice cantonale de l'énergie, adoptée par le Grand Conseil le 1^{er} novembre 2006, qui fixe les principes fondamentaux de la politique énergétique cantonale et définit l'évolution souhaitée, en tenant compte de la politique énergétique de la Confédération (art. 16, al. 1 de la loi sur l'énergie (LCEn), du 18 juin 2001). Pour la production d'énergie renouvelable, elle prévoit des objectifs allant au-delà de ceux de la Confédération. Elle lie les autorités cantonales et communales (art. 16, al. 3 LCEn).

Parmi les instruments découlant de la loi sur l'aménagement du territoire (LAT), du 22 juin 1979, la construction d'éoliennes est régie par:

2.2.1. **Le plan directeur cantonal** (art. 6ss LAT). Il a notamment pour fonction de délimiter la vocation du territoire à l'échelle cantonale et donc de préparer les plans d'affectation ultérieurs. Il assure en outre une coordination à tous les niveaux. Enfin, il définit l'ordre dans lequel il est envisagé d'exercer les activités à incidence spatiale sur le territoire cantonal (Zen-Ruffinen/Guy-Ecabert, op. cit., no 226). Il lie les autorités des différents niveaux, en particulier les gouvernements et les administrations cantonales (art. 9, al. 1 LAT). Il leur fixe un cadre pour l'exercice de leur pouvoir d'appréciation. En

revanche, il n'a pas de force obligatoire à l'égard des particuliers, car il ne détermine pas avec précision le sort des parcelles (Zen-Ruffinen/Guy-Ecabert, op. cit., no 246).

Le plan directeur du canton de Neuchâtel prévoit à ce jour 2 parcs éoliens pour le canton, en retenant 4 sites à cet effet (fiche No 9-0-04 du 29 août 2001). En 2008, le Conseil d'Etat a chargé les services de l'énergie et de l'aménagement du territoire d'étudier une révision du plan directeur, pour permettre 6 à 7 sites éoliens dans le canton. Une telle révision répond aux exigences de l'article 9, alinéa 3 LAT, selon lequel les plans directeurs doivent être remaniés tous les 10 ans. Dans ce cadre, le Département de la gestion du territoire a élaboré un "Concept éolien", qui est mis en consultation jusqu'à fin octobre 2009. Ce document s'appuie sur une étude paysagère et retient 6 sites pour l'implantation de parcs éoliens. Comme le précise le Concept éolien, ces sites pourront être retenus lors de la révision de la fiche du plan directeur cantonal consacrée à l'énergie éolienne.

Pour la détermination des sites éoliens, les services cantonaux peuvent s'appuyer sur le "Concept d'énergie éolienne pour la Suisse, Bases pour la localisation de parcs éoliens", édité par les offices fédéraux de l'énergie, de l'environnement et du développement territorial en août 2004. Ce document n'a pas de portée obligatoire, même pour les autorités. Il s'agit d'un outil de travail, qui énumère des sites potentiels pour l'utilisation de l'énergie éolienne. Cette liste est issue d'un consensus entre la Confédération, les cantons, les milieux économiques et de l'énergie et les associations de protection de l'environnement.

2.2.2. Les plans d'affectation (art. 14ss LAT). Ils règlent l'utilisation du sol en déterminant de façon contraignante, pour chaque parcelle, le mode, la localisation et la mesure de l'utilisation admissible du sol. Ils ont force obligatoire tant pour les autorités que pour les particuliers (art. 14 et 21, al. 1 LAT; DFJP/OFAT, Etude relative à la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Berne 1981, N. 1 ad art. 14).

Les parcs éoliens, implantés hors de la zone à bâtir pour des raisons techniques, doivent faire l'objet de plans d'affectation spéciaux. En effet, vu les incidences de telles installations sur la planification locale et l'environnement, un permis de construire, assorti d'une autorisation dérogatoire pour construire hors de la zone d'urbanisation au sens de l'article 24 LAT, ne suffit pas. L'implantation d'éoliennes sur la base d'un plan d'affectation ne doit pas être soumise à des exigences moins strictes que celles de l'article 24 LAT. Dès lors, l'autorité de planification doit procéder à une pesée globale des intérêts en jeu et, dans ce cadre, évaluer d'éventuels emplacements alternatifs, comme l'exige la disposition précitée. Toutefois, puisque l'on se trouve dans le cadre d'une planification, l'autorité ne doit pas être limitée par une interprétation stricte des critères de l'article 24 LAT: elle doit avant tout veiller à la mise en œuvre correcte des buts et principes de l'aménagement du territoire et à la concrétisation des objectifs du plan directeur (ATF 132 précité, consid. 4.2, p. 414).

Le plan d'affectation permet donc de vouer les parcelles auxquelles il s'applique à l'implantation d'éoliennes. Pour le parc éolien du Crêt-Meuron, le processus suivi par les autorités cantonales a été reconnu comme bien fondé par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 132 précité. Par conséquent, c'est à juste titre qu'un plan d'affectation cantonal (et non un plan d'affectation communal, vu l'intérêt du projet pour tout notre territoire) a été élaboré. Le plan d'affectation du Crêt-Meuron se superpose à une zone protégée cantonale (zone de crêtes et de forêts) et, partiellement, à une zone agricole délimitée par la commune de Fontaines. A ce propos, tant le Tribunal administratif (arrêt du 31 mars 2005, consid. 5c et 5d, p. 8) que le Tribunal fédéral (ATF 132 précité, consid. 4.2, p. 415) ont relevé qu'il n'existait pas de hiérarchie entre ces diverses normes d'aménagement, mais que celles-ci devaient se trouver en coordination entre elles. En se référant notamment au programme

SuisseEnergie, le Tribunal fédéral a confirmé que le projet du Crêt-Meuron répondait à un intérêt public.

Pour la construction d'éoliennes "isolées", un plan d'affectation spécial n'est pas nécessaire. Le constructeur doit cependant tenir compte de la planification de base existante (zone agricole, zone à protéger, etc.), qui déterminera quelles autorisations spéciales (dérogation selon l'article 24 LAT pour construire hors de la zone à bâtir, autorisation pour construire dans une zone à protéger, etc.) sont nécessaires.

2.2.3. L'autorisation de construire (art. 22 LAT). Elle sert à vérifier si les constructions et les installations projetées correspondent aux normes de la zone concernée; elle concrétise le plan d'affectation de cas en cas (Zen-Ruffinen/Guy-Ecabert, op. cit., no 187).

L'autorisation de construire est une autorisation de police. Elle se caractérise par le fait qu'elle supprime une interdiction qui vise non pas à exclure la construction de façon générale, mais à la soumettre à un contrôle préalable. Elle prend acte qu'au moment de la décision, aucun empêchement de droit public, résultant notamment des législations sur l'aménagement du territoire, sur les constructions, sur la protection de l'environnement et sur la sauvegarde de la nature et du paysage, ne s'oppose à l'exécution des travaux projetés. Le requérant a le droit d'obtenir un permis de construire lorsqu'il remplit les conditions légales (Zen-Ruffinen/Guy-Ecabert, op. cit., no 471; B. Bovay, Le permis de construire en droit vaudois, Lausanne 1988, p. 24).

L'autorisation de construire ne saurait être comparée à une concession: celle-ci confère à une personne le droit et le devoir d'utiliser, en son propre nom et à ses risques et profits, le domaine public ou d'exploiter un service public (Zen-Ruffinen/Guy-Ecabert, op. cit., no 196). En d'autres termes, comme le précise plus loin le présent avis de droit, elle n'entre en ligne de compte que dans les domaines juridiquement réservés à la collectivité publique, à savoir pour les terrains appartenant au domaine public de l'Etat et pour l'exercice d'activités soumises à un monopole de l'Etat. La construction d'éoliennes n'est pas et ne saurait être soumise à un monopole de l'Etat (voir la partie du présent avis de droit relative à cette question). L'octroi de concessions n'entrerait donc en ligne de compte que pour des éoliennes qui seraient construites sur le domaine public par des tiers, c'est à dire, sur le domaine public cantonal, par d'autres collectivités publiques ou par des particuliers. Il n'existe aucun droit à l'octroi d'une concession sur le domaine public. L'autorité accorde ou non la concession, en pesant les divers intérêts en présence et en tenant compte des libertés publiques en jeu (M. Hottelier, La réglementation du domaine public à Genève, in SJ 2002, p. 123ss; ATF 119 Ia 390; RDAF 1996, p. 499, consid. 3c, p. 504 et 505).

L'autorisation de construire et la concession poursuivent des objectifs différents et nécessitent un examen distinct: la première vise à garantir l'application des règles urbanistiques et le respect des diverses dispositions applicables aux constructions; la seconde fixe les conditions particulières d'un usage intensif du domaine public. Lorsqu'une construction est érigée sur le domaine public par un tiers, elle nécessite aussi bien un permis de construire qu'une autorisation d'utiliser le domaine public (RJN 1987, p. 203).

Enfin, selon le principe de la légalité, toutes les constructions et installations, y compris celles de la Confédération, des cantons et des communes, sont assujetties à une autorisation de construire. Seules certaines constructions de la Confédération échappent à ce système, par exemple les routes nationales et les constructions militaires (Zen-Ruffinen/Guy-Ecabert, op. cit., no 499 et 500). Dès lors, seule l'autorisation de construire permet de contrôler la construction d'éoliennes sur l'ensemble du territoire, puisque tant

les collectivités publiques que les particuliers doivent l'obtenir, qu'ils entendent construire sur le domaine public ou sur le domaine privé.

Les concessions d'utilisation du domaine public sont limitées dans le temps (art. 6 de la loi cantonale sur l'utilisation du domaine public, du 25 mars 1996). Quant à l'autorisation de construire, elle subsiste après la réalisation de l'ouvrage: délivrée en fonction du droit en vigueur lors de la décision, elle constate que le projet a été construit réglementairement, permettant ainsi au propriétaire de maintenir sa construction en cas de changement de réglementation (Bovay, op. cit., p. 26). Dès lors, pour les parcs éoliens, c'est au niveau du plan d'affectation spécial que la durée de vie des installations et/ou la remise en état des terrains concernés peuvent être réglées. Ainsi, l'article 10 du règlement du plan d'affectation spécial relatif au parc éolien du Crêt-Meuron fixe un délai et des conditions de remise en état dans l'hypothèse d'une mise hors service des installations. Des éoliennes isolées, autorisées par un permis de construire et une décision spéciale au sens de l'article 24 LAT, pourront subsister jusqu'à ce qu'elles ne puissent plus fonctionner. Pour faire supprimer les installations avant la fin de leur durée de vie, les autorités ayant délivré les autorisations devraient révoquer ces décisions, avec le risque de devoir verser une indemnité aux propriétaires ou aux exploitants des éoliennes. Toutefois, cette protection de la situation acquise ne s'applique qu'au maintien et à l'entretien normal des installations. A défaut de disposition particulière dans la législation cantonale, elle ne vise pas leur rénovation, leur transformation, leur agrandissement ou leur reconstruction totale (RDAF 2006 I p. 329/330). Par conséquent, lorsque des éoliennes isolées seront devenues hors d'usage, une nouvelle demande de permis de construire sera nécessaire pour les reconstruire. À défaut de pouvoir vraiment contrôler la durée d'implantation d'éoliennes, on pourrait imaginer de limiter leur impact sur le paysage en introduisant dans la législation cantonale (dans la loi sur l'aménagement du territoire, la loi sur les constructions ou leurs règlements d'exécution), ou éventuellement dans les règlements d'aménagement ou de construction communaux, des dispositions sur leurs dimensions maximales et sur leur aspect.

3. Conclusions

3.1. Comme l'a relevé Mme la professeure Florence Guillaume dans son avis de droit du 19 mai 2009, le droit fédéral et cantonal en matière de construction, d'aménagement du territoire et de protection de l'environnement s'applique à l'installation d'éoliennes, quelle que soit l'extension verticale de la propriété foncière. Une législation cantonale réglementant spécialement la construction et l'exploitation d'éoliennes sur le territoire cantonal peut et même doit s'inscrire dans le cadre de ces législations (cf. avis de droit précité, ch. 1.3, p. 7).

3.2. Selon la LAT, l'implantation d'éoliennes suppose le respect d'un "processus pyramidal" (plan directeur - plan d'affectation - autorisation de construire). Ce processus s'impose à l'autorité responsable de planifier l'implantation d'éoliennes dans le canton; elle doit en tenir compte dans son plan directeur et veiller à l'élaboration de plans d'affectation spéciaux si nécessaire. Il s'impose aussi lors de la construction proprement dite des éoliennes, que celle-ci soit faite par le canton, des communes ou des particuliers, sur le domaine public ou sur le domaine privé. En effet, tout constructeur doit se conformer aux plans d'affectation en vigueur et obtenir un permis de construire. Par conséquent, seul le processus établi par la LAT permet de contrôler la construction d'éoliennes sur l'ensemble du territoire cantonal et par tout un chacun.

3.3. En ce qui concerne la construction d'éoliennes, l'octroi de concessions au sens usuel du terme ne permet au canton de contrôler l'implantation de telles installations par des tiers que sur une portion limitée de son territoire, à savoir le domaine public cantonal.

Par ailleurs, les concessions ne règlent qu'un aspect particulier de la question, soit les conditions de l'utilisation privative du domaine public, sans examiner le respect du droit public de l'aménagement du territoire, des constructions et de la protection de l'environnement.

3.4. Pourrait-on, comme le fait le projet de loi, prévoir un type d'autorisation réservé aux éoliennes, réglant tant leur construction que l'exploitation de l'énergie qu'elles produisent et nommé "concession"? Du point de vue de la construction de telles installations, une nouvelle catégorie d'autorisation ne présente pas d'utilité, dans la mesure où la LAT impose un système, qui se suffit à lui-même et permet de tenir compte à tous les niveaux des divers intérêts en jeu. Par ailleurs, le projet de loi laisse craindre un assouplissement des conditions d'implantation des éoliennes, qui pourrait se révéler contraire au droit fédéral. En effet, si les articles 12 et 13 du projet font le parallèle avec la procédure de permis de construire, l'article 19 procède d'avance à la pesée des intérêts, en prévoyant que l'environnement et le paysage ne doivent être conservés intacts que "si un intérêt public majeur l'exige". Or, la LAT exige une pesée globale de tous les intérêts, publics ou privés, mis en jeu par un projet. Cette appréciation doit intervenir en fonction des circonstances concrètes de chaque cas. Certes, dans l'arrêt relatif au parc éolien du Crêt-Meuron, le Tribunal fédéral a mis l'accent sur l'intérêt public de l'énergie éolienne et sur la prise en compte inappropriée de la protection du paysage faite par le Tribunal administratif dans le cas d'espèce. Toutefois, le résultat de la pesée des intérêts n'aboutira pas obligatoirement au même résultat pour chaque projet. On ne saurait en tout cas le décider d'avance dans une loi cantonale, au risque de violer le droit fédéral.

3.5. En résumé, en ce qui concerne la question de la construction des éoliennes, l'instauration d'un système particulier dans une loi cantonale ne présente pas d'utilité. Les législations fédérale et cantonale sur l'aménagement du territoire et les constructions règlent parfaitement la question. Elles prévoient un système cohérent, dans lequel s'inscrivent les travaux accomplis à ce jour par le canton. Quant à l'exploitation de l'énergie éolienne une fois les éoliennes construites, elle est traitée dans la suite du présent avis de droit.

DROIT FONCIER RURAL

1. Introduction

Comme on l'a vu au chapitre précédent, dans le cas du Crêt-Meuron, un plan d'affectation cantonal avait été élaboré et se superposait à une zone protégée ainsi qu'à une zone agricole. Le Tribunal administratif et le Tribunal fédéral ont relevé qu'il n'existait pas de hiérarchie entre ces diverses normes d'aménagement, mais que celles-ci devaient se trouver en coordination entre elles.

De par leur nature et leur fonction, les éoliennes sont généralement destinées à être érigées sur des biens-fonds hors zone à bâtir et donc bien souvent en zone agricole. Par conséquent, se pose la question de l'application du droit foncier rural en cas d'achat ou d'expropriation par l'Etat de terrains agricoles, quand bien même lesdits terrains seraient inclus dans le périmètre d'un plan d'affectation spécifique.

2. Buts et instruments de la loi fédérale sur le droit foncier rural

La loi fédérale sur le droit foncier rural (LDFR), du 4 octobre 1991, a pour buts d'encourager la propriété foncière rurale, de renforcer la position de l'exploitant à titre

personnel, y compris celle du fermier, en cas d'acquisition d'entreprises et d'immeubles agricoles et de lutter contre les prix surfaits des terrains agricoles.

Pour accomplir ces buts, la LDFR prévoit des restrictions de droit privé (art. 11-57) qui s'appliquent à l'occasion d'un partage successoral, de la fin d'une propriété collective ou d'un contrat d'aliénation. Parmi ces restrictions figurent, par exemple, le droit d'emption ou de préemption des parents, le droit des cohéritiers au gain ou encore le droit de préemption du fermier. À côté de ces restrictions de droit privé, la LDFR prévoit des mesures destinées à prévenir le surendettement (art. 73-79) ainsi que des restrictions de droit public.

Les restrictions de droit public sont de deux ordres:

- l'interdiction du partage matériel des entreprises agricoles et du morcellement des immeubles agricoles (art. 58-60);
- l'acquisition des entreprises et des immeubles agricoles est soumise à autorisation (art. 61-69).

Les conséquences d'une violation de ces dispositions est la nullité de l'acte juridique, la révocation de l'autorisation et la rectification du registre foncier (art. 70-72).

3. L'interdiction de partage matériel des entreprises agricoles et l'interdiction de morcellement des immeubles agricoles

3.1. Principe

Au sens de l'article 58 LDFR, aucun immeuble ou partie d'immeuble ne peut être soustrait à une entreprise agricole (interdiction de partage matériel). Les immeubles agricoles ne peuvent pas être partagés en parcelles de moins de 25 ares (interdiction de morcellement). Cette surface minimale est de 15 ares pour les vignes. Les cantons peuvent fixer des surfaces minimales plus élevées. En outre, les entreprises et les immeubles agricoles ne peuvent pas être partagés en parts de copropriété inférieures à un douzième.

3.2. Exceptions

- *Ces interdictions ne sont pas applicables* dans un certain nombre de cas, notamment à la suite d'une *expropriation* ou d'une vente de gré à gré lorsque le vendeur est menacé d'expropriation (art. 59, let. c).

En l'espèce, si l'acquisition par l'Etat d'un immeuble agricole pour y implanter des éoliennes avait pour conséquence de le morceler, l'avantage de l'expropriation (formelle; cf. Ch. Bandli, *Le droit foncier rural: Commentaire de la loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991*, Brugg 1998, p. 556) serait de soustraire cette opération à l'interdiction de morcellement.

- Par ailleurs, l'autorité cantonale compétente peut délivrer une *autorisation exceptionnelle* dans certaines situations, notamment lorsqu'une tâche publique ou d'intérêt public doit être accomplie (art. 60, al. 1, let. h).

En l'espèce, si l'Etat décidait d'acheter un terrain agricole et qu'il était admis que produire de l'énergie éolienne était une tâche publique ou d'intérêt public, il pourrait se voir délivrer une dérogation à l'interdiction de morcellement par la commission foncière agricole (art. 3 de la loi d'introduction de la loi fédérale sur le droit foncier rural (LILDFR, du 4 octobre 1993).

4. Autorisation d'acquérir une entreprise ou un immeuble agricole

4.1. Principe

Au sens de l'article 61 LDFR, celui qui entend acquérir une entreprise ou un immeuble agricole doit obtenir une autorisation. Celle-ci est accordée lorsqu'il n'existe aucun motif de refus. Est réputée acquisition le transfert de la propriété ainsi que tout autre acte juridique équivalant économiquement à un transfert de propriété.

L'autorisation est refusée lorsque, par exemple, l'acquéreur n'est pas exploitant à titre personnel ou le prix convenu est surfait (art. 63).

4.2. Exceptions

- N'a pas besoin d'être autorisée l'acquisition faite dans le cadre d'une *expropriation* (art. 62, let. e).

Cette disposition est le pendant de l'article 59, lettre c qui concerne l'interdiction de partage matériel et de morcellement (cf. ci-dessus). En l'espèce, l'expropriation d'un terrain agricole par l'Etat aurait pour avantage de soustraire l'opération au régime de l'autorisation.

- Hors les cas d'expropriation, l'*acquisition* par la collectivité ou par ses établissements, elle, est autorisée quand elle est *nécessaire à l'exécution d'une tâche publique prévue conformément aux plans du droit de l'aménagement du territoire* (art. 65, al. 1, let. a). Il s'agit de tâches ayant des effets significatifs sur l'organisation du territoire, qui doivent être coordonnées avec les autres tâches dans le cadre du plan directeur; il s'agit par exemple d'ouvrages de production d'énergie, hydraulique ou autre (Bandli, op. cit., p. 639; cf. aussi arrêt du Tribunal administratif d'Obwald du 11 février 2003, consid. 3a, in OVVVGE XVI N. 46).

En l'espèce, si l'on admettait que l'exploitation d'éoliennes est une tâche publique prévue par un plan du droit de l'aménagement du territoire (par exemple un plan d'affectation cantonal), l'Etat pourrait obtenir de la commission foncière agricole l'autorisation d'acquérir le bien-fonds.

5. Conclusion

La législation sur le droit foncier rural ne constitue pas un obstacle à l'acquisition par l'Etat (de gré à gré ou par expropriation) d'immeubles agricoles pour l'implantation et l'exploitation d'éoliennes.

CONCESSIONS

Question

L'énergie éolienne peut-elle faire l'objet d'une concession?

Etendue

L'examen peut se limiter au titre, aux articles premier et spécialement 1b du projet:

Loi sur l'énergie éolienne

Art. premier Buts

La présente loi a pour buts d'encourager le développement de l'énergie éolienne, de régler les modalités de son exploitation et de contribuer à assurer la souveraineté énergétique du canton.

Art. 1b Propriété

L'énergie éolienne est priorité (recte: propriété) de l'Etat et ne peut être exploitée que par l'Etat ou par ceux auxquels il en aura été octroyé la concession.

Remarques liminaires

Comme l'a relevé Mme la professeure Florence Guillaume dans son avis de droit du 19 mai 2009 (ci-après abrégé: AD), le mot "priorité" figurant à l'article 1b du projet doit être remplacé par "propriété", comme le confirme la note marginale (AD, ch. 4, second tiret, p. 16). À noter que la note marginale de l'article 15 doit être également corrigée, "Epertises" étant remplacé par "Expertises".

Comme il a été dit en introduction, on peut se rallier aux conclusions de l'AD, mais uniquement dans la mesure où elles portent sur l'examen du droit privé. On retiendra en particulier les points suivants (AD, p. 18):

- Le propriétaire foncier sur le terrain duquel est installée l'éolienne est propriétaire de celle-ci, conformément au principe de l'accession;
- L'énergie éolienne appartient au propriétaire de l'éolienne;
- La collectivité publique, à savoir l'Etat, n'a pas de droit de propriété sur l'air ou le vent;
- L'énergie électrique produite par une éolienne au moyen de l'énergie éolienne appartient au propriétaire de l'éolienne.

Points à examiner

Il convient d'examiner la notion de concession, les catégories de concessions et de monopoles, les exigences du droit constitutionnel et les principes juridiques applicables qui doivent être respectés.

1. Concession

1.1. Notion

La concession est un acte juridique par lequel l'autorité (le concédant) confère à un tiers (le concessionnaire) le droit d'exercer une activité dans un domaine juridiquement réservé à la collectivité publique (P. Moor, Droit administratif, volume III, Berne 1992, ch. 3.2.1.1, p. 120; voir également A. Grisel, Traité de droit administratif, volume I, Neuchâtel 1984, ch. I, p. 283).

1.2. Catégorie de concessions

Il faut distinguer trois catégories de concessions, suivant le fondement de la situation monopolistique.

1.2.1. Concession domaniale

La première est celle où l'activité que le tiers désire entreprendre requiert une utilisation accrue, voire privative du domaine public, dont la collectivité dispose avec un pouvoir de libre appréciation: elle accordera le cas échéant une concession domaniale (p.ex. prélèvement d'eau industriel dans le lac; P. Moor, Droit administratif, volume III, Berne 1992, ch. 3.2.1.1, p. 120).

1.2.2. Concession régalienn

Dans la deuxième catégorie, le monopole porte sur des biens appartenant en régie à l'Etat, pour des raisons historiques souvent ou parce qu'ils sont en quantité limitée; on parle alors de concession régalienn (p.ex. extraction d'asphalte, P. Moor, Droit administratif, volume III, Berne 1992, ch. 3.2.1.1, p. 120).

1.2.3. Concession de service public

Enfin, la dernière catégorie comprend les activités qui présentent un caractère d'intérêt public tel qu'elles ne peuvent être laissées à l'initiative du secteur privé (qui pourrait s'en désintéresser, ou les pratiquer à des prix prohibitifs), mais doivent faire l'objet d'un régime spécifique qui, éliminant la libre concurrence, les mette à la disposition de la collectivité et garantisse ainsi qu'elles soient effectivement exercées: si l'administration s'en charge elle-même, il s'agira d'un cas de régie, si au contraire elle en attribue l'exercice à un tiers, ce sera à proprement parler une concession de service public (p.ex. radio et télévision; enlèvement et incinération des ordures ménagères; P. Moor, Droit administratif, volume III, Berne 1992, ch. 3.2.1.1, p. 120-121).

1.3. Eléments caractéristiques de la concession

Deux éléments essentiels caractérisent une concession:

- Le concessionnaire n'exerce pas l'activité concédée pour le compte de la collectivité; il la gère en son propre nom, à ses propres risques et périls (en principe), à son propre compte – donc comme toute autre entreprise capitaliste – en particulier la gestion n'implique aucun pouvoir de puissance publique, notamment pas celui de prendre des décisions unilatérales par rapport aux tiers. Il s'agit toujours d'activités de nature économique (P. Moor, Droit administratif, volume III, Berne 1992, ch. 3.2.3.4, p. 131);
- Le second élément réside dans l'*intérêt public* que la concession vise à travers son mode privé de gestion; et cet intérêt public est à ce point qualifié que l'ordre juridique en attribue la responsabilité à l'Etat: une activité, une tâche est érigée en service public, par la légitimation qui lui est ainsi accordée et qui devra suivre les procédures imposées par le principe de légalité. Ainsi peut être créé un marché artificiel qui soit soustrait aux aléas du marché libre; ce résultat est atteint par la compétence de désigner librement quels seront les concessionnaires.

C'est la conjonction de ces deux éléments qui définit la concession de service public comme figure bien particulière des modalités de collaboration de l'Etat avec le secteur privé et qui va influencer sur le contenu de son régime.

Ce qui est en réalité déterminant, ce n'est pas seulement le fondement du droit de l'Etat à l'activité concernée, c'est aussi la nature de cette dernière – d'intérêt public ou non (P. Moor, Droit administratif, volume III, Berne 1992, ch. 3.2.1.1, p. 121-122).

1.4. Eléments indispensables

Dans tous les cas, la concession suppose l'existence d'un monopole étatique (B. Knapp, Précis de droit administratif, Bâle 1991, no 1395; A. Grisel, op. cit., ch. 2, p. 284; P. Moor, op. cit., ch. 3.2.1.1).

Dans la mesure où le pouvoir de disposition que l'Etat s'est réservé sur les activités à concéder est constitutionnellement valable, le régime de la concession est soustrait à la garantie de la liberté économique: en effet, sa validité implique qu'il soit conforme à l'ordre juridique de sortir le secteur économique en cause des règles du marché et par conséquent de l'affranchir des contraintes constitutionnelles (art. 27, 36, 94 Cst.; P. Moor, Droit administratif, volume III, Berne 1992, ch. 3.2.2.2, p. 126).

1.5. Remarque

Compte tenu des conclusions de l'AD précitées, selon lesquelles l'Etat ne dispose d'aucun droit quelconque en matière d'énergie éolienne, ni, partant, d'aucun monopole, d'une part, de l'arrêt du Tribunal fédéral, du 31 août 2006, concernant les éoliennes du Crêt-Meuron (ATF 132 II 409 - 1A.122/2005/1A.134/2005/1P.288/2005) qui précise expressément (c. 4.5.1, p. 420): "*Il appartient ainsi au seul droit cantonal de régler les conditions d'autorisation pour une installation de production d'énergie éolienne, l'utilisation du vent n'étant au demeurant pas soumise à l'exigence d'une concession (cf. Jagmetti, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, tome VII, Energierecht, Bâle 2005, no 7301 ss, p. 865)*", d'autre part, on pourrait déjà à ce stade en conclure qu'une concession n'entre manifestement pas en considération en matière d'énergie éolienne, de sorte que le projet de loi qui la prévoit est irréalisable sur le plan juridique. Seule une réglementation des conditions d'autorisation pour une installation de production de l'énergie éolienne pourrait être envisagée par le biais de la législation en matière d'aménagement du territoire et de la police des constructions.

Il convient toutefois de poursuivre l'examen pour s'en convaincre.

2. Monopoles

2.1. Définition

En droit administratif, on appelle monopole un secteur d'activité économique que l'Etat se réserve. Deux éléments sont caractéristiques dans l'institution du droit administratif: à savoir pour le premier, qu'une branche économique est soustraite au fonctionnement des lois du marché, ce qui se marque juridiquement par le fait qu'elle n'est plus au bénéfice de la liberté du commerce et de l'industrie. Le second élément distinctif est que l'Etat lui-même, ou des tiers désignés par lui (concessionnaires), devient producteur. Chacun de ces deux éléments implique un problème constitutionnel (P. Moor, op. cit., ch. 7.3.1.1, p. 375-376).

2.2. Catégories de monopoles

Il y a diverses catégories de monopoles, en application de différents critères (P. Moor, op. cit., ch. 3.2.1.1, p. 120 ss; ch. 7.3.3.1, p. 375 ss; A. Grisel, op. cit., ch. I, p. 201; B. Knapp, op. cit., no 1397, p. 294).

2.2.1. Monopole de droit

On parle de *monopole de droit* lorsque l'activité économique en cause est spécifiquement visée par une norme de l'ordre juridique: soit que celle-ci interdise aux tiers de déployer cette activité, sauf s'ils obtiennent une concession (monopole *direct*; ainsi les transports ferroviaires), soit qu'elle oblige les administrés à recourir aux services de l'Etat (monopole *indirect*; ainsi dans le domaine des assurances sociales). Il se trouve cependant que la collectivité puisse se réserver un secteur économique de deux autres manières (P. Moor, op. cit., ch. 7.3.1.1, p. 376).

2.2.2. Monopole de fait

Tout d'abord, lorsqu'elle dispose seule d'une ressource indispensable à l'exercice d'une activité, il lui suffit de se refuser à y donner accès aux tiers; tel est le cas de toute production de biens ou de services pour laquelle l'exploitation du domaine public (force hydraulique) ou son utilisation spéciale (pose de canalisations) est une condition matérielle inévitable. Cette situation est qualifiée de *monopole de fait*, dans lequel le fondement juridique est la maîtrise générale sur les biens publics, qui appartiennent à la collectivité (P. Moor, op. cit., ch. 7.3.1.1, p. 376).

2.2.3. Monopole virtuel

Enfin, il y a des cas où il n'existe aucune base normative pour exclure les tiers; ceux-ci sont dans l'incapacité *économique* de concurrencer la collectivité, parce que l'activité publique est gérée, grâce aux moyens qui y sont investis, dans des conditions avec lesquelles une structure de marché est incompatible: ce sont des monopoles virtuels – par exemple l'enseignement supérieur que donnent les universités, presque entièrement financé par l'Etat sur son budget général (P. Moor, op. cit., ch. 7.3.1.1, p. 377).

2.3. Remarque

Sous réserve que des éoliennes soient installées sur le domaine public cantonal, permettant l'octroi d'une concession d'occupation de ce dernier (cf. loi sur les eaux, du 24 mars 1953, RSN 731.101; loi sur l'utilisation du domaine public, du 25 mars 1996, RSN 727.0), seul, en l'espèce, un monopole de droit appartenant à l'Etat pourrait éventuellement entrer en considération et permettre ainsi l'octroi de concessions, comme le préconise le projet de loi sur l'énergie éolienne.

2.4. Conditions de l'institution d'une concession

Si une concession se fonde sur un monopole de droit, celui-ci devra avoir une base légale, voire constitutionnelle, et respecter les principes d'intérêt public, de proportionnalité et d'égalité (P. Moor, op. cit., ch. 3.2.2.1, p. 125 ss et jurisprudence citée; A. Grisel, op. cit. II, p. 201 ss et jurisprudence citée). Il devra poursuivre des buts de police ou de politique sociale, mais non un but purement fiscal (B. Knapp, op. cit. no 1396, p. 294). En effet, l'étendue, constitutionnelle ou légale, du monopole délimite les activités que l'Etat est en droit de soumettre à concession.

3. Droit constitutionnel

3.1. Limites constitutionnelles à l'activité étatique des cantons

Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale (Cst.) et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération (art. 3 Cst.). Le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat (art. 5, al.

Cst.). L'activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé (art. 5, al. 2 Cst.). L'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques se fondent sur le principe de la subsidiarité (art. 5a Cst.). Les cantons définissent les tâches qu'ils accomplissent dans le cadre de leurs compétences (art. 43 Cst.). La Confédération respecte l'autonomie des cantons; elle leur laisse suffisamment de tâches propres et respecte leur autonomie d'organisation (art. 47 Cst.). Le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire. La Confédération veille à ce que les cantons respectent le droit fédéral (art. 49 Cst.).

3.2. Droits fondamentaux à respecter

Parmi les droits fondamentaux, qui doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique (art. 35 Cst.), la *propriété est garantie*, de sorte qu'une pleine indemnité est due en cas d'expropriation ou de restriction de la propriété qui équivaut à une expropriation (art. 26 Cst.). De même, la *liberté économique est garantie* qui comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 Cst.). Ces deux droits fondamentaux sont repris dans la Constitution neuchâteloise (art. 25 et 26 Cst. NE).

3.3. Restrictions des droits fondamentaux

L'article 36 Cst. (repris à l'art. 33 Cst. NE) fixe les conditions à toute restriction d'un droit fondamental:

- elle doit être fondée sur une base légale et les restrictions graves prévues par une loi (al. 1);
- elle doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2);
- elle doit être proportionnée au but visé (al. 3);
- l'essence des droits fondamentaux est inviolable (al. 4).

3.4. Principes de l'ordre économique

Sous ce titre, l'article 94 Cst. dispose:

- la Confédération et les cantons respectent le principe de la liberté économique (al. 1);
- ils veillent à sauvegarder les intérêts de l'économie nationale et contribuent, avec le secteur de l'économie privée, à la prospérité et à la sécurité économique de la population (al. 2);
- dans les limites de leurs compétences respectives, ils veillent à créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée (al. 3);
- les dérogations au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondée sur les droits régaliens des cantons (al. 4).

3.4.1. Dérogations permises aux cantons

Les autorisations se réduisent à fort peu de choses: il y a la réserve des "droits régaliens", qui figurent à l'article 94, alinéa 4 lui-même, et il y a, pour un temps limité, des dispositions transitoires qui touchent l'hôtellerie (art. 196, ch. 7 Cst.; J.-F. Aubert/P. Mahon, op. cit., ad art. 94, no 20, p. 738).

3.4.2. Droits régaliens

Il s'agit d'une notion historique; ce sont des droits à caractère de monopole revendiqués par l'Etat sur des biens liés au sol et de quantité limitée; régale des mines (carrières, gravières, sablières, mines de charbon, nappes de pétrole s'il s'en trouve), régale du sel, régale de la chasse et de la pêche, régale de la force hydraulique. Ici le canton (ou la commune, si le droit cantonal le prévoit) peut, s'il le veut, s'approprier le droit et en monnayer l'exercice à des fins fiscales, sans avoir à justifier d'un intérêt public (J.-F. Aubert/P. Mahon, op. cit., ad art. 94, no 20 p. 738; Auer/Malinverni/Hottelier, op. cit., no 701, p. 359; FJS 1388, no 87 à 89, p. 26 et 27). En droit neuchâtelois, la régale des mines fait l'objet de la loi sur les mines et carrières, du 22 mai 1935 (RSN 931.1), la force hydraulique de la loi sur les eaux, du 24 mars 1953 (RSN 731.101), la chasse de la loi sur la faune sauvage (LFS), du 7 février 1995 (RSN 922.10) et la pêche de la loi sur la faune aquatique (LFAq), du 26 août 1996 (RSN 923.10). La régale des mines et la force hydraulique sont soumis au régime de la concession, la chasse et la pêche à celui de l'autorisation. Enfin il convient de rappeler que l'extraction des matériaux est soumise à autorisation en vertu de la loi sur l'extraction des matériaux (LEM), du 31 janvier 1991, RSN 705.1.

3.4.3. Remarque

L'énergie éolienne ne fait pas partie des droits régaliens de l'Etat.

3.5. Autres monopoles

Tous les autres monopoles cantonaux ne sont en revanche compatibles avec la Constitution fédérale que s'ils remplissent les conditions qu'elle pose à l'article 36 Cst. (J.-F. Aubert/P. Mahon, op. cit., ad art. 94, no 20 p. 739).

3.6. Restrictions admissibles à la liberté économique

A l'instar des restrictions aux autres libertés, les restrictions cantonales à la liberté économique ne sont conformes à la Constitution fédérale que pour autant qu'elles se fondent sur une base légale, se justifient par un intérêt public et respectent le principe de la proportionnalité (art. 36 Cst.). Il faut encore qu'elles se conforment au principe de l'égalité des concurrents et évitent de toucher au noyau de la liberté (A. Auer et consorts, op. cit., C, no 683 ss, p. 350 ss).

3.6.1. Intérêt public

S'agissant de l'intérêt public pouvant justifier une restriction à la liberté économique, la jurisprudence distingue les mesures de police (wirtschaftspolizeiliche Massnahmen), les mesures de politique sociale (sozialpolitische Massnahmen), ainsi que les mesures dictées par la réalisation d'autres intérêts publics (A. Auer et consorts, op. cit., no 685, p. 351).

3.6.1.1. *Les mesures de police*

Les restrictions de police sont celles qui visent à *protéger l'ordre public*, à savoir "la tranquillité, la sécurité, la santé ou la moralité publiques, à préserver d'un danger ou à l'écartier ou encore à prévenir les atteintes à la bonne foi en affaires par des procédés déloyaux et propres à tromper le public (A. Auer et consorts, op. cit., no 686, p. 351).

3.6.1.2. *Les mesures de politique sociale*

Depuis 1971, le Tribunal fédéral admet que les cantons peuvent limiter la liberté économique par des mesures de *politique sociale*, qui ne sont pas à proprement parler de police, mais qui néanmoins restent dans le cadre de ce que la Constitution fédérale leur permet de faire (ATF 97 I 504). Les mesures de politique sociale sont celles "qui tendent à procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens ou à accroître ce bien-être par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs" (SJ 1997, 421, 428; A. Auer et consorts, op. cit., no 689, p. 353).

3.6.1.3. *Les autres mesures d'intérêt public*

La jurisprudence admet que la poursuite d'*intérêts publics* autres que ceux de police et de politique sociale puisse justifier l'adoption par les cantons de mesures restrictives de la liberté économique. Des valeurs relevant par exemple de l'aménagement du territoire, de la politique énergétique, de la politique environnementale et de la politique linguistique peuvent ainsi entrer en considération, illustrant par la même le caractère variable et évolutif de la notion d'intérêt public (FJS 1388, no 74, p. 21-22). Comme le prévoyait l'ancienne Constitution (art. 31, al. 2), la nouvelle Constitution fédérale admet également que les cantons peuvent, sans violer la liberté économique, frapper d'un *impôt spécial* l'exercice d'une activité. Les cantons sont habilités à *promouvoir* leur économie, notamment par le biais de subventions, d'allègements fiscaux et de mesures concernant le marché du travail ou la formation professionnelle. Une base légale est requise. Par ailleurs, lorsqu'il adopte de telles mesures, l'Etat doit s'imposer un devoir de neutralité. L'octroi d'une subvention à une personne – physique ou morale – peut s'avérer contraire au principe de la liberté économique si elle engendre une distorsion de la concurrence (A. Auer et consorts, op. cit., no 690 à 693, p. 354 et 355, exemples et jurisprudence cités).

3.6.1.4. *Remarque*

En l'espèce, seules les autres mesures d'intérêt public peuvent éventuellement entrer en considération, à l'exclusion des mesures de police ou de politique sociale.

3.7. Distinction entre restrictions et dérogations

Une question se pose de la délimitation des "restrictions" que les cantons peuvent apporter à la liberté économique, par rapport aux "dérogations", qui leur sont interdites. Or, cette question, on sait que le Tribunal fédéral l'a tranchée par rapport aux buts visés par les mesures qu'il était appelé à examiner, certains étant permis (ceux de police et de politique sociale), d'autres non (tous regroupés sous la notion de politique économique). Ce qui, dans cette méthode, est donc déterminant est la nature de l'intérêt public poursuivi, et non pas les effets sur la structure du marché: celui qui est légitime permet de déroger en fait à l'économie de marché, mais ne déroge pas *constitutionnellement* à la liberté économique (P. Moor, op. cit., ch. 73.3.1, p. 386).

3.7.1. Restrictions inadmissibles à la liberté économique

Lorsqu'une restriction cantonale à la liberté économique ne peut se justifier ni par un motif d'ordre public, ni par motif de politique sociale, ni par un autre intérêt public, elle est *contraire* à la Constitution fédérale (A. Auer et consorts, op. cit., no 694, p. 355).

3.8. Garantie de la propriété

C'est précisément parce qu'elle peut être transférée à autrui que la propriété constitue un *élément central du système économique* fondé sur le marché et la concurrence. Elle est l'un des principaux "moteurs" de l'économie: elle ouvre l'accès au marché, sert de

garantie aux échanges, est tout à la fois valeur de référence, source de profit, objet privilégié d'investissement, refuge de capitaux, clef du crédit et assurance tout risque. Les droits de propriété circulent sur le marché sous des formes variées, adaptées aux circonstances et aux particularités des échanges massifs et fréquents qui caractérisent l'économie moderne de marché: chèques, billets à ordre, titres, obligations, actions, contrats, nantissements. La fonction économique de la garantie de la propriété est si centrale que certains n'hésitent pas à la considérer tout simplement comme le fondement essentiel, la condition d'existence même du développement économique. En Suisse, la garantie de la propriété est un élément central de la constitution économique et fait même indéniablement partie du "principe de la liberté économique" garanti par les articles 27 et 94 Cst., auquel l'Etat ne peut déroger que sur la base d'une disposition constitutionnelle expresse (A. Auer et consorts, op. cit., no 710, p. 365).

3.8.1. Restrictions à la propriété

S'agissant d'un droit fondamental, la garantie de la propriété ne peut être restreinte que dans les limites de l'article 36 Cst., telles que rappelées au chiffre 3.3 ci-dessus: la restriction doit être fondée sur une base légale, poursuivre un intérêt public, respecter le principe de proportionnalité et ne pas porter atteinte au noyau de la propriété (J.-F. Aubert/P. Mahon, op. cit. ad art. 26, no 10 et ss, p. 225 et ss; A. Auer et consorts, op. cit., no 749 ss, p. 381 ss). Les spécificités suivantes peuvent être mentionnées à ce propos:

3.8.2. Base légale

Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a développé l'idée que la base légale doit être d'autant plus claire que la restriction est grave (ATF 119a 362, 366) et, inversement, qu'il se contentera d'une base légale plus vague si la restriction n'est pas grave (ATF 119 la 141, 146-147; J.-F. Aubert/P. Mahon, op. cit. ad art. 26, no 10, let. a, p. 225).

3.8.3. Intérêt public

Le cercle des intérêts publics susceptibles de justifier une restriction est beaucoup plus large que pour les autres libertés. En principe, ces intérêts publics "peuvent résulter de l'ensemble des tâches, responsabilités et compétences que la Constitution confie aux pouvoirs publics et dont la concrétisation incombe au législateur" (A. Auer et consorts, op. cit., no 749, p. 381), en d'autres termes, tout intérêt public permet en principe de restreindre le droit de propriété, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un intérêt purement fiscal et que la mesure ne viole pas d'autres dispositions constitutionnelles (ATF 106 la 94, 96-97; 110 la 167, 169; 111 la 23, 29-30). Ainsi, la propriété peut être restreinte non seulement pour des motifs de police au sens étroit, tels la sécurité routière, la protection des forêts, la prévention des risques d'avalanches ou de glissement de terrain (ATF 114 la 245, 249 et ss), mais encore pour des motifs relevant de l'aménagement du territoire (ATF 119 Ib 124, 127), de la protection de l'environnement (ATF 123 II 560, 565-566), de la protection de la nature et du patrimoine (ATF 91 I 329, 336; 120 la 270, 274; 126 I 219, 221), de la politique sociale (ATF 101 la 502, 511 ss; 116 la 401, 414 ss; 119 la 348, 355-356; 119 la 362, 373), de la politique énergétique (ATF 98 la 584, 593-595; ZBL 1995, p. 272) ou encore de la politique économique (ATF 103 la 586, 588 et ss; ZBL 1976, p. 357, 362; ZBL 1980, p. 407, 410), voire même relevant de l'esthétique (ATF 115 la 114, 116-120; J.-F. Aubert/P. Mahon, op. cit. ad art. 26, no 10, let. b, p. 226, 227).

3.8.4. Proportionnalité

Etant donné le large éventail des intérêts publics susceptibles de justifier une restriction à la propriété, l'examen de la constitutionnalité de ces restrictions se "déplace" souvent sur

la question de la proportionnalité (J.-F. Aubert/P. Mahon, op. cit. ad art. 26, no 10, let. c, p. 227).

3.8.5. Respect de l'essence même du droit fondamental

Cette condition pose problème: par l'expropriation formelle ou matérielle, le propriétaire peut en effet se voir privé entièrement de son droit de propriété ou des facultés essentielles qui en résultent (J.-F. Aubert/P. Mahon, op. cit. ad art. 26, no 10, let. d, p. 228).

3.9. Politique énergétique

Sous le titre "Politique énergétique", l'article 89 Cst. dispose:

- Dans les limites de leurs compétences respectives, la Confédération et les cantons s'emploient à promouvoir un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économiquement optimal et respectueux de l'environnement, ainsi qu'une consommation économique et rationnelle de l'énergie (al. 1);
- La Confédération fixe les principes applicables à l'utilisation des énergies indigènes et des énergies renouvelables et à la consommation économe et rationnelle de l'énergie (al. 2);
- La Confédération légifère sur la consommation d'énergie des installations, des véhicules et des appareils. Elle favorise le développement des techniques énergétiques, en particulier dans les domaines des économies d'énergie et des énergies renouvelables (al. 3);
- Les mesures concernant la consommation d'énergie dans les bâtiments sont au premier chef du ressort des cantons (al. 4);
- Dans sa politique énergétique, la Confédération tient 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 (al. 5).

Cet article vise toutes les formes d'énergie: la force hydraulique, les combustibles et carburants fossiles (pétrole, gaz, charbon), la force nucléaire, le bois, le vent, le soleil et dépasse ainsi la portée des articles 90 et 91 Cst.

Sauf l'alinéa premier, qui fixe des objectifs, il ne concerne guère la production ni la distribution de l'énergie, mais se rapporte essentiellement à la consommation finale de celle-ci par les ménages, l'industrie, les services et les transports (J.-F. Aubert/P. Mahon, op. cit. ad art. 89, no 8, p. 693).

Cet article sert de base actuellement à la loi fédérale sur l'énergie (LEne), du 26 juin 1998 (RS 730.0).

3.10. Transport d'énergie

Selon l'article 91 Cst:

- la Confédération légifère sur le transport et la livraison de l'électricité (al. 1);
- la législation sur les installations de transport par conduites de combustible ou de carburant liquides ou gazeux relève de la compétence de la Confédération.

L'article 91, alinéa premier a pour objets l'électricité, mais l'électricité de toute origine: hydraulique, nucléaire et thermique ordinaire, voire éolienne (J.-F. Aubert/P. Mahon, op. cit. ad art. 91, no 5, p. 707).

Cet article sert actuellement de base à la loi fédérale concernant les installations électriques à faible et à fort courant (LIE), du 24 juin 1902 (RS 734.0); J.-F. Aubert/P. Mahon, op. cit. ad art. 91, no 7, p. 708), ainsi qu'à la nouvelle loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (LApEI), du 23 mars 2007 (RS 734.7).

Examen

Il convient d'examiner le projet de loi à la lumière des développements qui précèdent.

4. Titre

En lui-même, le titre ne présente aucun inconvénient sur le plan juridique.

4.1. Article premier

Il en est de même du contenu de l'article premier consacré aux buts.

4.2. Article 1b

Cet article dispose, tout d'abord, que *l'énergie éolienne est propriété de l'Etat*.

L'AD a clairement démontré que l'énergie éolienne appartient au propriétaire de l'éolienne (conclusion intermédiaire, p.13). Etant sa propriété, elle n'est, a contrario, pas celle de l'Etat. Compte tenu de la garantie de la propriété, il ne pourrait acquérir celle-ci que par voie d'expropriation, sous réserve de pouvoir justifier d'un intérêt public, de respecter le principe de la proportionnalité et d'indemniser le propriétaire.

Peut-on, malgré le texte clair du projet, remplacer *l'énergie éolienne est propriété de l'Etat* par *l'énergie éolienne est d'intérêt public*?

Dans cette hypothèse, cela ne signifie pas pour autant que l'Etat peut en disposer à sa guise et sans indemnité. En effet, il est manifeste que, dans l'esprit des rédacteurs du projet, *l'énergie éolienne* peut être assimilée à la *force hydraulique* ou à des *gisements*, qui, conformément aux lois qui leur sont applicables (loi sur les eaux et loi sur les mines), peuvent être soumises à concession. C'est toutefois perdre de vue qu'il s'agit soit de biens du domaine public (art. 664 CC), soit de droits régaliens expressément, mais exhaustivement, reconnus aux cantons par l'article 94, alinéa 4 Cst., sur lesquels se fondent les dérogations au principe de la liberté économique (cf. ch. 3.4 à 3.4.2 ci-dessus).

Tel n'est manifestement pas le cas de *l'énergie éolienne*, de sorte que la création d'un monopole sur celle-ci est soumise aux conditions cumulatives de l'article 36 Cst., que ce soit, s'agissant de droits fondamentaux, pour restreindre la liberté économique ou la garantie de la propriété, une telle restriction doit:

- être fondée sur une base légale et, s'agissant d'une restriction grave, prévue par une loi au sens formel;
- être justifiée par un intérêt public;
- être proportionnée au but visé.

En l'espèce, on peut douter qu'un intérêt public puisse justifier une telle restriction; en tous les cas, il ne ressort pas des buts de l'article premier. Si l'intérêt public se restreint aux nécessités d'une surveillance étatique et à diverses obligations à mettre à la charge des

particuliers, en règle générale un régime d'autorisations de police, assorties des charges adéquates, suffira. C'est déjà le cas, notamment, des dispositions en matière d'aménagement du territoire, de police des constructions, de protection de la nature et des sites. Il est par ailleurs exclu de créer une situation privilégiée, par l'octroi d'une concession, à un seul ou quelques requérants, si cela leur confère sur le marché une position prédominante équivalant à un monopole privé (ATF 41 I 252 – P. Moor, op. cit., ch. 7.3.1.2, p. 378 et 379).

Il convient de rappeler que le but principal de la nouvelle loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité est une ouverture du marché de l'électricité (art. 1 LApEI). Il s'ensuit qu'un projet prévoyant la création d'un monopole en matière d'énergie éolienne est manifestement contraire aux buts visés par la loi fédérale précitée.

D'ailleurs, rien ne permet de démontrer que pour encourager le développement de l'énergie éolienne, de régler les modalités de son exploitation et de contribuer à assurer la souveraineté énergétique du canton, soit pour atteindre les buts visés à l'article premier du projet, il soit nécessaire d'instituer un monopole.

C'est d'ailleurs les conclusions auxquelles est arrivé également le Tribunal fédéral dans l'arrêt du Crêt-Meuron déjà cité (ATF 132 II, cons. 4.5.1, p. 420):

"Il apparaît ainsi que, dans le cadre fixé par le droit fédéral, les cantons ont une grande latitude pour choisir les mesures de politique énergétique qu'ils entendent mettre en œuvre dans le domaine des nouvelles énergies renouvelables (cf. Jagmetti, op. cit., no 7105 p. 851). Il appartient ainsi au seul droit cantonal de régler les conditions d'autorisation pour une installation de production d'énergie éolienne, l'utilisation du vent n'étant au demeurant pas soumise à l'exigence d'une concession (cf. Jagmetti, op. cit., nos 7301 ss p. 865). Des mesures d'aménagement du territoire prises à cet effet ne sont pas contraires aux buts et principes des art. 1 et 3 LAT. D'après ces dispositions, il incombe aux autorités de soutenir par des mesures d'aménagement les efforts en vue de garantir des sources suffisantes dans le pays (art. 1 et 2 let. d LAT), cette norme visant notamment l'approvisionnement en énergie (cf. P. Tschannen, Commentaire LAT, n. 40 ad art. 1 LAT)."

En conséquence, faute de posséder un droit quelconque en matière d'éolienne – lorsque l'Etat n'a aucune souveraineté sur le sol, n'est ni propriétaire de l'installation, ni de la force, ni de l'énergie électrique produite – il ne dispose d'aucun droit étatique quelconque, ni de monopoles, de sorte qu'il ne peut délivrer aucune concession.

Enfin, il s'ensuit que les conclusions sous chiffre 4, deuxième phrase de l'AD sont erronées.

Conclusion

Le projet de loi sur l'énergie éolienne fondée sur *"la propriété de l'énergie éolienne de l'Etat qui, pour être exploitée, devrait être soumise à concession"* ne respecte par l'ordre juridique suisse. Il est contraire au droit constitutionnel et aux principes généraux du droit.

CONCLUSIONS GENERALES

Au vu des développements qui précèdent, compte tenu du droit constitutionnel, du droit fédéral, de la doctrine et de la jurisprudence actuels, et en résumé, nos conclusions sont les suivantes.

1. Si l'Etat entend acquérir un bien-fonds pour y édifier et exploiter des éoliennes, il peut d'abord tenter de l'acquérir de gré à gré. Si le propriétaire du bien-fonds s'y refuse, l'Etat peut alors l'exproprier, à condition que le Grand Conseil ait, par décret, déclaré le projet d'utilité publique.
2. Il est tout à fait admissible que l'Etat édifie et exploite lui-même des éoliennes sur son propre terrain, que celui-ci appartienne au domaine public ou à son patrimoine financier.
3. L'actuel droit fédéral et cantonal de l'aménagement du territoire et des constructions permet déjà de régler la construction des éoliennes, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'instaurer un système particulier dans une nouvelle loi cantonale.
4. La législation sur le droit foncier rural ne constitue pas un obstacle à l'acquisition par l'Etat d'immeubles agricoles pour l'implantation et l'exploitation d'éoliennes.
5. Faute de détenir un monopole quelconque en matière d'éoliennes, l'Etat ne peut accorder de "concession". Par conséquent, le projet de loi sur l'énergie éolienne des députés Vert-e-s, du 2 septembre 2008 (réf. 08.175), n'est pas réalisable.

* * * *

Espérant que le présent avis sera utile à la commission pour ses travaux, et demeurant à votre disposition pour tout renseignement complémentaire, nous vous prions d'agréer, Mesdames, Messieurs les députés, l'expression de nos sentiments distingués.

Neuchâtel, le 28 septembre 2009

SERVICE JURIDIQUE

Yves Mathez, Marie-France Ravel,

Jean-Pierre Veuve et Lucienne Wasser, av.