PAYSAGE LIBRE SUISSE
FREIE LANDSCHAFT SCHWEIZ

Prise de position sur le jugement du Tribunal Fédéral dans l'affaire Ste-Croix

Le présent document fait suite à l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_657/2018 et 1C_658/2018 du 18 mars 2021 concernant le parc éolien de Sainte-Croix.

Les arguments présentés dans cette prise de position ne constituent pas des faits ou des moyens de preuve nouveaux mais des arguments juridiques nouveaux ou complétés. Ceux-ci doivent dès lors être admis dans le cadre des procédures devant le Tribunal fédéral. L'objet du litige n'est pas étendu (cf. par ex. arrêt du Tribunal fédéral 1C_135/2020 du 27 octobre 2020 consid.1.5).

1. Situation initiale - Arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire du parc éolien de Sainte-Croix

1.1. Considérants du Tribunal fédéral

Le 28 mars 2021, le Tribunal fédéral a statué sur les recours 1C_657/2018 et 1C_658/2018 concernant le parc éolien de Sainte-Croix. Il a dans ce cadre notamment considéré que l'art. 9 al. 2 OEne est conforme au cadre défini par la LEne (consid. 8.4.3.).

Le Tribunal fédéral a notamment motivé sa décision en indiquant que « la valeur de 20 Gwh/a correspondait non pas un pourcentage de la production annuelle ou de la production totale attendue pour 2050, mais à une part (environ 15%) de la réalisation de l'objectif d'augmentation de la production, fixé à 130 GWh par an. Ce seuil apparaît relativement bas puisqu'il peut être atteint avec seulement trois éoliennes de grande taille. Un tel seuil permet toutefois d'exclure les projets concernant des éoliennes isolées, et d'inclure les parcs comprenant un nombre réduit de machines, qui constituent une grande part des projets. La fixation d'un seuil plus élevé rendrait pratiquement impossible la réalisation de parcs éoliens en Suisse, compte tenu de l'exiguïté du territoire et de la densité des constructions. En dépit d'un seuil de production relativement bas, les autres critères mentionnés dans la loi permettent d'admettre l'existence d'un intérêt national au sens de l'art. 12 LEne. Les installations de production d'énergie éolienne offrent en effet la flexibilité de production dans le temps et en fonction des besoins du marché (art. 15 al.5 in fine LEne ; rectification : art. 12 al. 5 in fine LEne) et contribuent de manière significative à la sécurité de l'approvisionnement, en particulier en hiver où la consommation électrique est la plus élevée, en permettant de charger ou de décharger le réseau selon les besoins (ARE, Rapport explicatif relatif à la conception énergie éolienne, 25 septembre 2020 pp 8-9; DETEC, Dispositions d'exécution de la nouvelle loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie, Révision totale de l'ordonnance sur l'énergie, Commentaires, novembre 2017, pp 5-6) ».

1.2. Messages clés du Tribunal fédéral

En substance, le Tribunal fédéral a considéré que la production d'énergie éolienne offre une certaine flexibilité dans le temps et qu'elle s'adapte aux besoins du marché. En outre, celle-ci permet de charger et décharger le réseau, c'est-à-dire que l'électricité peut être prélevée ou

injectée en fonction des besoins. La valeur de 20 Gwh/a fixée à l'art. 9 al. 2 OEne est conforme à la loi.

1.3. Nécessité de rectifier

Les affirmations faites dans le considérant 8.4.3. sont à plusieurs égards matériellement inexactes. La conclusion à laquelle arrive le Tribunal fédéral, à savoir que l'art. 9 al. 2 OEne serait conforme à la loi sur l'énergie et particulier à l'article 12 al. 5 LEne, est donc erronée.

Les recourants se permettent, s'agissant de ce considérant, de soumettre les présentes observations. Ils présentent dans un premier temps les faits relatifs à la production d'énergie éolienne. Ceux-ci réfutent certaines affirmations du Tribunal fédéral, notamment celles portant sur la flexibilité temporelle et de marché que présenterait la production d'énergie éolienne, ainsi que celle selon laquelle l'énergie éolienne permettrait de charger et décharger le réseau. Dans un second temps, les recourants démontrent que le valeur seuil de 20 Gwh/a fixé à l'art. 9 al. 2 OEne n'est pas conforme au cadre légal fixé à l'art. 12 de la loi sur l'énergie, et en particulier à ses alinéas 4 et 5.

2. Faits concernant la production d'énergie éolienne

2.1. Remarques préliminaires

La production d'énergie éolienne n'est pas flexible dans le temps et ne permet pas de produire en fonction des besoins du marché. Elle ne contribue pas de manière significative à la sécurité de l'approvisionnement, que ce soit en hiver ou en été. Elle ne peut pas non plus charger ou décharger le réseau en fonction des besoins.

Les affirmations des recourants qui suivent se fondent notamment sur diverses déclarations de promoteurs de l'énergie éolienne et sur des évidences physiques et scientifiques pour appuyer certains faits concernant l'énergie éolienne (certains passages ont été traduits et volontairement mises en évidence par les recourants).

2.2. Swiss Energypark

Le site internet de la Swiss EnergyPark géré par les Forces motrices bernois (FMB / BKW) et les cantons de Berne et du Jura indique (https://swiss-energypark.ch/info-wind/, visité le 27 avril 2021) :

L'énergie éolienne compte parmi les sources d'énergie renouvelable (…). Le vent variant selon les <u>conditions météorologiques</u> (rafales, absence de vent, variations brusques), il n'est <u>pas possible</u> d'influer sur la production d'électricité <u>comme dans une centrale classique</u>.

Die Windenergie gehört zu den erneuerbaren Energiequellen. (...) Da die Windkraft wetterabhängig ist, lässt sich diese Energiequelle aber nicht wie ein konventionelles Kraftwerk steuern: Böen, Flauten und rasche Wetterumstürze machen es schwierig, die Stromerzeugung zu planen.

Preuve :

Annexe 1 : Copie d'écran Swiss Energypark, visité le 27.04.2021

2.3. Office fédéral de l'énergie OFEN / IUNR (ZHAW)

Le groupe d'experts en analyse du cycle de vie de l'Institut de recherche sur l'environnement et les ressources naturelles (IUNR) de la Haute école zurichoise des sciences appliquées (ZHAW), sur mandat de l'Office fédéral de l'énergie OFEN, affirme, dans son rapport final sur le thème « Bilan écologique de l'énergie éolienne suisse » publié le 11 mars 2015, (p. 82) :

La vitesse du vent dépend des conditions météorologiques et varie non seulement d'un endroit à l'autre, mais aussi au cours de la journée et de l'année. Par conséquent, la production d'électricité ne coïncide pas toujours avec la demande en électricité.

Windgeschwindigkeiten sind wetterabhängig und variieren nicht nur zwischen verschiedenen Standorten sondern auch im Tages- und Jahresverlauf. Die Stromproduktion deckt sich daher nicht immer mit der Stromnachfrage.

Preuve :

Annexe 2 : Rapport final IUNR / ZHAW sur mandat de l'OFEN, 11.03.2015, Extrait (pp. 1, 2 et 82)

2.4. Association des entreprises électriques suisses AES

L'Association des entreprises électriques suisses souligne dans son rapport général « Scénarios pour l'approvisionnement électrique du futur » datant de 2012 (p. 61) :

Une installation de production ne peut générer une charge prévue que si une certaine part de la production est pilotable, c'est-à-dire s'il est possible de livrer une puissance prescrite (dans les limites de capacité) pendant une fenêtre sur réservation. Les centrales à accumulation et les centrales à gaz, par exemple, sont très pilotables. La production des centrales photovoltaïques et éoliennes dépend quant à elle des conditions météorologiques et n'est pas pilotable (hormis la mise hors tension externe).

L'AES précise également en page 61 :

Plus une installation de production est flexible, c'est-à-dire plus elle peut adapter rapidement sa production à la demande, plus elle pourra suivre une courbe de charge. Outre son temps de réponse, la flexibilité d'une centrale se mesure également à sa rapidité de modification de la puissance fournie (également appelée gradient de puissance). Une turbine à gaz ou une centrale à accumulation, par exemple, sont des technologies de production non seulement pilotables, mais

également très flexibles, présentant un gradient élevé. (…) Une technologie de production pilotable et flexible peut contribuer activement à la stabilisation du réseau.

Preuve :

Annexe 3 : AES, Rapport global sur les scénarios pour l'approvisionnement électrique du futur, Extrait (pp. 1, 61)

2.5. Axpo

L'AXPO commente abondamment la production d'énergie éolienne sur son site internet (https://www.axpo.com/ch/de/ueber-uns/magazin.detail.html/magazin/erneuerbare-energien/stromnetz-und-erneuerbare-energien.html, consulté le 27 avril 2021) :

Etant donné que les installations d'énergie solaire et d'énergie éolienne - contrairement aux centrales nucléaires encore en service aujourd'hui - ne produisent pas du courant en continu (« énergie en ruban »), il peut arriver que la demande en électricité ne puisse pas être entièrement couverte. Afin d'éviter ces situations critiques, les gestionnaires doivent prévoir une réserve d'énergie suffisante. La quantité de réserve disponible est une importante variable afin d'assurer une exploitation sûre du réseau.

Weil Solarenergie und Windkraft im Gegensatz zu den heute noch in Betrieb stehenden Kernkraftwerken keinen kontinuierlichen Bandstrom liefern, könnten Situationen entstehen, bei denen der Strombedarf nicht voll gedeckt werden kann. Um solch kritische Situationen zu vermeiden, müssen die Netzbetreiber ausreichend Reserveenergie bereitstellen. Die Menge der verfügbaren Reserve sei deshalb eine wichtige Kerngrösse für den sicheren Netzbetrieb.

L'AXPO fonde ses déclarations sur une étude financée par le Fonds national suisse réalisée par des chercheurs de l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich et l'Université de Bâle portant sur les « infrastructures énergétiques du futur ». Selon cette étude, l'énergie solaire présente un potentiel plus élevé que l'énergie éolienne.

Selon cette même étude, la Suisse devrait se concentrer sur l'énergie solaire, cette dernière étant plus facilement disponible, prévisible et plus rentable que l'énergie éolienne.

Preuve :

Annexe 4 : Communiqué Axpo 06.12.2019, consulté sur le site internet le 27.04.2021

2.6. Commission fédérale pour la protection de la nature et du paysage

Dans la prise de position du 17 mars 2017 sur la consultation relative à la révision de l'ordonnance sur l'énergie, la CFNP a fait les commentaires suivants (p. 3):

Les éoliennes fournissent également une énergie stochastique qui dépend des événements météorologiques, et ne produisent donc pas de manière flexible ni en fonction du marché.

Windenergieanlagen liefern zudem stochastische Energie, die vom meteorologischen Geschehen abhängig ist, und produzieren deshalb weder zeitlich flexibel noch marktorientiert.

2.7. VGB PowerTech

L'article rédigé par Thomas Linnemann et Guido S. Vallana dans le journal du VGB PowerTEch 10/2018 va également dans le sens des éléments invoqués précédemment. VGB PowerTech e.V. est une association internationale d'entreprises du secteur de la fourniture d'électricité et de chaleur. Son siège est situé à Essen en Allemagne. Les auteurs affirment dans cet article (pp. 68 s.) :

La propriété physique essentielle de l'énergie éolienne est sa forte variation spatio-temporelle due aux fluctuations de la vitesse du vent.

Par conséquent, la production cumulée des (...) éoliennes est très volatile, caractérisée par un large spectre de puissance.

Die wesentliche physikalische Eigenschaft des Windenergie ist ihre starke raumzeitliche Variation aufgrund der Fluktuationen der Windgeschwindigkeit.

Im Ergebnis ist die aufsummierte Leistung der (…) Windenergieanlagen hoch volatil, gekennzeichnet durch ein breites Leistungsspektrum.

Les deux auteurs affirment qu'il n'est pas possible de se passer d'une centrale électrique de secours. Au contraire, cette dernière est indispensable.

L'énergie éolienne ne contribue donc pratiquement pas à la sécurité d'approvisionnement et nécessite des systèmes de secours planifiables selon l'état actuel de la technique de près de 100% de la puissance nominale du « parc éolien européen » (...).

L'énergie éolienne ne pourra jamais fournir de l'énergie électrique fiable (sécurisée) 24 heures sur 24 qu'en association avec des systèmes de secours planifiables, contrôlables et donc adaptés à la demande, comme l'ont montré les évaluations réalisées en Allemagne de 2010 à 2016 (...).

Une alimentation de secours planifiable est nécessaire pour maintenir en permanence un équilibre stable entre, d'une part, l'alimentation du réseau électrique par les éoliennes, qui fluctue fortement au fil du temps, en association avec d'autres centrales électriques et, d'autre part, la demande d'énergie électrique par les consommateurs à partir du réseau électrique (régulation de fréquence).

Windenergie trägt damit praktisch nicht zur Versorgungssicherheit bei und erfordert planbare Backup-Systeme nach heutigem Stand der Technik von fast 100% der Nennleistung des «europäischen Windparks» (…)

Windenergie könne immer nur ergänzend im Verbund mit planbaren, steuerbar und somit bedarfsgerecht regelfähigen Backup-Systemen zuverlässig (gesichert) rund um die Uhr elektrische Energie liefern, wie Auswertungen in Deutschland von 2010 bis 2016 (…) gezeigt haben.

Planbare Backup-Leistung wird benötigt, um die zeitlich stark schwankenden Leistungseinspeisungen aus Windenergieanlagen im Verbund mit anderen Kraftwerken ins Stromnetz und den Abruf elektrischer Leistung durch Verbraucher aus dem Stromnetz permanent in einem stabilen Gleichgewicht zu halten (Frequenzregelung).

Preuve :

Annexe 5 : VGB PowerTech 10/2018 (pp. 68 s.)

2.8. WindNode

En Allemagne également, le WindNODE-Projektmanagement (c/o 50Hertz Transmission GmbH, Berlin) a sorti avec le soutien du Ministère fédéral des affaires économiques et de l'énergie allemand une étude dans le cadre d'un programme de recherche (programme SINTEG "Showcase Intelligent Energy - Digital Agenda for the Energy Turnaround). Il relève que (p. 11) :

La production d'électricité à partir d'énergie renouvelable, en particulier celle des centrales éoliennes et photovoltaïques (PV), est dite fluctuante ou variable, car elle dépend fortement des conditions météorologiques.

La littérature a déterminé trois facteurs influençant la variabilité des énergies renouvelables :

(1) La variabilité au sens strict, due à la dépendance de la production aux conditions météorologiques,

(2) L'incertitude, au cours de la période de planification, sur le montant exact du rachat jusqu'au moment de la réalisation, et

(3) La localisation du potentiel technique des énergies renouvelables, qui n'est pas nécessairement liée à la répartition spatiale de la demande d'électricité.

Die EE-Stromerzeugung, insbesondere aus Windenergie- und Photovoltaikanlagen (PV), wird als fluktuierend bzw. variabel bezeichnet, da diese massgeblich von den Wetterbedingungen abhängig ist.

In der Literatur werden drei Einflussfaktoren für die Variabilität von EE anerkannt:

(1) Variabilität im engeren Sinne, bedingt durch die Abhängigkeit der Erzeugung von den Wetterbedingungen,

(2) Unsicherheit im Planungszeitraum über die genaue Höhe der Einspeisung bis zum Zeitpunkt der Realisation und

(3) Lokalität des technischen Potenzials von EE, das nicht zwingend an die räumliche Verteilung der Stromnachfrage gekoppelt ist.

Preuve :

Annexe 6 : Rapport WindNODE (pp. 1 / 11)

2.9. Service métérologique allemand

Le service météorologique allemand affirme au sujet de l'énergie éolienne sur son site internet (https://www.dwd.de/DE/forschung/wettervorhersage/num_modellierung/07_wettervorhersage_erneuerbare_energien/vorhersage_erneuerbare_energien_node.html, consulté le 27 avril 2021) :

La production d'électricité à partir de l'énergie éolienne et photovoltaïque dépend fortement des conditions météorologiques. Des prévisions météorologiques fiables pour le contrôle des réseaux électriques sont donc indispensables et deviendront de plus en plus importantes à l'avenir avec l'expansion prévue des énergies renouvelables. L'adaptation des prévisions météorologiques aux besoins de l'industrie énergétique est donc nécessaire et pose de nouveaux défis à la météorologie.

Die Stromerzeugung aus Windkraft und Photovoltaik ist stark wetterabhängig. Zuverlässige meteorologische Vorhersagen für die Steuerung der Stromnetze sind daher unverzichtbar und werden mit dem geplanten weiteren Ausbau der erneuerbaren Energien zukünftig immer wichtiger. Die Anpassung der Wettervorhersage an die Bedürfnisse der Energiewirtschaft ist daher erforderlich und stellt neue Herausforderungen an die Meteorologie dar.

Preuve :

Annexe 7 : Service météorologique allemand, site internet consulté le 27.04.2021

2.10. Pas de contribution significative à la sécurité de l'approvisionnement

L'affirmation selon laquelle l'énergie éolienne peut contribuer à la sécurité de l'approvisionnement est également erronée.

Si la production d'électricité par les éoliennes couvre la demande en énergie au cours d'une journée ou au cours des saisons, cette corrélation ne peut être imputée qu'au plus pure des hasards et non à une quelconque planification - l'électricité devant être produite au moment où elle est consommée.

Dans le cas d'une source de production d'électricité « flexible et s'adaptant aux besoins du marché », il est indispensable de pouvoir à tout moment contrôler la puissance. Les grandes centrales éoliennes sont donc toujours et dans tous les cas dépendantes de centrales de secours et ne sont jamais considérées comme flexibles (cf. déjà ci-dessus, par exemple les déclarations de VGB PowerTech).

L'énergie éolienne n'est pas flexible, mais le réseau doit réagir de manière flexible à l'énergie éolienne. Lorsque la demande est faible ou inexistante, les centrales de pompages-turbinage doivent servir à absorber et à stocker l'excédent de production d'énergie éolienne. A l'inverse, en Suisse et en Europe, il existe des périodes d'accalmie et durant lesquelles faute de vents, les éoliennes sont à l'arrêt. Durant ces périodes, d'autres centrales de production doivent être disponibles (back-up jusqu'à 100%) pour couvrir la demande. Force dès lors de constater que la production d'électricité éolienne ne peut apporter une contribution significative à la sécurité de l'approvisionnement, que ce soit en hiver ou en été, même si la majorité de la production éolienne se fait en hiver.

Les éoliennes n'apportent pas une contribution « essentielle » à la sécurité d'approvisionnement. Les synomymes d'« essentiel » sont « significatif », « substantiel» ou « existentiel ».

Les éoliennes ne peuvent contribuer à la sécurité d'approvisionnement que dans une perspective de l'ordre de quelques semaines et mois. La production de 5 GWh par turbine (éventuellement jusqu'à 6 GWh) est toutefois modeste, étant donné que la Suisse consomme au total 230 000 GWh d'énergie par an, dont 57 000 GWh d'électricité (2019). Un parc éolien de 6 turbines ne pourrait donc couvrir que 0,05% de la consommation d'électricité et 0,013% de la demande d'énergie suisse. Cela signifie que même un parc éolien de 6 turbines ne peut pratiquement pas contribuer à la sécurité d'approvisionnement du pays, ce qui est le critère pour déterminer s'il y a un intérêt national à réaliser un projet (art. 12 al. 3 LEne).

La Suisse consomme moyennement 5'000 MW de nuit à 8'000 en journée. Une éolienne qui produit en principe environ 3 MW (de manière rappelons-le totalement imprévisible!) peut donc couvrir au maximum 0,04% à 0,06% de la demande quotidienne en énergie suisse. Au mieux, un parc éolien composé de six turbines de ce type fournirait 0,24% à 0,36% de la demande quotidienne d'électricité en Suisse. Dans le meilleur des cas, seul un parc éolien de 18 turbines pourrait couvrir 0,6% à 1% de la demande quotidienne d'électricité en Suisse, à condition que le vent souffle et que le parc fonctionne donc à pleine charge (10% du temps).

2.11. Production éléctrique hivernale

La production des éoliennes (art. 12 al. 5 LEne, première phrase) est en effet plus importante en hiver qu'en été. Selon le tableau ci-dessous, les éoliennes produisent environ 57% à 58% de leur production annuelle entre octobre et mars.

Année	Oct. - Déc.	Jan. - Mars	Hiver GWh	**Hiver%**	Avril-Juini	Juillet-Sept.	Ete GWh	**Ete %**	Total GWh
2009/10	1.2	1.2	2.4	**45.3**	1.5	1.4	2.9	**54.7**	5.3
2010/11	8.9	12	20.9	**54.7**	7.9	9.4	17.3	**45.3**	38.2
2011/12	15.1	11.4	26.5	**56.1**	10.5	10.2	20.7	**43.9**	47.2
2012/13	15	11.4	26.4	**54.7**	11.9	10	21.9	**45.3**	48.3
2013/14	17.6	16	33.6	**59.6**	12.6	10.2	22.8	**40.4**	56.4
2014/15	13.9	16.9	30.8	**53.7**	13.9	12.7	26.6	**46.3**	57.4
2015/16	19.2	27.7	46.9	**63.9**	15.6	10.9	26.5	**36.1**	73.4
2016/17	19.7	22.7	42.4	**56.2**	15.8	17.2	33	**43.8**	75.4
2017/18	26.2	24.1	50.3	**62.2**	15.2	15.4	30.6	**37.8**	80.9
2018/19	29.5	37.3	66.8	**61.7**	22	19.5	41.5	**38.3**	108.3
Total	166.3	180.7	347	**568.1**	126.9	116.9	243.8	**431.9**	590.8

Moyenne	16.6	18.1	34.7	**56.8**	12.7	11.7	24.4	**43.2**	59.1

Source : Rapports quadrimestriels de pronovo

Comme indiqué, l'énergie éolienne ne peut cependant pas être produite de manière flexible. Elle ne peut donc contribuer à la sécurité d'approvisionnement en hiver que dans une très moindre mesure.

2.12. Connaissances

Les deux affirmations, selon lesquelles la production d'énergie éolienne est flexible et permet de produire en fonction des besoins du marché, sont erronées.

La production d'électricité par les éoliennes dépend des conditions météorologiques. La production d'énergie ne peut être contrôlée et il est donc difficile, voire impossible, de la planifier. Elle est très variable et soumise aux conditions météorologiques. Si le vent ne souffle pas, la production d'énergie est arrêtée. Si le vent souffle trop fort, les turbines doivent être arrêtées. La flexibilité fait défaut, car la puissance fournie ne peut être modifiée.

Les éoliennes ne produisent donc, ni de manière flexible dans le temps, ni de manière orienter en fonction des besoins du marché (voir également ci-dessous, consultation de la CFNP au sujet e la procédure de consultation sur le projet d'OEne).

Étant donné que la production d'énergie éolienne ne peut ni être contrôlée et n'est pas flexible, celle-ci ne peut pas contribuer activement à la stabilisation du réseau.

La régulation du réseau avec chargement et déchargement n'est pas possible. La seule régulation possible consiste à arrêter les centrales ; en dehors de l'arrêt externe, les centrales éoliennes ne peuvent pas être contrôlées. Les centrales au fil de l'eau peuvent très bien avoir des composants qui détruisent l'électricité (chauffages, maintenant obsolètes). Sinon, seules les centrales de pompage-turbinage ou les très gros consommateurs (par exemple la chimie bâloise) peuvent soulager le réseau, mais en aucun cas l'énergie éolienne. Il n'existe aucune centrale éolienne connue dans le monde dont l'un des composants consomme des quantités importantes d'électricité.

En outre, on ne trouve nulle part dans les passages de l'ARE ou du DETEC mentionnés par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Sainte-Croix (consid. 8.4.3) une affirmation selon laquelle l'énergie éolienne est flexible ou peut contribuer à la charge du réseau ou à son délestage. Les passages cités ne sont pas capables de confirmer les affirmations du Tribunal fédéral.

Les déclarations du considérant 8.4.3. auxquelles il est fait référence ne correspondent donc pas aux lois de la physique.

Le Tribunal fédéral est invité à tenir compte des faits mentionnés ci-dessus dans ses futures décisions afin que ces dernières soient prises sur des fondements techniques et scientifiques correctes.

3. 20 GWh/a comme seuil d'intérêt national

3.1. Contrôle concret des normes

Les recourants font valoir que l'article 9 al. 2 OEne contredit une norme juridique de droit supérieur que constitue l'art. 12 al. 4 et 5 LEne et est ainsi contraire au droit fédéral.

Dans le présent recours, le Tribunal fédéral examine si une ordonnance est conforme au droit fédéral (question préjudicielle, respectivement contrôle concret des normes ; art. 95 let. a LTF; ATF 143 II 87 consid. 4.4 p. 92 avec références). Dans le cas d'ordonnances fondées sur une délégation légale, le contrôle du Tribunal fédéral porte essentiellement sur la légalité. Dès lors qu'il est établi que le Conseil fédéral s'est conformé aux pouvoirs législatifs qui lui ont été conférés par le législateur, la constitutionnalité de l'ordonnance doit être examinée. Si la délégation est relativement imprécise et donne un large pouvoir d'appréciation au Conseil fédéral, le Tribunal fédéral doit se limiter conformément à l'art. 190 Cst. à examiner si les dispositions sortent du cadre de la délégation des compétences données par le législation ou si elles sont contraires à la loi ou la Constitution (ATF 143 II 87 consid. 4.4 p. 92; 141 II 169 consid. 3.4 pp. 172 s.; 139 II 460 consid. 2.3).

3.2. Jurisprudence concernant l'intérêt (national) des centrales électriques

L'art. 9 al. 2 OEne définit l'importance de l'intérêt national. Toutes les installations ne peuvent prétendre au statut d'intérêt national comme le montre le raisonnement a contrario de la disposition précitée.

La question est de savoir quelle doit être l'importance de la puissance pour atteindre l'intérêt requis ou si la valeur fixée 20 GWh est correcte.

Le Tribunal fédéral a déjà eu à se prononcer dans plusieurs affaires sur l'intérêt national existant des centrales électriques.

Dans un arrêt de 1983 concernant une centrale hydroélectrique, il a confirmé que l'augmentation de la production de 80 GWh par an revêtait un intérêt public prépondérant dans l'amélioration de l'approvisionnement énergétique régional. Dans la pesée des intérêts concrète, l'intérêt prépondérant pour la conservation du paysage unique de l'Aar (ATF 109 Ib 214 consid. 6b et 7 du 6 décembre 1983 i. S. Wasserkraftwerke Wynau/ Schwarzhäusern) s'est toutefois opposé à la centrale électrique.

Par ailleurs, en 2003, le Tribunal fédéral a statué que la puissance d'une centrale hydroélectrique ou sa capacité de production d'électricité d'environ 3,5 millions de kWh par an ne revêtait « clairement » pas un intérêt national (arrêt 1A.151/2002 du 22 janvier 2003, consid. 4.3 i. S. Wasserkraftwerk Giessbach ; voir également : TSCHANNEN/ MÖSCHING, loc. cit., p. 26).

Dans un autre litige en 2012, la production de 6,6 GWh a été jugée insuffisante pour justifier un intérêt national (arrêt 1C_464/2012 du 19 novembre 2012, consid. 2.3, dans l'affaire de concession pour l'utilisation des eaux de la Verzasca).

Par ailleurs, en 2014, le Tribunal fédéral avait statué dans l'affaire KWOG Kraftwerke Obergoms AG que la production d'électricité de la centrale prévue s'élevait à 30,9 GWh par année civile selon les documents de la société nationale pour l'exploitation du réseau, ce qui, avec une consommation moyenne suisse par habitant de 7 376 kWh (base : année 2012), permettrait de couvrir les besoins de quelque 4 200 personnes. La contribution à la production d'énergie indigène était donc [citation] « plutôt faible ». Le Tribunal fédéral a également renvoyé à l'arrêt 1A.151/2002 du 22 janvier 2003 dans l'affaire Wasserkraftwerk Giessbach (ATF 140 II 262 du 2 avril 2014, consid. 8.4.1).

Dans un autre arrêt de 2017, une concession de droit d'eau devait être accordée pour une centrale au fil de l'eau d'une puissance installée de 1,7 MW. La production annuelle moyenne d'électricité a été estimée à 5 GWh. Le Tribunal fédéral a jugé que compte tenu de la faible contribution à la production d'énergie dans toute la Suisse, le projet ne présente pas d'intérêt national (arrêt 1C_357/2015 du 1er février 2017, consid. 4.2.5., dans l'affaire KW Breithorn-Fafleralp AG, Projekt am Inneren ('Innren') Talbach).

3.3. Travaux préparatoires de l'art. 12 LEne - débats parlementaires

Lors des débats parlementaires, le Conseil fédéral, en particulier la ministre de l'énergie, Mme Leuthard, a déclaré qu'il était question « des grandes installations » (BO 2014 N 2054).

Le Conseiller aux Etats Werner Hösli a déclaré que la nouvelle ordonnance ne devait pas servir à réaliser tous les parcs éoliens ou à ériger toutes les éoliennes ; il fallait qu'il y ait clairement un intérêt national. Et tel n'est pas le cas pour tous les projets (BO 2016 N 273).

Cette opinion a été partagée au sein du Conseil national. Le conseiller national Christian Wasserfallen a évoqué dans les discussions le plus grand parc éolien du canton de Berne, le Mont Crosin, qui comprend 16 éoliennes. Ce sont « les ordres de grandeur dont nous parlons ici » (BO 2016 N 1235). Les déclarations du conseiller national Wasserfallen n'ont pas été contestées.

3.4. Procédure de consultation relative à l'ordonnance sur l'énergie

3.4.1. Texte de l'Ordonnance sur l'énergie

Début 2017, le Conseil fédéral a mené une procédure de consultation relative à la révision de l'Ordonnance sur l'énergie, notamment sur la valeur seuil (consultable sur le site Internet de la Confédération : www.admin.ch/ch/f/gg/pc/ind2017.html#UVEK consulté le 27 avril 2021).

> Le projet d'article 9 OEne de l'époque disposait ce qui suit :
>
> Art. 9 Eoliennes présentant un intérêt national
>
> 1 S'agissant de la détermination de l'intérêt national d'une éolienne, plusieurs installations peuvent être prises en compte ensemble si elles sont disposées à proximité les unes des autres sur un site commun (parc éolien).
>
> 2 Les nouvelles éoliennes et les nouveaux parcs éoliens revêtent un intérêt national si elles ou ils présentent une production annuelle moyenne attendue d'au moins 10 GWh.
>
> 3 Les éoliennes et les parcs éoliens existants revêtent un intérêt national si leur agrandissement ou leur rénovation permet d'atteindre une production moyenne attendue d'au moins 10 GWh par an.

3.4.2. Procédure de consultation du DETEC

Les résultats de la procédure de consultation sur le projet d'article 9 OEne ont été variées. Le rapport de novembre 2017 (Rapport sur les résultats de la procédure de consultation concernant la mise en œuvre du premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050 : modifications à l'échelon de l'ordonnance) indique que certaines prises de position ont demandé un abaissement de la valeur seuil (principalement la branche de l'énergie éolienne et quelques cantons) et que de nombreux acteurs (certains cantons, associations environnementales) réclament une valeur seuil plus élevée, mais selon des modalités très disparates, allant de « plus élevée » sans préciser le niveau à « 600 GWh/an » : CFNP, CFMH, FL, Station ornithologique suisse, EPFL et Académies suisses des sciences demandent des valeurs seuils comprises entre 100 GWh/an et 600 GWh/an. D'autres participants ont demandé, entre autres, que le potentiel éolien d'un emplacement soit introduit comme critère de reconnaissance de son intérêt national ou que le statut d'intérêt national ne soit attribué qu'à des parcs éoliens comptant plusieurs éoliennes et non pas à des installations isolées (rapport, p. 20).

3.4.3. Commission fédérale pour la protection de la nature et du paysage (CFNP)

La Commission fédérale pour la protection de la nature et du paysage (CFNP), en particulier, a clairement exprimé son opposition dans sa prise de position du 17 mars 2017 (disponible sur le site Internet ci-dessus). Elle a estimé que les valeurs seuils proposées dans le projet d'ordonnance étaient nettement trop basses et a fermement rejeté les dispositions relatives à la détermination de l'intérêt national, car cela porterait atteinte au niveau de protection des inventaires fédéraux en vertu de l'art. 5 LPN.

Elle a expliqué qu'une centrale hydroélectrique d'une production possible de 20 GWh/a (selon le projet de l'art. 8 OEne), à laquelle un intérêt national devrait être attribué, est une petite centrale hydroélectrique, généralement située sur un torrent de montagne d'une vallée latérale alpine. Le fait d'affecter un intérêt national pour l'utilisation de ces eaux dans les objets de l'IFP est discutable et ne favorise pas la réalisation des objectifs de la stratégie énergétique 2050. Les dispositions prévues visent en fait à élever la production d'électricité à partir des cours d'eau de montagne au niveau de l'intérêt national. La Commission « est fermement convaincue que les seuils applicables aux centrales électriques devraient être fixés à un niveau nettement supérieur à celui prévu dans le projet d'ordonnance » (pp. 2 ss).

En ce qui concerne l'*énergie éolienne*, la CFNP a noté qu'une valeur seuil de 10 GWh (selon le projet d'article 9 OEne) de production annuelle attendue pour les éoliennes correspond à 0,15 pour mille de la production totale d'électricité en Suisse en 2015, ce qui est une valeur négligeablement faible. Les éoliennes fournissent également de l'énergie stochastique, qui dépend des événements météorologiques, et ne produisent donc pas de manière flexible dans le temps ou en fonction des besoins du marché

Selon le commentaire de l'art. 9 du projet d'OEne, la valeur seuil est calculée sur la base d'une contribution substantielle théorique nécessaire à la réalisation de l'objectif d'augmentation de la production fixée. La valeur seuil ne repose pas sur l'importance ancrée dans la loi d'une installation pour la production. Les bas seuils fixés porteraient atteinte aux objectifs de la LPN [citation] « dans une mesure probablement frivole ». La CFNP a calculé une valeur seuil de 215 GWh/a et a expliqué qu'un parc éolien dont la production attendue est de 215 GWh/a comprend environ 30 à 35 éoliennes d'une puissance installée de 3000 kW par éolienne. L'espace nécessaire s'élève à environ

10 km2, ce qui est sans aucun doute considérable. Du point de vue de la CFNP, il serait réaliste d'assigner un intérêt national à un tel projet (pp. 4 s.).

La CFNP a conclu en faisant remarquer que les seuils d'attribution d'un intérêt national étaient si bas pour les centrales hydroélectriques et les éoliennes que le concept d'intérêt national devient complètement absurde. L'introduction de seuils aussi bas saperait complètement le niveau de protection des inventaires fédéraux au sens de l'art. 5 LPN et serait donc en contradiction flagrante avec les objectifs et principes énoncés par le Conseil fédéral dans son message de 2013 sur la relation entre la Stratégie énergétique 2050 et la protection de la nature et du paysage. Cette approche ne répond pas aux exigences d'un processus législatif sérieux et transparent et est inacceptable. Elle a demandé que l'art. 8 (installations hydroélectriques) et l'art. 9 (éoliennes) soient complètement révisés en ce qui concerne les valeurs seuils pour un intérêt national (p. 5).

La CFPN a également cité la jurisprudence concernant l'extraction de roches dures dans sa prise de position relative au projet d'OEne. Le Tribunal fédéral a repris cette argumentation dans son arrêt relatif au parc éolien de Sainte-Croix (Arrêt 1C_657/2018 et 1C_658/2018 consid. 8.4.3.). La CFPN avait dans sa prise de position indiqué (pp. 4/5 ; trad.) :

« Si l'on fixait la valeur seuil pour la production d'énergie éolienne par analogie avec l'extraction de roches dures, il faudrait se baser sur un objectif ou une demande d'expansion de 4'300 GWh par an. 5% de ce chiffre donnerait une valeur seuil de 215 GWh/a. 215 GWh/a correspondent à 3,25 pour mille de la production d'électricité du pays en 2015, c'est-à-dire un nombre insignifiant par rapport à la production totale d'électricité. Cependant, un parc éolien dont l'espérance de production est de 215 GWh/a se compose d'environ 30 à 35 turbines avec une capacité installée de 3000 kW par turbine. L'espace nécessaire, d'environ 10 km2, est sans aucun doute considérable. Du point de vue de la Commission, il serait réaliste d'accorder à un tel projet un intérêt national. Le projet de l'OEne, en revanche, prévoit à son art. 9 al. 2 qu'un ensemble de 3 éoliennes d'une puissance installée de 3000 kW chacune à un emplacement favorable au vent présente déjà un intérêt national ».

«Würde man auch für die Windenergieproduktion den Schwellenwert in Analogie zur Hartgesteinsversorgung festlegen, dann müsste sich der Wert am Ausbauziel bzw. am Bedarf von jährlich 4300 GWh Windenergie orientieren. 5 % davon ergäben einen Schwellenwert von 215 GWh/a. 215 GWh/a entsprechen 3.25 Promille der Landesstromerzeugung 2015, sind also gemessen an der Gesamtstromerzeugung noch immer unbedeutend. Ein Windpark mit einer Produktionserwartung von 215 GWh/a besteht jedoch aus ca. 30 bis 35 Turbinen mit einer installierten Leistung von 3000 kW je Turbine. Der Raumbedarf beträgt etwa 10 km2 und ist zweifelsohne erheblich. Aus Sicht der Kommission wäre es realistisch, einem solchen Vorhaben ein nationales Interesse zuzuerkennen. Der Entwurf der EnV sieht in Art. 9 Abs. 2 hingegen faktisch vor, dass bereits ein Ensemble von 3 Windturbinen mit einer installierten Leistung von je 3000 kW an einem windgünstigen Standort ein nationales Interesse erreicht.»

Il convient de souligner que la CFPN s'est prononcée sur une valeur de 10 GWh/a conformément au projet d'OEne de l'époque. Avec la valeur actuelle de 20 GWh/a, il faudrait construire deux fois plus de turbines.

3.4.4. Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement DTAP

Dans sa prise de position du 10 mars 2017, la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) s'est également montrée critique face au projet. Elle craignait que la formulation unilatérale de l'art. 9 OEne ne mine davantage les préoccupations en matière de protection de la LPN. L'art. 9 OEne se fonde selon

elle uniquement sur les paramètres de production pour évaluer l'intérêt national. La DTAP a donc proposé que le potentiel éolien d'une région d'implantation serve de critère supplémentaire et a demandé que l'art. 9 OEne soit réexaminé et précisé sous ces aspects.

3.4.5. Arnold Marti

Dans un commentaire sur l'arrêt KW Breithorn-Fafleralp AG (voir ch. marg. 42 ci-dessus ; arrêt 1C_357/2015 du 1er février 2017) et en référence à la prise de position de la CFNP mentionnée ci-dessus, Arnold Marti a également critiqué l'OEne. Selon lui, l'arrêt du TF montre que les craintes que des paysages d'importance nationale dignes de protection puissent également être endommagés par des installations énergétiques à petite échelle du fait de la révision de la LEne sont justifiées. Le cri d'alerte de la CFNP « devrait être pris très au sérieux ». A. Marti a remis en question la nécessité de l'art. 12 LEne dans la mesure où les intérêts paysagers n'auraient empêché des projets que dans de rares cas. Selon lui, les possibilités de concrétisation existantes ne devraient pas être exploitées au maximum lors de la mise en œuvre de l'art. 12 LEne (autrement dit : dans l'ordonnance). Il faut également considérer qu'un examen accessoire par le Tribunal fédéral est possible et sera éventuellement nécessaire (ARNOLD MARTI, Kommentar zum Urteil 1C_357/2015 vom 1. Februar 2017, in : ZBl 118/2017, no 10, S. 562, 574).

3.5. Valeur seuil concrète de 20 Gwh

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la production de 3,5 GWh (1 GWh = 1 million de kWh) ne revêt « clairement » pas un intérêt national. 5 GWh ou 6,6 GWh sont également considérés comme une « petite contribution » et ne sont pas suffisants (voir aussi TSCHANNEN/ MÖSCHING, Nationale Bedeutung von Aufgaben und Eingriffsinteressen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 NHG, Gutachten im Auftrag des BFE, Bern 2012, p. 26). De même, une production hydroélectrique de 30,9 GWh par année civile n'est pas suffisante ; selon le Tribunal fédéral, il s'agit également d'une « petite contribution » à la production énergétique indigène.

L'installation sur le Mont Crosin comprend 16 éoliennes et a produit en 2020 au total 84'737'283 kWh, soit 88,7 GWh. En Suisse, quelques grandes éoliennes atteignent une production annuelle d'un peu moins de 6.8 GWh (Charrat/VS ; www.wind-data.ch/wka/list.php, consulté le 27 avril 2021). La production annuelle moyenne d'électricité par éolienne est d'environ 5 GWh).

Selon les documents relatifs à la loi sur l'énergie, un parc éolien de « l'ordre de grandeur » de 16 éoliennes et d'une production annuelle de 88,7 GWh peut être considéré d'intérêt national. Le seuil pourrait bien évidemment être inférieur aux valeurs indiquées mais ne peut pas passer en dessous d'un certain seuil, le législateur n'ayant pas voulu que chaque parc éolien se voie considérer comme étant d'intérêt national.

Pour atteindre la valeur de 20 GWh/a, trois grandes centrales éoliennes suffisent. Ils forment un parc éolien (cf. art. 9 al. 1 OEne). Toutefois, cela n'indique pas si ce parc éolien doit être considéré comme étant d'intérêt national.

La valeur fixée de 20 Gwh a pour conséquence que toute combinaison de trois centrales d'intérêt national doit être considérée comme d'intérêt national Cela ne correspond manifestement pas à l'intention du législateur, ni à la jurisprudence de longue date du Tribunal fédéral sur l'intérêt national des installations de production nationale.

Selon le commentaire de l'art. 9 du projet d'OEne, la valeur seuil est calculée sur la base d'une contribution substantielle théorique nécessaire à la réalisation de l'objectif d'augmentation de la production fixé. La valeur seuil fixée n'est donc pas fondée sur l'importance de l'installation comme l'a voulu le législateur dans le cadre de l'adoption de l'art. 12 LEne mais sur une exigence politique. L'objectif d'expansion de l'énergie éolienne fixé par le Conseil fédéral est de 4'300 GWh d'ici 2050 (voir également les arrêts 1C_657/2018 et 1C_658/2018 consid. 8.4.3) La valeur seuil pour les nouvelles installations de 20 MWh/a fixée à l'art. 9 al. 2 OEne correspond à environ 15 % du taux d'expansion annuel moyen. Cela correspond à moins de 5 pour mille de l'objectif d'expansion. Cette valeur n'est justifiée d'aucune manière dans les notes explicatives, mais est décrite ex cathedra comme il se doit. Elle est en contradiction avec les intentions du législateur, comme nous le montrerons ci-dessous (voir également : CFNP dans la consultation sur le projet d'OEne, pp. 4/5).

3.6. Appréciation

Le législateur n'a pas voulu lors de la mise en œuvre de l'art. 12 LEne que chaque installation de production d'éolienne soit considérée comme étant d'importance national. Seules les grandes installations « de l'ordre de grandeur » du parc éolien du Mont Crosin (16 éoliennes) devraient bénéficier de ce statut.

Pour illustrer les effets de la valeur seuil basse de l'art. 9 OEne, on peut consulter les déclarations de la CFNP (ci-dessus) : Dans le cas de l'énergie hydroélectrique, les cours d'eau de montagne se verraient déjà accorder un intérêt national. Si la production d'électricité dans les petits ruisseaux de montagne devait déjà être d'intérêt national, les concepts d'intérêt local et régional seraient supprimés ; il n'y aurait plus guère d'installations d'intérêt « uniquement » local ou régional.

Il en va de même pour les éoliennes : si trois grandes éoliennes doivent déjà être considérées d'importance nationale, le concept d'importance locale ou régionale sera largement dénué de sens et ne s'appliquera qu'aux petites éoliennes. Dès que trois grandes éoliennes se trouvent à proximité les unes des autres, autrement dit dans un parc éolien (art. 9 al. 1 OEne), il existe déjà un intérêt national. Ceci n'est pas défendable au vu de la genèse de l'art. 89 al. 2 Cst. et de l'art. 12 LEne (texte de loi et matériel) ainsi que de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Tant la loi que la jurisprudence imposent des exigences beaucoup plus élevées à l'intérêt national. Dans ce contexte, une installation d'approvisionnement ne peut revendiquer une importance nationale que si sa capacité lui permet d'apporter une contribution significative à la couverture du périmètre concerné (TSCHANNEN/ MÖSCHING, loc. cit., p. 33).

Ceci est cohérent avec l'évaluation d'autres infrastructures. Dans la pratique, elles doivent être indispensables et reposer sur une infrastructure nationale à caractère de réseau ou, dans le cas d'installations plus petites, servir à éviter un vide infrastructurel au sein d'un réseau d'importance nationale donné (voir l'aperçu dans TSCHANNEN/ MÖSCHING, loc. cit., p. 30 ss.).

L'argument du Tribunal fédéral dans l'arrêt Sainte-Croix (consid. 8.4.3) selon lequel une grande partie des projets en Suisse ne seraient pas possibles si le seuil de 20 GWh / an était relevé est d'ailleurs inexact.

Actuellement, 790 éoliennes sont concrètement prévues, 361 sont sur liste d'attente SRI, 430 ont reçu une décision positive SRI (Cockpit Pronovo Q3 2020).

Il existe actuellement une quarantaine de projets connus, en phase de planification ou devant les tribunaux, dont 20 contenant entre 2 et 6 turbines, 10 projets de 6 à 10 turbines et 10 projets de 10 à 20 turbines.

Avec une production annuelle moyenne d'électricité par turbine d'environ 5 GWh et un seuil de 20 GWh/a, environ 85% des projets mentionnés (avec 95% des turbines effectivement prévues) sont considérés comme étant d'intérêt national ! Ce pourcentage élevé montre que le seuil de 20 GWh/a qui a été fixé est clairement trop bas vu que l'intention du législateur n'était précisément pas que chaque parc éolien ou chaque éolienne soient considérés comme étant d'intérêt national (Werner Hösli, Conseil des États, BO 2016 p 273).

Un seuil plus élevé, par exemple de l'ordre de 50 GWh/a (10 turbines), permettrait encore de réaliser 25 % des projets, ce qui correspond toujours à plus de 50 % des turbines prévues. L'argument du Tribunal fédéral selon lequel une grande partie des projets seraient rendus impossibles est ainsi réfuté.

En outre, il ne s'agit pas de rendre les projets impossibles ou possibles. La seule question qui se pose ici est de savoir si les projets présentent un intérêt national, de sorte qu'ils seraient considérés comme d'intérêt national et qu'une pesée des intérêts soit effectuée dans les objets inventoriés conformément à l'art. 5 LPN.

La valeur seuil de 20 GWh de production annuelle de l'art. 9 al. 2 et al. 3 OEne a donc été fixée trop bas. Elle sort du cadre de l'art. 12 LEne.

3.7. Critères fixés à l'article 12 alinéa 5 LEne non repris dans l'article 9 OEne

Le législateur fédéral a chargé le Conseil fédéral de fixer la taille et l'importance requises à partir desquelles les centrales hydroélectriques et éoliennes seraient considérées comme revêtant un intérêt national (cf. art. 12 al. 4 LEne). A cet effet, il doit tenir compte de critères tels que la puissance, la production ou la flexibilité de production dans le temps et en fonction des besoins du marché (art. 12 al. 5 LEne).

Ces critères figurent déjà dans divers arrêts du Tribunal fédéral : « Lors de la pesée des intérêts nécessaire dans chaque cas, il convient de tenir compte de critères tels que la puissance, la production ou la flexibilité de production dans le temps et en fonction des besoins du marché (voir ATF 140 II 262 consid. 8.4.1 p. 281 i.S. Kleinwasserkraftwerk im Obergoms ; et aussi : arrêt du Tribunal fédéral 1C_346/2014 du 26 octobre 2016 consid. 6.3 concernant le parc éolien du Schwyzberg).

Le projet de loi sur l'énergie du Conseil fédéral faisait également référence à ces critères (à l'époque encore l'art. 14 LEne). Dans son message, le Conseil fédéral a indiqué qu'il « définira par voie d'ordonnance la taille et l'importance requises. Il indiquera en chiffres la taille pour laquelle les critères de la puissance et de la quantité produite sont déterminants. Mais les critères qui constituent les autres aspects de l'importance d'une installation (capacité de stockage, couverture de la puissance de pointe, part de production hivernale, etc.) ne sont pas aussi faciles à quantifier. Pour les nouvelles installations, notamment, il faut aussi prendre en compte les besoins de développement du réseau (terrain supplémentaire à construire, coûts des nouvelles lignes » ; Message du 4 septembre 2013 relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique

2050 (Révision du droit de l'énergie) et à l'initiative populaire fédérale « Pour la sortie programmée de l'énergie nucléaire (Initiative ‹ Sortir du nucléaire ›) » (FF 6771 6881 s.).

L'art. 9 OEne fixe comme seul critère la valeur numérique de 20 GWh. Les autres critères prévus par la loi (art. 12 al. 5 LEne, à savoir la puissance, la production ou la flexibilité de production dans le temps et en fonction des besoins du marché) font défaut. La CFNP avait déjà souligné cette lacune et proposé lors de la procédure de consultation sur le projet d'OEne que le potentiel éolien d'une région d'implantation soit inclus comme critère supplémentaire (ci-dessus). L'ajout a été omis.

Dans ce contexte, il convient de conclure que le législateur n'a pas pleinement exécuté le mandat légal en formulant l'art. 9 al. 2 et 3 OEne (uniquement détermination d'une valeur numérique comme critère décisif). Les critères de détermination de l'intérêt national n'ont été que partiellement repris. L'art. 9 OEne contredit donc l'art. 12 LEne.

3.8. Egalité dans la loi

La valeur seuil pour l'énergie éolienne est de 20 GWh. Pour les nouvelles installations hydroélectriques, la valeur de la production moyenne attendue a également été fixée à au moins 20 GWh par an (art. 8 al. 1 let. a OEne). Le vent et l'eau ont été placées sur un pied d'égalité.

Selon l'art. 8 al. 1 Cst., des situations comparables doivent être considérées de la même manière, mais des situations différentes doivent être considérées différemment. Le principe de l'égalité des droits est violé, entre autres, si un acte ne fait pas les distinctions juridiques imposées par les circonstances, en particulier si l'inégalité n'est pas est traitée de manière inégale en fonction de son inégalité. C'est le cas, par exemple, lorsque des distinctions juridiques sont omises en ce qui concerne un fait décisif qui aurait dû être établi sur la base des circonstances (ATF 141 I 153 consid. 5.1 avec références ; pour n'en énoncer qu'un parmi d'autres : RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV, ch. marg. 38).

Il existe des différences évidentes entre les deux types de production, éolien et hydraulique. Ils sont inégaux.

L'hydroélectricité permet d'atteindre des rendements très élevés et une charge de base suffisante. Cela signifie que l'électricité peut être produite en continu (« énergie en ruban »). Elle permet de produire en fonction des besoins du marché et sert donc à stabiliser le réseau.

Il en va différemment des éoliennes : celles- ci ne sont pas compatibles avec la charge de base et ne permettent donc pas la production d'énergie en continu. Les installations dépendent fortement des conditions météorologiques. Elles restent à l'arrêt s'il y a trop ou trop peu de vent. Le rendement d'une éolienne est également nettement inférieur à celui de l'énergie hydroélectrique.

Les éoliennes ne produisent donc pas de manière flexible en fonction des besoins. La stabilisation du réseau ne peut être assurée avec la production d'énergie éolienne, respectivement par les éoliennes.

La valeur pour les deux types de production se rapporte à la production annuelle. La taille et l'importance des installations ou encore les critères selon l'art. 12 al. 5 LEne, tels que la puissance,

la production ou la flexibilité de production dans le temps et en fonction des besoins du marché, diffèrent considérablement en raison des particularités respectives.

On peut donc soutenir que le législateur a violé le principe de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.) en fixant le seuil identique de 20 GWh pour l'énergie hydraulique et l'énergie éolienne : il n'a pas fait de distinctions qui se seraient imposées à lui.

3.9. Conséquences juridiques

L'art. 9 OEne contredit donc l'art. 12 LEne. Le Conseil fédéral n'a pas rempli la mission qui lui avait été confiée de déterminer les critères d'intérêt national pour une éolienne (art. 12 al. 4 et 5 LEne) conformément à la loi. Il faut dans le cadre de la présente procédure tenir compte de l'illégalité des al. 2 et 3 de l'art. 9 OEne. L'acte d'application qui en découle doit être annulé (ATF 132 I 49 consid. 4 avec référence).

4. Conclusion

Les recourants remercient le Tribunal fédéral de bien vouloir tenir compte de ce qui précède lors de la prise de ses prochaines décisions.