

ETUDE ECOFFEY

Avocats – Rechtsanwälte – Attorneys at law

Inscrits au barreau de Fribourg

AVIS DE DROIT

Installation de mâts de mesure dans le cadre de la planification éolienne

1. L'art. 14 de la Loi sur l'énergie du 30 septembre 2016 (LEne; RS 730), dont le titre marginal est « *Procédure d'autorisation et délai d'expertise* », fixe à son alinéa 2 que *le Conseil fédéral peut prévoir d'exempter de l'autorisation de construire la construction ou la transformation des bâtiments et des installations qui doivent être érigés provisoirement en vue d'examiner l'adéquation des sites des projets visés à l'al. 1.*

Les « *projets visés à l'al. 1* » sont définis comme les *installations destinées à l'utilisation d'énergies renouvelables*, dont les éoliennes.

2. Il est relevé que cette disposition est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018 (art. 77 al. 2 LEne) et qu'elle n'existe pas dans l'ancienne Loi sur l'énergie du 26 juin 1998, ce qui stipule *a contrario* que les installations qui devaient être érigés provisoirement en vue d'examiner l'adéquation des sites des projets (notamment de la cadre du PDCant) étaient soumises à autorisation.
3. L'art. 14 al. 2 de la nouvelle LEne constitue donc la base légale nécessaire pour prévoir une dispense de permis.
4. S'agissant de l'historique de cette disposition, il est relevé que l'alinéa 2 de l'art. 14 de la LEne adoptée ne figurait pas dans le projet de loi ayant fait l'objet du Message du 4 septembre 2013 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* » (FF 2013 6771, Projet de loi aux pp. 6975 ss). Cette disposition ne fait ainsi l'objet d'aucune explication dans ledit message, en particulier d'aucune remarque sur sa constitutionnalité et sa légalité. Il s'agit d'un ajout proposé par la commission du Conseil national, adopté sans discussion par le Conseil national en séance du 2 décembre 2014 (Bulletin officielle de l'Assemblée fédérale, Conseil national –

Session d'hiver 2014, 16^e session de la 49^e législature, BO 2014 V, p. 2061) et sans discussion par le Conseil des Etats en séance du 22 septembre 2015 (Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats – Session d'automne 2015, 20^e session de la 49^e législature, BO 2015 IV, p. 945)

5. Faisant usage de la délégation accordée par le législateur fédéral à l'art. 14 al. 2 LEné, le Conseil fédéral a introduit le 23 novembre 2022 l'art. 9a dans l'Ordonnance sur l'énergie du 1^{er} novembre 2017 (OEné; RS 730.01), dont le titre marginal est « *Bâtiments et installations servant à examiner l'adéquation de sites pour des éoliennes* ». Cette nouvelle disposition, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023 a la teneur suivante :

¹ *Les bâtiments et les installations servant à examiner l'adéquation des sites pour des éoliennes peuvent être construits ou transformés sans autorisation de construire pour une durée de 18 mois au maximum.*

² *Les cantons peuvent prévoir une procédure d'annonce.*

Cette modification a été mise en consultation le 27 avril 2020 (consultation 2020/19) dans le paquet « *Modification d'ordonnances relevant de l'OFEN entrant en vigueur début 2021* ». Le rapport de consultation cite comme exemple d'installation exemptée les « *mats de mesure haubanés* » (Rapport explicatif concerné, ch. 2.1.2, p. 1). Le rapport n'explique pas en quoi consiste la « procédure d'annonce », ni n'explique pourquoi une durée de 18 mois a été fixée et ce qu'il se passe à l'issue de celle-ci. A défaut d'être expressément mentionnée dans la LEné et l'OEné, il semble clair que les 18 mois ne peuvent pas être prolongés.

Dans le cadre de la consultation,

- presque tous les cantons ont accepté, voire salué cette modification sans remarque ;
- le canton de Genève a souligné l'importance de la procédure d'annonce compte tenu de la nécessité pour les autorités cantonales de prendre en compte « *le risque, même faible, que des installations servant à évaluer le potentiel éolien aient un impact sur la faune, la flore, les biotopes et/ou le paysage* » ;
- les cantons de Lucerne et Schwyz ont sollicité que la procédure d'annonce de l'alinéa 2 soit obligatoire pour tous les cantons compte tenu du risque d'atteinte des intérêts paysagers, naturels ou archéologiques que les services cantonaux doivent préserver ;

- pour la même raison, le canton de Zoug et Archéologie Suisse ont sollicité que l'exemption soit conditionnée à ce que les installations ne concernent pas un site avec un intérêt archéologique « ... *sofern keine archäologischen Schutzinteressen betroffen sind.* ».
 - pour l'Union Suisse des Paysans et l'Association des groupements et organisations romands de l'Agriculture (AgorA), la procédure d'annonce devrait être également obligatoire, afin d'éviter des différences entre cantons et que les propriétaires fonciers / fermiers demeurent informés et donnent leur accord, et une indemnisation devrait être prévue.
 - les associations de protection de l'environnement (Greenpeace, les Amis de la Nature, Praktischer Umweltschutz (PUSCH), ProNatura, vogelwarte.ch, l'ATE et WWF) se sont opposées à cette modification notamment en raison du fait que la protection des oiseaux reste menacée par les installations, même temporaires, et que l'absence de procédure d'autorisation enlevait ainsi toute réserve et tout contrôle en faveur de cette protection.
6. Malgré cette dispense, il paraît logique que des mâts temporaires de mesures ne puissent pas être installés dans les biotopes d'importance nationale au sens de l'art. 18a LPN et les réserves de sauvagine et d'oiseaux migrateurs visées à l'art. 11 de la loi du 20 juin 1986 sur la chasse, selon le listing de l'art. 12 al. 2, 2^{ème} phr., LEne. En effet, outre le fait que la dispense d'un permis ne permet pas pour autant de déroger à toutes les dispositions de l'ordre juridique, il n'y a aucune justification à installer des mâts temporaires de mesure là où toute nouvelle installation est interdite en application de l'art. 12 al. 2, 2^{ème} phr., LEne.
7. Le canton de Fribourg n'a en l'état pas prévu de procédure d'annonce. Une installation de mesure temporaire peut ainsi être posée sans demande de permis et sans annonce, en vertu de l'art. 9a OEne et de la réserve de l'art. 86 al. 1 ReLATeC, applicable par renvoi de l'art. 135 al. 3 LATeC.

Cela étant, il se pose la question de savoir si, malgré cette dispense de permis et d'annoncer, une commune pourrait faire usage de l'art. 135 al. 4 LATeC, selon lequel *lorsqu'il s'agit de projets de grande d'envergure, la commune peut exiger du maître de l'ouvrage des justifications ou des garanties financières*. Cet alinéa ne fait l'objet d'aucune remarque dans le Message du 20 novembre 2007 accompagnant le projet de loi sur l'aménagement du territoire et les constructions (LATeC) et d'aucune jurisprudence cantonale. La question est donc ouverte de savoir si la possibilité offerte aux communes est strictement liée à l'obligation de permis ou si elle existe également en cas de dispense ; en effet, malgré le titre marginal de l'art. 135 LATeC (« Obligation

de permis »), cette disposition traite également des dispenses (al. 3), ce avant ladite possibilité ouverte aux communes (al. 4). On pourrait donc envisager qu'en cas d'installation de mâts d'étude qu'une commune exige du maître de l'ouvrage des justifications (emplacement, mesures prises pour éviter les atteintes à la faune, système de traitement des données, ...) ou des garanties financières. Cela ne permettrait toutefois pas de s'opposer à l'implantation et le maître d'ouvrage risque de prétexter qu'il ne s'agit pas d'un « *projet de grande envergure* » (notion juridique indéterminée), puisque provisoire et dispensé de permis.

8. Dans le canton du Valais, la procédure d'annonce est prévue, à l'instar de ce qui vaut pour les panneaux solaires dispensés de permis (art. 19 al. 5 et 6 de l'Ordonnance sur les constructions). L'annonce doit être faite 30 jours avant les travaux, via un formulaire, afin « *d'analyser si, matériellement, l'installation projetée n'est pas soumise à autorisation de construire, mais ne préjuge en rien des accords éventuellement nécessaires en vertu du droit privé* ». Le dépositaire de l'annonce peut solliciter une décision de constatation de droit.
9. A titre de conclusion intermédiaire, il paraît ainsi clair que, suite à l'adoption des art. 14 al. 2 LEne et 9a OEne, l'installation de mâts de mesures est dispensée de permis et qu'il n'est ainsi plus possible de s'y opposer par la voie administrative dans le cadre d'une procédure de permis. Dans le canton de Fribourg, il n'y a pas d'obligation d'annonce, ce qui fait que les particuliers et les communes (notamment via FRIAC) peuvent ne pas être informés et que les communes n'ont pas de préavis à rendre, étant relevé qu'une obligation d'annonce n'y changerait rien puisqu'elle n'équivaut pas à une procédure de permis.

Tout au plus pourrait-on envisager qu'une commune fasse application de l'art. 135 al. 4 LATeC pour exiger du maître d'ouvrage qu'il fournisse des justifications ou des sûretés financières. Dans ce cas, en cas de refus du maître d'ouvrage, la commune concernée devrait vraisemblablement rendre une décision formelle, motivée et sujette à recours, procédure qui n'empêcherait toutefois pas l'installation provisoire, sauf à envisager, dans le cadre d'un recours qu'une mesure provisionnelle soit accordée. Cette voie paraît toutefois incertaine.

10. Reste que les propriétaires demeurent libres d'accepter la pose d'un mât de mesure et sont protégés dans leur droit de propriété, selon le droit civil (art. 641 CC).

En effet, les art. 14 al. 2 LEne et 9a OEne ne constituent pas des restrictions légales de la propriété au sens de l'art. 680 al. 1 CC, respectivement des bases légales suffisantes qui permettraient au canton de Fribourg – lequel n'est d'ailleurs pas maître d'ouvrage –

d'imposer une restriction de propriété à des propriétaires, privés ou publics, et les contraindre à tolérer des mâts de mesures. Ces dispositions dispensent uniquement de la procédure de permis, sans pour autant ériger l'installation des mâts de mesure en intérêt public supérieur, comme cela ressort d'ailleurs de la procédure d'annonce valaisanne qui réserve précisément le droit privé. L'historique et le but des dispositions ne permettent d'ailleurs pas de retenir que le législateur aurait voulu également contourner la protection des propriétaires selon le droit civil, mais principalement simplifier les procédures administratives pour éviter une multiplication des oppositions par les associations.

Il en découle qu'un développeur qui souhaite faire installer des mâts de mesure sur une parcelle qui ne lui appartient pas doit obtenir l'accord du propriétaire de la parcelle, ce qui fera vraisemblablement l'objet d'une convention (avec une indemnité).

En **conclusion**, il n'est aujourd'hui plus possible, pour une commune, une association ou un particulier, de s'opposer à la pose de mâts de mesure provisoire au sens du droit administratif, dès lors qu'il n'y a plus besoin d'autorisation de construire. La protection juridique de l'art. 33 LAT tombe.

La seule voie « d'opposition » possible est un refus de la part du propriétaire du terrain concerné. Les communes ont ainsi une maîtrise limitée aux terrains dont elles sont propriétaires.

