

Faculté de droit

- Professeur Florence Guillaume
- Fbg de l'Hôpital 106
- CH-2000 Neuchâtel

Chancellerie d'Etat
Service du Grand Conseil
Attn. M. Christophe Jaccard
Château
Case postale
CH-2001 Neuchâtel

Neuchâtel, le 19 mai 2009

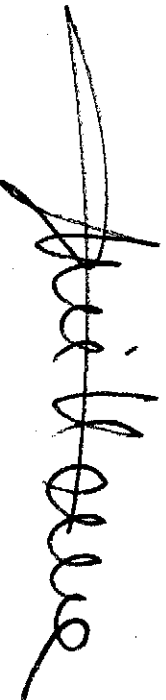
Commission législative 08.175 « Energie éolienne » - Avis de droit

Monsieur,

Vous trouverez en annexe un avis de droit à l'attention de la Commission législative du Grand Conseil concernant le projet de loi 08.175. Comme convenu, j'ai répondu aux questions qui m'ont été soumises uniquement sous l'angle des droits réels, le droit administratif n'entrant pas dans mes domaines de compétence.

Je me tiens bien entendu à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Je vous prie de croire, Monsieur, à l'expression de mes salutations distinguées.



Florence Guillaume
Professeur de droit privé
et de droit international privé

Annexes : ment.

Professeur Florence Guillaume

Faculté de droit
Université de Neuchâtel
Av. du 1^{er} Mars 26
CH-2000 Neuchâtel

Téléphone + 41 (0)32 718 12 32
Fax + 41 (0)32 718 12 01
email florence.guillaume@unine.ch

A l'attention de la
Commission législative du Grand Conseil
de la République et Canton de Neuchâtel
par l'intermédiaire de M. Christophe Jaccard, secrétaire de la Commission

Neuchâtel, le 19 mai 2009

Commission législative 08.175 « Energie éolienne »

Mesdames les Députées, Messieurs les Députés,

Vous avez sollicité mon avis sur le Projet de loi 08.175 déposé le 2 septembre 2008 devant le Grand Conseil de la République et Canton de Neuchâtel par les Députées et Députés verts (ci-après : « **Projet de loi 08.175** » ; Annexe 2). Plus précisément, vous m'avez priée dans votre demande d'avis de droit de répondre à des questions précises relevant du droit civil, et plus particulièrement des droits réels (voir Annexe 1 : Demande d'avis de droit). Je répondrai à ces questions uniquement sous l'angle des droits réels, sur la base du Code civil suisse (ci-après : « **Code civil** », « **CC** »), en m'efforçant d'être aussi concise que possible. Les questions sont reprises telles qu'elles figurent dans la demande d'avis de droit et dans l'ordre dans lequel elles ont été posées. Elles constituent la trame du présent avis.

* * * * *

1. Aux termes de l'art. 667 CC, « la propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous, dans toute la hauteur et la profondeur utiles à son exercice ».

1.1 De manière générale, comment est définie l'extension verticale de la propriété foncière ?

La propriété du sol ou « **propriété foncière** » est la propriété qui a pour objet un immeuble au sens juridique du terme (art. 655 al. 1 CC). Par « **immeuble** », le droit

visé tout ce qui n'est pas un meuble¹, autrement dit non seulement une portion de la surface terrestre (un fonds), mais aussi tout ce qui est étroitement lié au sol, comme par exemple les constructions (bâiments, ponts, etc.) et les plantations (arbres, buissons, fleurs, cultures, etc.). Les immeubles sont en principe soumis au droit privé. Cela implique notamment que le Code civil détermine les conditions à remplir pour acquérir un droit de propriété sur un immeuble. Toutefois, certains immeubles sont dans l'usage commun au sens du droit public et sont par conséquent régis non pas par le Code civil mais par le droit du canton sur lequel ils sont situés.

L'extension verticale de la propriété foncière

Le Code civil définit précisément l'extension horizontale de la propriété foncière en indiquant que la limite horizontale d'un immeuble est déterminée sur la base des démarcations figurant sur le terrain (notamment les bornes) (art. 668 al. 1 CC). La limite horizontale d'un immeuble est reportée au registre foncier sous la forme d'un plan précis qui fait partie des documents du registre foncier (art. 942 al. 2 CC).

En revanche, le Code civil ne donne pas de définition précise de l'extension verticale de la propriété foncière. Il n'est ainsi pas possible de fixer abstraitement le nombre de mètres en hauteur et en profondeur correspondant à la propriété d'un immeuble. Cette donnée ne figure pas non plus au registre foncier, ce qui implique qu'elle n'est pas délimitée une fois pour toutes pour chaque immeuble, comme c'est le cas pour l'extension horizontale de la propriété foncière. Il n'est pas pour autant permis d'en déduire que la propriété foncière est illimitée en hauteur et en profondeur².

L'intérêt du propriétaire foncier à exercer son droit de propriété

L'extension verticale de la propriété foncière doit être déterminée concrètement, pour chaque immeuble, sur la base de l'utilité qu'il procure à son propriétaire (art. 667 al. 1 CC). Elle varie donc, pour un même immeuble, en fonction de l'intérêt actuel et futur que présente l'exercice de son droit de propriété pour le propriétaire de l'immeuble³. L'extension verticale de la propriété doit donc être fixée au cas par cas en prenant en considération l'intérêt du propriétaire de l'immeuble à pouvoir exercer son droit de propriété et à empêcher toute entrave à son exercice par des tiers. L'extension verticale de la propriété cesse au niveau de hauteur et au niveau de profondeur à partir desquels le propriétaire n'a plus d'intérêt à exercer son droit de propriété. Autrement dit, il n'y a pas de propriété privée au-dessus et au-dessous de ce qui est utile au propriétaire foncier⁴.

¹ L'art. 713 CC définit les meubles comme étant « les choses qui peuvent se transporter d'un lieu dans un autre ». Par exemple, sont des meubles une chaise, une table, une lampe, un livre, un bijou, une voiture, etc.

² Contrairement à la solution retenue en droit romain, selon laquelle le propriétaire du sol était propriétaire de tout ce qui figurait au-dessous et au-dessus du sol, plus précisément de toute la surface existant entre l'enfer et les étoiles: « *cujus est solum eius est usque ad sidera, usque ad inferos* ».

³ ATF 132 III 353 (f) ; ATF 122 II 349 (f) ; ATF 119 Ia 390, JdT 1995 I 388.

⁴ ATF 119 Ia 390, JdT 1995 I 388 (389).

Un intérêt digne de protection

Le propriétaire foncier doit prouver qu'il a un intérêt digne de protection d'exercer son droit de propriété dans un espace au-dessus ou au-dessous du sol⁵. Il n'a un tel intérêt que dans la mesure où il peut dominer cet espace et exercer les possibilités d'utilisation qui découlent du droit de propriété (intérêt positif), ou si des agissements de tiers dans cet espace porteraient atteinte à l'utilisation du fonds (intérêt négatif)⁶. L'intérêt du propriétaire ne se limite donc pas à la possibilité de construire ou d'exploiter son fonds, mais consiste aussi à pouvoir s'opposer aux ingérences de tiers dans un espace au-dessus ou au-dessous de la surface du sol lorsqu'elles provoquent des atteintes ou des désagréments⁷. Peu importe la nature de l'intérêt du propriétaire : il peut s'agir d'un intérêt pécuniaire, esthétique, scientifique, etc.⁸. L'intérêt digne de protection doit être estimé de façon objective d'après les circonstances du cas particulier. Il ne faut pas s'en tenir à l'intention du propriétaire actuel du fonds⁹.

Un intérêt actuel ou futur

L'intérêt du propriétaire à exercer son droit de propriété n'a pas besoin d'être actuel : un intérêt futur est suffisant si sa réalisation dans un avenir prévisible paraît vraisemblable d'après le cours ordinaire des choses¹⁰. A cet égard, il convient de tenir compte de la situation et de la nature de l'immeuble, de l'installation envisagée, ainsi que des obstacles de nature technique ou juridique¹¹.

Conclusion intermédiaire

Il n'est pas possible de fixer de manière générale et abstraite l'extension verticale de la propriété foncière. La hauteur et la profondeur jusqu'auxquelles le propriétaire foncier peut exercer son droit de propriété doivent être déterminées de façon objective, en tenant compte des caractéristiques du cas d'espèce et en particulier de l'intérêt actuel et futur du propriétaire foncier à exercer son droit de propriété et à empêcher toute entrave à son exercice par des tiers.

⁵ ATF 132 III 689 (f) ; ATF 122 II 349 (f) ; ATF 93 II 170, JdT 1968 I 229.

⁶ JUSTIN THORENS, L'étendue en profondeur de la propriété foncière, RDS 1970 p. 255-280, spéc. p. 270 ; PETER LIVER, Usque ad sidera, usque ad inferos, in : Mélanges Philippe Meylan, Volume II, Lausanne 1963, p. 169-182, spéc. p. 172.

⁷ ATF 122 II 349 (354) (f).

⁸ PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome II, 3^{ème} éd., Berne 2002, no 1616a, p. 95 ; ROBERT HAAB/ WERNER SCHERRER/ AUGUST SIMONIUS/ DIETER ZOBL, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Art. 641 bis 729, Zurich 1977, ad art. 667, no 5, p. 311.

⁹ THORENS, *op. cit.*, p. 273 ; LIVER, *op. cit.*, p. 171.

¹⁰ ATF 132 III 353 (354) (f) ; ATF 132 III 689 (698) (f) ; HEINZ REY, in : HONSELL/VOGT/GEISER (éd.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art. 457-977 ZGB, 3^{ème} éd., Bâle 2007, ad art. 667, no 7, p. 1051 ; STEINAUER, *op. cit.* (Tome II), p. 95 ; HAAB/ SCHERRER/ SIMONIUS/ ZOBL, *op. cit.*, ad art. 667, no 5, p. 312.

¹¹ ATF 132 III 353 (354) (f) ; ATF 132 III 689 (698) (f) ; REY, *op. cit.*, ad art. 667, no 6, p. 1050 ; HAAB/ SCHERRER/ SIMONIUS/ ZOBL, *op. cit.*, ad art. 667, no 5, p. 312.

1.2 En matière de construction d'éolienne, comment peut-on définir l'extension verticale de la propriété foncière au regard de l'intérêt, digne de protection, que présente l'exercice du droit de propriété ?

Dans le présent avis, le terme « éolienne » vise une installation propre à capter l'énergie du vent et à la transformer en énergie éolienne, conformément aux exigences du Concept d'énergie éolienne établi par l'Office fédéral de l'énergie, l'Office fédéral de l'environnement et l'Office fédéral du développement territorial¹². Une telle installation peut être isolée (une éolienne) ou faire partie d'un parc éolien (au moins trois éoliennes). Les éoliennes concernées sont des installations d'une certaine importance : elles sont constituées d'un mât d'environ 70 mètres de hauteur, d'un rotor d'environ 60 mètres de diamètre (chaque pale du rotor ayant une dimension d'environ 30 mètres) et d'une génératrice permettant de convertir l'énergie éolienne en électricité¹³. La hauteur totale de l'éolienne est donc d'environ 100 mètres. Les éoliennes doivent être solidement attachées au sol au moyen de fondations en béton. Elles ont une durée de vie estimée à une vingtaine d'années.

Comme nous l'avons vu ci-dessus¹⁴, l'extension verticale de la propriété s'étend au-dessus du sol jusqu'à la hauteur où le propriétaire foncier a un intérêt digne de protection à exercer son droit de propriété (ci-après : « **volume aérien du fonds** »). L'intérêt du propriétaire foncier peut être aussi bien un intérêt positif à utiliser son fonds qu'un intérêt négatif à se défendre contre les activités de tiers qui pourraient être préjudiciables à l'utilisation de son fonds¹⁵.

Un intérêt positif à utiliser son fonds

Sous l'angle du droit de propriété, le propriétaire foncier peut installer une éolienne sur son terrain à condition qu'elle entre dans le volume aérien du fonds. Autrement dit, un propriétaire foncier peut construire une éolienne sur son terrain s'il a un intérêt digne de protection. Tel sera le cas chaque fois que l'éolienne lui procure une utilité, comme notamment la production d'électricité pour son propre usage. Nous verrons ci-dessous¹⁶ que la question de l'installation d'une éolienne par une personne sur son terrain ne peut pas être abordée uniquement sous l'angle des droits réels, mais doit également être traitée en relation avec d'autres domaines du droit, en particulier le droit des constructions et le droit de l'aménagement du territoire.

Le propriétaire foncier est propriétaire de tout ce qui est incorporé au sol dans le volume aérien du fonds en vertu du principe de l'accession (art. 667 al. 2 CC). Il s'agit des constructions durablement unies au fonds, en particulier des constructions, plantations et sources. En revanche, le propriétaire foncier n'est pas nécessairement propriétaire des constructions mobilières installées par un tiers dans le volume aérien de son fonds « sans intention de les y établir à demeure » (art. 677 al. 1 CC). Il s'agit

¹² OFFICE FÉDÉRAL DE L'ÉNERGIE (OFEN), OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFFEP) ET OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL (ARE), Concept d'énergie éolienne – Bases pour la localisation de parcs éoliens, août 2004, disponible sur le site de l'OFEN : <http://www.bfe.admin.ch> (Thèmes – Energies renouvelables – Énergie éolienne – Documents). Ce document contient les bases et les critères pour le choix des sites des parcs éoliens. Il est établi à l'attention des cantons, mais n'a pas d'effet contraignant à leur égard.

¹³ OFEN/OFFEP/ARE, *op. cit.*, p. 11-13.

¹⁴ Voir *supra* 1.1.

¹⁵ ATF 132 III 353 (f).

¹⁶ Voir *infra* 1.3.

de constructions légères, en particulier des chalets, boutiques et baraques¹⁷. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la qualification de construction mobilière au sens de l'art. 677 al. 1 CC doit être faite en tenant compte à la fois de l'élément subjectif, soit de l'intention du propriétaire de l'immeuble, et de l'élément objectif, soit de l'intensité du lien qui unit la chose au fonds¹⁸. Une construction qui n'est liée au sol que d'une manière lâche ou qui n'a pas été installée avec l'intention de la lier au fonds de manière durable est une construction mobilière au sens de l'art. 677 al. 1 CC. La personne qui a installé une telle construction sur le fonds d'autrui (par exemple sur la base d'un contrat de location) en reste propriétaire. Les constructions légères ne suivent en effet pas le sort juridique de l'immeuble. Le Tribunal fédéral a par exemple refusé de qualifier de constructions légères un garage préfabriqué difficile à déplacer une fois installé¹⁹ et une cabane de montagne²⁰. Ces deux types de constructions n'étant pas des constructions légères, elles appartiennent au propriétaire du sol conformément au principe de l'accession (art. 667 al. 2 CC).

Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la qualification d'une éolienne. A mon avis, compte tenu de ses dimensions, de son ancrage dans le sol et de la durée de vie de l'installation²¹, une éolienne ne peut pas être qualifiée de construction mobilière au sens de l'art. 677 al. 1 CC. Le propriétaire de l'immeuble sur lequel une éolienne est installée en est donc propriétaire conformément au principe de l'accession (art. 667 al. 2 CC)²².

Un intérêt négatif à se défendre contre les activités de tiers

Le propriétaire foncier peut s'opposer à toute ingérence de tiers dans le volume aérien de son fonds. L'atteinte à son droit de propriété peut provenir d'un objet volant (par exemple un avion, un hélicoptère), d'une plantation (par exemple un arbre, une branche d'arbre), d'une construction (par exemple un avant-toit), d'une installation (par exemple un téléphérique, une ligne à haute tension), etc. Il peut ainsi demander la cessation ou l'interdiction de toute activité préjudiciable à l'utilisation de son fonds ou qui est désagréable pour lui²³.

Un propriétaire foncier peut s'opposer à l'installation d'une éolienne sur un fonds voisin dont les pales entreraient dans le volume aérien de son fonds²⁴. Il peut également se défendre contre toute immission excessive provenant d'une éolienne installée sur le fonds d'un tiers²⁵. Est excessive toute immission qui a un effet dommageable sur le propriétaire foncier atteint ou qui excède les limites de la tolérance que se doivent les voisins (art. 684 CC). S'agissant d'une éolienne, peuvent constituer des immissions excessives notamment le bruit (bruit du

¹⁷ Comme autres exemples de constructions légères, la doctrine cite notamment les ruchers et les halles de fête ou d'exposition temporaire : STEINAUER, *op. cit.* (Tome II), no 1633 s, p. 101 s.

¹⁸ ATF 105 II 264 (266) (f).

¹⁹ ATF 105 II 264 (f).

²⁰ ATF 92 II 227, JdT 1967 I 264.

²¹ Voir *supra* 1.2.

²² On précisera que le propriétaire de l'éolienne peut aussi être un tiers au bénéfice d'un droit de superficie accordé par le propriétaire foncier (art. 779 CC).

²³ ATF 123 II 481, JdT 1998 I 395 ; ATF 122 II 349 (f) ; ATF 104 II 86, JdT 1979 I 233. STEINAUER, *op. cit.* (Tome II), no 1619a, p. 96 s.

²⁴ L'action du propriétaire foncier peut être fondée sur l'art. 641 al. 2 CC. Voir ATF 71 II 83, JdT 1945 I 515.

²⁵ L'action du propriétaire foncier peut être fondée sur l'art. 679 CC.

générateur, bruit lié au frottement des pales dans l'air), les turbulences, les trépidations et la projection d'ombre.

Conclusion intermédiaire

La propriété foncière s'étend au-dessus du sol jusqu'à la hauteur où le propriétaire foncier a un intérêt digne de protection à exercer son droit de propriété. L'intérêt du propriétaire foncier peut être aussi bien un intérêt positif à utiliser son fonds qu'un intérêt négatif à se défendre contre les activités de tiers qui pourraient être préjudiciables à l'utilisation de son fonds. Sous l'angle du droit de propriété, un propriétaire foncier peut installer une éolienne sur son fonds s'il peut justifier d'un intérêt digne de protection. Mais d'autres domaines du droit doivent être pris en considération pour préciser cette affirmation, en particulier le droit des constructions et celui de l'aménagement du territoire. Le propriétaire foncier sur le terrain duquel est installée l'éolienne est propriétaire de celle-ci conformément au principe de l'accession. Les propriétaires fonciers des terrains environnants de celui sur lequel est installée une éolienne peuvent défendre leur propre droit de propriété, non seulement en s'opposant à l'installation d'une éolienne sur un fonds voisin dont les pales entreraient dans le volume aérien de leur propre fonds, mais aussi en s'opposant à toute immission excessive au sens de l'art. 684 CC provenant d'une éolienne.

1.3 Quelles influences, directes ou indirectes, peuvent avoir le droit des constructions et celui de l'aménagement du territoire sur l'extension verticale de la propriété foncière ?

Le droit d'un propriétaire foncier d'installer une éolienne sur son fonds n'est pas absolu, même s'il peut justifier d'un intérêt digne de protection. Il est en effet limité non seulement par des règles de droit privé des constructions, mais également par des règles de droit public.

Une restriction du droit de propriété par le droit privé des constructions

Les cantons peuvent adopter des règles de droit privé des constructions, notamment pour « déterminer les distances que les propriétaires sont tenus d'observer dans [...] les constructions » (art. 686 al. 1 CC)²⁶. Ces règles complètent celles figurant dans le Code civil.

Le propriétaire foncier peut donc installer une éolienne à condition qu'elle entre dans le volume aérien de son fonds et qu'elle soit conforme aux prescriptions du droit cantonal des constructions.

Une restriction du droit de propriété par le droit public

La situation juridique d'un propriétaire foncier n'est pas uniquement régie par les règles de droit privé : elle l'est aussi par les règles de droit public (cantonal et fédéral) sur la police des constructions, sur l'aménagement du territoire et sur la

²⁶ A Neuchâtel : les art. 63, 64 et 65 de la Loi d'introduction du Code civil suisse du 22 mars 1910 (RSN 211.1).

protection de l'environnement²⁷. Ces règles de droit public restreignent l'intérêt digne de protection du propriétaire foncier à exercer son droit de propriété en délimitant l'usage qu'il peut avoir de son fonds²⁸. Le droit de bâtir est ainsi un des éléments à prendre en considération pour fixer l'étendue en hauteur du droit de propriété²⁹ : le droit de propriété s'étend au moins jusqu'à la hauteur constructible (intérêt positif du propriétaire foncier). Mais il n'est pas limité par la hauteur constructible : il s'étend plus haut en fonction de l'intérêt du propriétaire à s'opposer à des agissements de tiers portant atteinte à l'utilisation de son fonds (intérêt négatif du propriétaire foncier). Toutefois, des règles de droit public figurant dans des lois spéciales peuvent restreindre les droits d'un propriétaire foncier, notamment en lui imposant l'obligation de tolérer des perturbations à son droit de propriété³⁰.

Quelle que soit l'extension verticale de la propriété foncière, l'installation d'une éolienne doit être conforme aux règles de droit cantonal et de droit fédéral en matière de construction, d'aménagement du territoire et de protection de l'environnement. Si un propriétaire foncier obtient l'autorisation de construire une éolienne sur son terrain, il faut admettre que l'éolienne s'intègre dans le volume aérien de son fonds.

C'est dans le cadre du droit des constructions que peut s'inscrire une législation cantonale réglementant spécialement la construction et l'exploitation d'éoliennes sur le territoire cantonal. Dans le domaine de l'aménagement du territoire, c'est en principe dans les plans directeurs cantonaux que se trouvent les prescriptions relatives à l'installation d'éoliennes. En particulier, les plans directeurs peuvent définir les sites propices à l'exploitation d'éoliennes. C'est ainsi que le plan directeur du Canton de Neuchâtel retient quatre sites propices à une éventuelle implantation d'un parc éolien³¹.

Conclusion intermédiaire

Le droit des constructions et le droit de l'aménagement du territoire ont une influence directe sur l'extension verticale de la propriété foncière : ils déterminent l'étendue de l'usage qu'un propriétaire foncier peut valablement faire de son fonds. Un propriétaire foncier souhaitant installer une éolienne sur son fonds devra donc se conformer aux règles du droit des constructions et du droit de l'aménagement du territoire. Dans les limites de la législation fédérale, le législateur cantonal peut édicter une législation spécifique à la construction et à l'exploitation d'éoliennes sur

²⁷ En particulier : la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (RS 700) et la Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (RS 814.01), ainsi que leurs ordonnances d'application : à Neuchâtel : la Loi cantonale sur l'aménagement du territoire du 2 octobre 1991 (RSN 701.0), la Loi sur les constructions du 25 mars 1996 (RSN 720.0), le Règlement d'exécution de la loi sur les constructions du 16 octobre 1996 (RSN 720.1), ainsi que les règlements communaux en matière d'aménagement du territoire et des constructions.

²⁸ BLAISE KNAPP, L'urbanisme du sous-sol, Droit de la construction 1987 p. 27-32, spéc. p. 30.
²⁹ ATF 103 II 96, JdT 1979 I 227 (231).

³⁰ De telles atteintes au droit de propriété figurent notamment dans la Loi fédérale sur l'aviation du 21 décembre 1948 (RS 748.0) et la Loi fédérale concernant les installations électriques à faible et à fort courant du 24 juin 1902 (RS 734.0).

³¹ Le Canton de Neuchâtel a prévu de choisir deux sites parmi ces quatre pour implanter un parc éolien (le site du Crêt Meuron et un autre à choisir parmi les trois restants). Voir notamment la Fiche de coordination n° 9-0-04, « Planification cantonale pour l'implantation de deux parcs d'éoliennes en vue de la production d'énergie électrique ». On relèvera que le Tribunal fédéral a estimé que l'intérêt public à la production d'énergie renouvelables, telle que notamment l'énergie éolienne, est plus élevé que celui de la protection complète du paysage jurassien (site du Crêt Meuron) : ATF 132 II 408 (f).

son territoire. Celle-ci peut réglementer en particulier les questions en relation avec les caractéristiques des éoliennes autorisées (notamment la hauteur maximale du mât, la dimension maximale des pales, la puissance maximale de l'installation) et celles en relation avec la définition de zones du territoire cantonal dans lesquelles une éolienne ou un parc éolien peut être installé, ainsi que la procédure à suivre pour l'obtention d'une autorisation de construire et d'exploiter une éolienne.

1.4 Le canton peut-il disposer, en qualité de propriétaire, de la partie de l'espace atmosphérique qui se trouve au-dessus de ce qui est utile à l'exercice de la propriété foncière ?

Le Code civil régit tout bien mobilier ou immobilier qui peut faire l'objet d'un droit de propriété privée. En revanche, il ne définit pas le régime juridique des biens qui sont soustraits à la propriété privée. Sur la base de l'art. 664 CC, les cantons ont la compétence de compléter le Code civil pour définir le régime juridique des immeubles qui sont dans l'usage commun au sens du droit public. Ces immeubles font l'objet d'un droit de propriété publique défini par la législation du canton sur lequel ils sont situés. Il convient donc de vérifier si l'espace atmosphérique qui se trouve au-dessus de l'extension verticale de la propriété foncière (autrement dit au-dessus du volume aérien du fonds) entre dans le champ d'application de l'art. 664 CC. Si tel est le cas, les cantons ont la compétence d'en définir le régime juridique.

L'art. 664 CC fait une distinction entre les « choses sans maître » et les « biens du domaine public ». Le terme « chose sans maître » désigne les immeubles qui sont dans l'usage commun par nature ; le terme « bien du domaine public » désigne les immeubles qui sont dans l'usage commun par affectation³².

Les biens du domaine public

Les biens du domaine public sont des immeubles qui sont dans l'usage commun par affectation. Il s'agit par exemple des routes, des places et des parcs publics. Ces biens sont définis par la législation cantonale.

L'art. 664 al. 1 CC confirme le pouvoir des cantons de légiférer sur le sort des immeubles qui sont dans l'usage commun par affectation³³. Plus précisément, cette disposition permet aux cantons de déterminer les biens du domaine public et de définir le régime juridique qui leur est applicable³⁴. Il appartient en effet aux cantons de fixer les modalités d'affectation et de désaffectation d'un immeuble au domaine public cantonal, et donc de déterminer les biens du domaine public cantonal. Pour ce faire, le canton doit avoir le pouvoir de disposer de l'immeuble, ce qui implique qu'il en soit propriétaire à la suite d'une acquisition relevant du droit privé ou du droit public.

³² REY, *op. cit.*, ad art. 664, no 10 ss, p. 1027 ss ; STEINAUER, *op. cit.* (Tome II), no 1524, p. 41.

³³ STEINAUER, *op. cit.* (Tome II), no 1533a, p. 45, et réf. cités.

³⁴ PIERRE MOOR, *Droit administratif*, volume III, Berne 1992, 6.1.2, p. 255 ss ; YVES BONNARD, *Marchepied et passages publics au bord des lacs vaudois*, thèse Lausanne 1990, p. 15 s. ; RENE MEYER, *Du droit de l'Etat sur le domaine public et des utilisations privatives de ce domaine par les particuliers*, thèse Lausanne 1953, p. 37 ss.

L'art. 664 al. 3 CC précise que la législation cantonale règle « l'exploitation et le commun usage des biens du domaine public ». Il appartient donc au canton de déterminer si un immeuble qui est dans l'usage commun par affectation fait l'objet d'un usage libre et gratuit, d'un usage accru exigeant une autorisation ou d'un usage particulier nécessitant une concession³⁵.

Les choses sans maître

Les choses sans maître au sens de l'art. 664 CC sont des immeubles qui sont dans l'usage commun par nature. Il s'agit par exemple des régions impropres à la culture, des eaux publiques³⁶, des rochers et des glaciers (art. 664 al. 2 CC).

L'art. 664 al. 1 CC offre aux cantons la faculté d'instituer un droit de propriété sur les immeubles sans maître. Cette disposition est précisée par l'art. 664 al. 3 CC selon lequel « la législation cantonale règle l'occupation des choses sans maître ». L'occupation d'une chose sans maître est l'opération permettant d'acquérir la propriété sur une chose qui n'a pas de propriétaire. La question de savoir si un immeuble dans l'usage commun par nature peut être acquis par occupation dépend donc du droit cantonal. Autrement dit, le droit cantonal détermine si un immeuble dans l'usage commun par nature est une chose sans maître susceptible d'appropriation par une personne privée. Si tel est le cas, les conditions précises d'occupation d'un immeuble sans maître prévues par le Code civil sont applicables³⁷. La législation cantonale peut aussi prévoir que la collectivité publique est propriétaire des immeubles qui sont dans l'usage commun par nature³⁸.

Le sous-sol

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que l'art. 664 al. 3 CC s'applique au sous-sol dès le niveau de profondeur à partir duquel le propriétaire n'a plus d'intérêt à exercer son droit de propriété³⁹. La partie du sous-sol située au-dessous de ce qui est utile au propriétaire foncier est en effet dans l'usage commun⁴⁰. Les cantons ont par conséquent la compétence de fixer les conditions d'appropriation de cette partie du sous-sol (en faveur du canton ou d'un personne privée) et de déterminer de quelle manière elle peut être utilisée ou exploitée⁴¹. La législation cantonale peut notamment imposer à celui qui entend faire un usage privatif de la partie du sous-sol dans l'usage commun l'obligation d'obtenir une concession⁴².

L'espace atmosphérique

L'espace situé au-dessus de la hauteur utile à l'exercice de la propriété privée sur un immeuble (ci-après : « **espace atmosphérique** ») est ouvert à l'usage commun de

³⁵ REY, *op. cit.*, no 45 ss, p. 1033 ss ; STEINAUER, *op. cit.* (Tome II), no 1534h, p. 47 ; MEYER, *op. cit.*, p. 79 s.

³⁶ Voir ATF 133 I 149 (f).

³⁷ Voir l'art. 658 CC.

³⁸ Certaines législations cantonales qualifient les immeubles qui sont dans l'usage commun par nature expressément de « choses sans maître » au sens de l'art. 664 CC. A ma connaissance, la législation neuchâteloise ne contient pas une telle règle.

³⁹ ATF 119 Ia 390, JdT 1995 I 388.

⁴⁰ MOOR, *op. cit.*, 6.2.1.4, p. 263 ; KNAPP, *op. cit.*, p. 29 ; THORENS, *op. cit.*, p. 261 ; LIVER, *op. cit.*, p. 171.

⁴¹ ATF 119 Ia 390, JdT 1995 I 388.

⁴² *Ibid.*

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. Contrairement au cas du sous-sol, le Tribunal fédéral n'a pas tranché à ce jour la question de savoir si l'espace atmosphérique peut être qualifié de « chose sans maître » ou de « bien du domaine public » au sens de l'art. 664 al. 1 CC. La doctrine ne traite pas cette question.

A mon avis, l'espace atmosphérique n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 664 CC. Il ne s'agit en effet pas d'un immeuble qui se trouve dans l'usage commun au sens du droit public, ni par nature ni par affectation. Plus précisément, l'espace atmosphérique n'est tout simplement pas un immeuble : il ne s'agit pas d'une portion de la surface terrestre ni d'un élément étroitement attaché au fonds (comme une construction, une plantation ou une source au sens de l'art. 667 al. 2 CC).

Les cantons ne peuvent par conséquent pas définir le régime juridique de l'espace atmosphérique sur la base de l'art. 664 al. 1 CC. En particulier, ils ne peuvent pas le qualifier de « chose sans maître » et ne peuvent pas fixer les conditions de son appropriation, ni par la collectivité publique, ni par une personne privée. Ils n'ont pas non plus la compétence de déterminer la manière dont il peut être utilisé ou exploité. Ils ne peuvent notamment pas soumettre son utilisation ou son exploitation à concession. Cela n'empêche pas que la Confédération ou les cantons peuvent réglementer l'espace atmosphérique si cela est justifié par un intérêt public. Par exemple, la Loi fédérale sur l'aviation⁴³ réglemente l'utilisation de l'espace atmosphérique par les aéronefs.

Conclusion intermédiaire

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. A mon avis, les cantons n'ont aucun droit de propriété sur l'espace atmosphérique situé au-dessus de leur territoire. Il ne s'agit en effet pas d'un immeuble qui se trouve dans l'usage commun au sens du droit public, ni par nature ni par affectation. L'espace atmosphérique n'entre donc pas dans le champ d'application de l'art. 664 CC. Les cantons n'ont par conséquent pas la compétence de légiférer sur l'espace atmosphérique, s'agissant notamment des conditions de son appropriation ainsi que de celles de son utilisation ou de son exploitation. Ils ne peuvent donc pas disposer, en qualité de propriétaires, de l'espace atmosphérique.

2. Dans le volume aérien de l'extension verticale de la propriété foncière se trouve de l'air et souffle le vent.

2.1 Ce vent ou cet air est-il une chose sans maître au sens de l'art. 664 CC ?

Avant de déterminer si l'air ou le vent peut être qualifié de chose sans maître au sens de l'art. 664 CC, il convient de vérifier s'il peut être qualifié de chose au sens juridique du terme. S'il ne peut pas être qualifié de chose, l'art. 664 CC ne peut en effet de toute façon pas s'appliquer.

⁴³ Loi fédérale sur l'aviation du 21 décembre 1948 (RS 748.0).

L'air ou le vent est-il une chose au sens juridique du terme ?

La notion de chose n'est pas définie dans le Code civil. Pourtant, seule une chose au sens juridique du terme peut faire l'objet d'un droit de propriété⁴⁴. Par « chose », il faut entendre « une portion délimitée et impersonnelle de l'univers matériel, qui est susceptible d'une maîtrise humaine »⁴⁵. Seul un objet matériel, délimité, susceptible d'appropriation et impersonnel peut donc être une chose au sens juridique du terme⁴⁶. Il existe deux catégories de choses : les meubles et les immeubles⁴⁷.

L'air ou le vent, tout comme la lumière ou le rayonnement solaire, est ouvert à l'usage commun de tout le monde. Il est à la disposition de tous et ne remplit donc pas les conditions nécessaires pour être qualifié de chose au sens juridique du terme. N'étant pas une chose, l'air ou le vent ne peut pas non plus être en tant que tel un meuble ou un immeuble. Il ne peut pas faire l'objet d'un droit de propriété privée : il appartient à tout le monde, à l'instar de l'espace atmosphérique⁴⁸.

L'air ou le vent est-il une chose sans maître ?

Comme nous l'avons vu ci-dessus⁴⁹, le terme « chose sans maître » utilisé à l'art. 664 CC désigne les immeubles qui sont dans l'usage commun par nature, comme par exemple les régions impropres à la culture, les eaux publiques, les rochers et les glaciers. Dès lors que l'air ou le vent n'est pas une chose, il ne peut pas être qualifié de « chose sans maître » au sens de l'art. 664 al. 1 CC⁵⁰.

Conclusion intermédiaire

L'air ou le vent est ouvert à l'usage commun de tout le monde et appartient à tous. Il ne peut pas faire en tant que tel l'objet d'un droit de propriété privée et n'est donc pas régi par le Code civil. Il n'entre par conséquent pas non plus dans le champ d'application de l'art. 664 CC et n'est donc pas une chose sans maître au sens de cette disposition. Les cantons n'ont pas la compétence de légiférer sur l'air ou le vent, s'agissant notamment des conditions de son appropriation ainsi que de celles de son utilisation ou de son exploitation. Ils n'ont donc aucun droit de propriété sur l'air ou le vent.

⁴⁴ Voir l'art. 641 al. 1 CC.

⁴⁵ PAUL-HENRI STEINAUER, *Les droits réels*, Tome I, 4^{ème} éd., Berne 2007, no 60, p. 51.

⁴⁶ STEINAUER, *op. cit.* (Tome I), no 61-65, p. 51 s.; JOSEF STUDER, *Sachenrecht*, Zurich 2004, p. 25.

⁴⁷ Voir *supra* 1.1.

⁴⁸ Voir *supra* 1.4.

⁴⁹ Voir *supra* 1.4.

⁵⁰ Voir PAUL-HENRI STEINAUER, *Le droit au soleil*, in : *L'homme dans son environnement – Etudes publiées par la Faculté de droit et des sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg à l'occasion de l'Assemblée de la Société suisse des juristes à Fribourg du 12 au 14 septembre 1980*, Fribourg 1980, p. 243-264, spéc. note 4 p. 244, s'agissant de l'énergie solaire captée par un panneau solaire : « Avant d'être captée, l'énergie solaire n'est ni une chose, ni un objet de droits réels ; elle n'est donc pas une « chose sans maître » soumise à la haute police de l'Etat au sens de l'art. 664 CC ».

2.2 L'énergie que l'on peut produire à partir de ce vent ou de cet air est-elle une chose sans maître ?

Il convient de distinguer l'air ou le vent en tant que tel de l'énergie qui peut être produite, par l'intervention de l'homme, à partir de cette force naturelle. Plus précisément, le vent peut être capté, par exemple au moyen d'une éolienne ou d'un moulin à vent, et transformé en énergie. L'énergie éolienne peut être transformée à son tour en énergie électrique au moyen d'un générateur fabriquant du courant électrique. Le générateur peut être lui-même relié au réseau électrique afin d'y injecter le courant électrique. Dans le présent avis, le terme « **énergie éolienne** » vise l'énergie obtenue à partir du vent avant sa transformation en électricité. Elle peut avoir un statut juridique différent de celui de l'électricité qu'elle a permis de produire. Il convient donc de distinguer le statut juridique de l'énergie éolienne, obtenue par une éolienne à partir du vent, de celui de l'énergie électrique que la même éolienne a produite ensuite au moyen de l'énergie éolienne. L'électricité est soumise à une réglementation spécifique⁵¹ et son statut juridique sort du cadre du présent avis.

L'énergie éolienne est considérée comme une chose mobilière

Nous venons de voir que l'air ou le vent n'est pas une chose et ne peut pas faire en tant que tel l'objet d'un droit de propriété privée. Une fois capté par une éolienne, le vent peut être transformé en énergie éolienne. Celle-ci permet la production d'électricité et a en cela une valeur économique importante. Le Code civil tient compte de la valeur économique que peuvent avoir les forces naturelles transformées en énergie en les soumettant par analogie au régime juridique des meubles⁵². L'énergie éolienne a donc un statut juridique différent de celui du vent non capté par l'intervention de l'homme : le régime juridique régissant les choses mobilières lui est appliqué par analogie⁵³.

Comme le vent appartient à tous, chacun peut le capter et le transformer en énergie éolienne. Celle-ci appartient à la personne qui l'a produite, notamment au moyen d'une éolienne. Il peut s'agir d'une personne privée (personne physique ou personne morale) qui a installé une éolienne sur son propre fonds ou d'une collectivité publique qui a installé une éolienne sur un immeuble qui est dans l'usage commun au sens du droit public. Le propriétaire foncier sur le terrain duquel est installée l'éolienne est en effet propriétaire de celle-ci conformément au principe de l'accession (art. 667 al. 2 CC)⁵⁴.

⁵¹ En particulier : la Loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité du 23 mars 2007 (RS 734.7), la Loi fédérale sur l'énergie du 26 juin 1998 (RS 730.0), et leurs ordonnances d'application. Ces textes prévoient une rétribution à prix coûtant du courant injecté dans le réseau électrique issu d'énergies renouvelables, comme notamment l'énergie éolienne. Les exploitants d'éoliennes doivent s'annoncer auprès de la société nationale de gestion du réseau électrique (swissgrid), laquelle se charge du traitement de rétribution à prix coûtant du courant injecté, sur mandat de la Confédération.

⁵² Voir l'art. 713 CC : « La propriété mobilière a pour objet les choses qui peuvent se transporter d'un lieu dans un autre, ainsi que les forces naturelles qui sont susceptibles d'appropriation et ne sont pas comprises dans les immeubles. » Cette disposition réserve certaines forces naturelles qui peuvent être immatriculées comme immeubles au registre foncier au titre de droits distincts et permanents (art. 655 al. 2 ch. 2 CC).

⁵³ STEINAUER, *op. cit.* (Tome I), no 116, p. 64 ; STUDER, *op. cit.*, p. 27 ; JÖRG SCHMID/ BETTINA HURLMANN-KAUP, *Sachenrecht*, 2^{ème} éd., Zurich/ Bâle/ Genève 2003, p. 224.

⁵⁴ Voir *supra* 1.2.

En vertu de l'art. 641 al. 1 CC, « le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi ». Le propriétaire de l'éolienne a donc en principe une maîtrise totale et exclusive de l'énergie éolienne. Mais cela n'implique pas nécessairement qu'il soit aussi propriétaire de l'énergie électrique produite au moyen de l'énergie éolienne. Son droit de propriété sur l'énergie électrique peut en effet être restreint par la législation fédérale ou cantonale de droit public. C'est dans ce cadre que peut s'inscrire une législation cantonale réglementant l'exploitation de l'énergie éolienne en vue de la production d'électricité. Cette réglementation peut éventuellement limiter, au nom de l'intérêt public, les droits du propriétaire de l'éolienne.

L'énergie éolienne est-elle une chose sans maître ?

Comme nous l'avons vu ci-dessus⁵⁵, seul un immeuble qui se trouve dans l'usage commun par nature peut être une « chose sans maître » au sens de l'art. 664 CC. L'énergie éolienne produite par une éolienne est assimilée à un meuble, mais pas à un immeuble. Elle ne peut donc pas être qualifiée de « chose sans maître » au sens de l'art. 664 al. 1 CC.

On précisera que l'énergie éolienne ne peut pas non plus être qualifiée de « chose sans maître » au sens de l'art. 718 CC. Cette disposition, qui régit le sort juridique des meubles sans maître, ne s'applique qu'aux choses mobilières à proprement parler⁵⁶. Elle ne peut donc pas être appliquée par analogie aux forces naturelles transformées en énergie, et en particulier à l'énergie éolienne. Il n'est donc pas possible d'acquiescer un droit de propriété sur l'énergie éolienne par occupation en application de l'art. 718 CC.

Conclusion intermédiaire

Chacun peut capter le vent, notamment au moyen d'une éolienne, et le transformer en énergie éolienne. Celle-ci est considérée par le Code civil comme une chose mobilière. L'énergie éolienne appartient à la personne qui l'a produite, au moyen d'une éolienne, soit au propriétaire de l'éolienne. Celle-ci appartient au propriétaire du fonds sur lequel elle est installée conformément au principe de l'accession. L'énergie éolienne ne peut en aucun cas être qualifiée de chose sans maître. Le propriétaire de l'éolienne a en principe une maîtrise totale et exclusive de l'énergie éolienne. Mais cela n'implique pas nécessairement qu'il soit aussi propriétaire de l'énergie électrique produite au moyen de l'énergie éolienne. Son droit de propriété sur l'énergie électrique peut en effet être restreint par la législation fédérale ou cantonale de droit public au nom de l'intérêt public.

2.3 Si la nature juridique de choses sans maître est retenue, ces biens sont-ils régis par le droit cantonal ou fédéral ?

A mon avis, le vent ou l'air ainsi que l'énergie éolienne ne peuvent pas être qualifiés de choses sans maître⁵⁷.

⁵⁵ Voir *supra* 1.4.

⁵⁶ STEINAUER, *op. cit.* (Tome II), no 2074b, p. 294.

⁵⁷ Voir *supra* 2.1 et 2.2.

3. Compte tenu des réponses apportées aux questions précédentes, le canton devra-t-il recourir à l'expropriation s'il veut soumettre à concession la construction et l'exploitation d'éoliennes sur son territoire ?

Comme nous l'avons vu ci-dessus⁵⁸, le législateur cantonal peut définir des règles relevant du droit des constructions et du droit de l'aménagement du territoire dans les limites de la législation fédérale. Il peut notamment réglementer l'installation et l'exploitation d'éoliennes sur son territoire. Ce faisant, il peut non seulement régler les questions en relation avec les caractéristiques des éoliennes qui peuvent être implantées sur son territoire, mais aussi définir les zones du territoire cantonal dans lesquelles une éolienne ou un parc éolien peut être installé, ainsi que la procédure à suivre pour l'obtention d'une autorisation de construire et d'exploiter une éolienne.

En l'absence de législation fédérale, le législateur cantonal peut en outre définir l'activité consistant à la construction et à l'exploitation d'éoliennes en vue de la production d'énergie électrique au moyen de l'énergie éolienne comme ayant un caractère d'intérêt public et la soumettre à concession. La question de savoir si le législateur cantonal doit recourir à un régime d'expropriation dans ce cadre relève du **droit administratif** et s'écarte donc du cadre du présent avis de droit. Elle mériterait un examen approfondi par un spécialiste. Sous l'angle restreint du droit civil, et sans être une spécialiste du droit administratif, il me paraît qu'il faut distinguer deux situations :

Installation d'une éolienne par un particulier sur son propre fonds

Lorsqu'un propriétaire foncier souhaite installer une éolienne sur son propre fonds, il doit se conformer à la législation cantonale relative au droit des constructions et à l'aménagement du territoire, voire à la législation spéciale édictée en relation avec l'installation et l'exploitation d'une éolienne. S'il obtient l'autorisation de construire et d'exploiter une éolienne, l'énergie éolienne qu'elle produira lui appartiendra. Il pourra ainsi l'utiliser pour produire de l'électricité pour son propre usage. 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, pour cause d'utilité publique, le propriétaire foncier devra avoir obtenu au préalable une concession. Dans cette hypothèse, une expropriation ne me paraît a priori pas nécessaire.

Installation d'une éolienne ou d'un parc éolien par le canton

La situation qui précède doit être distinguée de celle où une éolienne ou un parc éolien est construit et exploité par le canton. Dans ce cas, l'installation s'inscrit dans le cadre de la production d'énergie électrique dans l'intérêt de la collectivité. Le canton peut décider de ne pas se charger personnellement de la construction et de l'exploitation d'éoliennes en vue de la production d'énergie électrique et déléguer cette tâche à des institutions de droit public ou privé qui exerceront cette activité à sa place, notamment sur la base d'un régime de concession.

Lorsque l'installation d'une éolienne est prévue sur un immeuble dans l'usage commun au sens du droit public, la question de l'expropriation ne se pose pas.

⁵⁸ Voir *supra* 1.3.

Lorsque qu'elle est prévue sur un terrain appartenant à une personne privée qui souhaite exploiter l'éolienne dans un but commercial et non pas personnel, en produisant de l'énergie électrique destinée à être injectée dans le réseau électrique, la question de l'expropriation ne se pose à mon avis pas non plus. Il appartient au canton de déterminer le régime juridique d'une telle activité, et en particulier de définir si elle est soumise à concession. En revanche, compte tenu du nombre restreint de sites propres à accueillir utilement une éolienne ou un parc éolien, il peut arriver qu'un site soit situé, en partie ou totalement, sur un fonds appartenant à une personne privée sans que celle-ci souhaite y installer une éolienne. Dans cette hypothèse, l'installation ne pourra intervenir à mon avis qu'après acquisition de la propriété du site par le canton, si nécessaire au moyen d'une expropriation. Le régime de l'expropriation pour cause d'utilité publique est réglé par la législation cantonale et fédérale y relative⁵⁹. Si le législateur cantonal adopte une législation spéciale en relation avec la construction et l'exploitation d'une éolienne, il peut aussi y préciser les conditions d'une éventuelle expropriation pour cause d'utilité publique. Il peut notamment y indiquer si le canton conserve seul le droit d'exproprier ou si ce droit peut être conféré à une autre institution de droit public ou privé⁶⁰.

On mentionnera en outre le fait qu'il peut également y avoir expropriation lorsque l'éolienne ou 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. Il s'agit dans ce cas d'une expropriation matérielle.

Conclusion intermédiaire

La question de savoir si le canton doit recourir à l'expropriation s'il veut soumettre à concession la construction et l'exploitation d'éoliennes en vue de la production d'énergie électrique relève du droit administratif et sort donc du cadre du présent avis de droit. D'un point de vue limité au droit privé, et qui doit être vérifié par un spécialiste du droit administratif, il me paraît que la question de l'expropriation ne se poserait que lorsqu'un site propice à l'installation d'éoliennes est situé, en partie ou totalement, sur un fonds appartenant à une personne privée ne souhaitant pas y installer d'éoliennes. Dans ce cas, l'installation d'éoliennes ne peut intervenir à mon avis qu'après acquisition de la propriété du site par le canton, si nécessaire au moyen d'une expropriation. Le régime de l'expropriation pour cause d'utilité publique est réglé par la législation cantonale et fédérale y relative, cas échéant par une loi cantonale spéciale consacrée à la construction et l'exploitation d'éoliennes.

⁵⁹ En particulier : Loi fédérale sur l'expropriation du 20 juin 1930 (RS 711) et ses ordonnances d'application ; dans le Canton de Neuchâtel : Loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique du 26 janvier 1987 (RSN 710).

⁶⁰ A Neuchâtel : voir l'art. 3 de la Loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique du 26 janvier 1987 (RSN 710). Au niveau fédéral, voir à titre de comparaison : l'art. 51 de la Loi fédérale sur l'énergie nucléaire du 21 mars 2003 (RS 732.1), et l'art. 19 de la Loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques du 22 décembre 1916 (RS 721.80).

4. Le Projet de loi 08.175 appelle-t-il de votre part des remarques particulières liées à la propriété du sol et aux conséquences qui en découlent ?

Je pars du principe que le Projet de loi 08.175 est établi dans le but de compléter une législation cantonale précise en matière d'aménagement du territoire définissant notamment les zones du territoire cantonal dans lesquelles une éolienne ou un parc éolien sont susceptibles d'être installés.

Ce projet soulève essentiellement des questions relevant du droit administratif et mériterait à ce titre un examen approfondi par un spécialiste. Sous l'angle du droit de la propriété, au vu de ce qui a été développé ci-dessus, les remarques suivantes peuvent être formulées :

- La référence à l'art. 664 CC faite en préambule n'est pas appropriée. L'installation d'éoliennes ainsi que la production d'énergie éolienne ne relèvent pas de la haute police des cantons au sens de l'art. 664 CC et n'entrent donc pas dans le champ d'application de cette disposition.
- L'art. 1b du projet, selon lequel « l'énergie éolienne est priorité de l'Etat », doit-il être compris comme « l'énergie éolienne est une priorité de l'Etat » ou « l'énergie éolienne est propriété de l'Etat » ? Au vu du titre marginal, la deuxième hypothèse devrait vraisemblablement être privilégiée. Sur la possibilité pour l'Etat de s'approprier l'énergie éolienne, on se référera à ce qui a été développé ci-dessus. Dans tous les cas, l'art. 1b ne me paraît pas suffisamment précis. De deux choses l'une : soit le canton est propriétaire de l'immeuble sur lequel est installée l'éolienne et il est propriétaire de l'énergie éolienne produite, soit il n'est pas propriétaire de l'immeuble sur lequel est installée l'éolienne et le propriétaire de cet immeuble est propriétaire de l'énergie éolienne produite. Le fait que le canton limite le droit d'une personne privée d'être propriétaire de l'énergie éolienne ou de l'exploiter pour en faire de l'électricité, en mettant en place un régime de concession pour la construction et l'exploitation d'éoliennes en vue de la production d'électricité, est une question distincte qui doit, à mon avis, faire l'objet d'une disposition spécifique.

D'un point de vue plus large de technique législative, je relèverais que le projet me paraît formulé d'une manière souvent maladroite ou en tout cas pas suffisamment précise. En particulier :

- S'agissant d'un domaine nouveau du droit, plusieurs notions devraient être définies plus précisément. En particulier, la notion d'éolienne ainsi que les caractéristiques des éoliennes qui peuvent être installées sur le territoire cantonal devraient être à mon avis davantage précisées (notamment hauteur maximale du mât, dimension maximale des pales, puissance maximale de l'installation). Il pourrait être utile de définir aussi la notion d'« installation éolienne » (ou tout autre terme adéquat) visant non seulement l'éolienne à proprement parler mais également toute l'infrastructure qu'implique son installation (notamment l'aire d'installation, les voies d'accès, le raccordement au réseau électrique, le raccordement entre les éoliennes d'un parc éolien, etc.). En outre, la production ou l'exploitation d'énergie éolienne est un concept central du projet qui mériterait une définition claire et précise. La notion d'énergie éolienne devrait à mon avis être distinguée clairement de

celle d'énergie électrique produite au moyen de l'énergie éolienne. Le régime juridique exact de l'énergie électrique produite au moyen de l'énergie éolienne devrait être précisé dans la loi ou celle-ci devrait au moins contenir un renvoi à la législation spécifique y relative.

- Le champ d'application de la loi devrait être davantage précisé. Est-ce qu'elle concerne uniquement l'activité exercée par le canton ou concédée par le canton à une institution de droit public ou privé dans un but de commercialisation de l'électricité ou est-ce qu'elle vise également la situation où un propriétaire foncier produit de l'énergie éolienne au moyen d'une éolienne installée sur son propre fonds pour son usage personnel ? Si tel est le cas, il conviendrait de déterminer si le particulier a l'obligation ou non de raccorder l'éolienne au réseau électrique pour y injecter l'énergie électrique qu'elle produit et si une concession est nécessaire pour qu'il puisse utiliser l'énergie électrique produite pour son propre usage. Ces questions doivent être étudiées notamment au regard de la réglementation spécifique à l'énergie électrique et à la gestion du réseau électrique.

- La procédure visant à l'installation d'une éolienne en vue de la production d'énergie électrique devrait être décrite de façon plus claire dans la loi. En particulier, les différentes étapes de la procédure ne ressortent pas clairement du projet. A mon avis, il convient de distinguer au moins trois phases dans cette procédure :

- La première phase est consacrée aux différentes études préliminaires (mesures du vent, études d'impact sur l'environnement, expertises de bruit et d'ombre, etc.) visant à apprécier l'opportunité et la faisabilité de l'installation d'une éolienne sur le site choisi. Cette phase de la procédure implique en principe la pose d'un mât de mesures (notamment de mesures du vent) dont les caractéristiques et les conditions d'installation et de désinstallation doivent être précisées dans la loi (permis de construire, permis de mesures, etc.). Le contenu exact du dossier devant être transmis à l'autorité compétente pour approbation du projet d'installation d'éolienne sur la base de ces études préliminaires (type d'éolienne prévu, projet de plan d'implantation s'agissant d'un parc éolien, mesures du vent, pronostics de production d'énergie éolienne et électrique, impact sur le paysage et l'environnement, effets sur l'économie régionale, etc.) devrait être précisé dans la loi, de même que la procédure y relative.
- La deuxième phase traite du régime de la concession. Il pourrait être utile de préciser dans la loi les conditions exactes d'attribution d'une concession, la procédure y relative, ainsi que la teneur exacte de la concession (personne du concessionnaire, droit concédé, durée de la concession, droits et obligations du concessionnaire, etc.).
- La troisième phase est celle relative à la construction et l'exploitation de l'éolienne à proprement parler. Cette phase, qui est pourtant centrale, me paraît absente du projet. Il pourrait être utile de préciser dans la loi les conditions de construction et d'exploitation de l'éolienne, la procédure d'octroi d'un permis de construire et d'un permis d'exploitation de l'éolienne, ainsi que la teneur exacte de ces

autorisations. Les conditions d'une éventuelle expropriation pour cause d'utilité publique, ainsi que la procédure d'expropriation devraient aussi être décrites. A défaut, un renvoi à la loi cantonale sur l'expropriation ne serait pas superflu. Si le régime d'expropriation est décrit dans la loi, il conviendrait à mon avis de préciser expressément si le canton conserve seul le droit d'exproprier ou si ce droit peut être conféré à une autre institution de droit public ou privé. En outre, plusieurs obligations pourraient être imposées au propriétaire de l'éolienne, notamment en relation avec l'entretien et la sécurité de l'installation éolienne (non seulement de l'éolienne, mais également d'autres éléments de l'infrastructure nécessaire comme en particulier les voies d'accès et le raccordement au réseau électrique), ainsi que sa désinstallation (remise en état du site, etc.). Si la question de la surveillance par une autorité de l'entretien et de la sécurité de l'installation éolienne est envisagée, elle devrait à mon avis aussi être indiquée dans la loi.

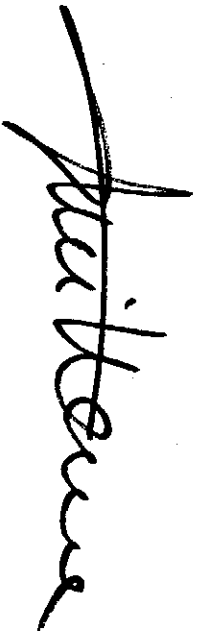
* * * * *

En conclusion, le présent avis de droit a permis de faire ressortir les points suivants :

1. Une éolienne installée sur le fonds d'un propriétaire privé entre dans l'extension verticale de son droit de propriété. L'installation doit être conforme aux règles du droit des constructions et du droit de l'aménagement du territoire. Le propriétaire foncier sur le terrain duquel est installée l'éolienne est propriétaire de celle-ci conformément au principe de l'accession.
2. L'air ou le vent appartient à tout le monde. Chacun peut capter le vent au moyen d'une éolienne et le transformer en énergie éolienne. L'énergie éolienne appartient au propriétaire de l'éolienne.
3. La collectivité publique n'a pas de droit de propriété sur l'air ou le vent. Il ne s'agit pas d'une chose au sens des droits réels. En particulier, il ne s'agit pas d'une chose sans maître au sens de l'art. 664 CC.
4. L'énergie électrique produite par une éolienne au moyen de l'énergie éolienne appartient au propriétaire de l'éolienne. Toutefois, la collectivité publique peut réglementer, au nom de l'intérêt public, l'exploitation de l'énergie éolienne en vue de la production d'électricité. Elle peut en particulier soumettre à concession cette activité.
5. La question de savoir si la collectivité publique doit recourir à l'expropriation si elle entend soumettre à concession la construction et l'exploitation d'éoliennes en vue de la production d'électricité relève du droit administratif et sort donc du cadre du présent avis de droit.

J'espère que ces éléments de réflexion vous seront utiles. Je me tiens bien entendu à votre disposition pour tout renseignement complémentaire que vous pourriez souhaiter.

Je vous prie de croire, Mesdames les Députées, Messieurs les Députés, à l'assurance de mes sentiments bien dévoués.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'F. Guillaume', written in a cursive style.

Florence Guillaume
Professeur de droit privé
et de droit international privé

Annexes : ment.