



Planification et autorisation des éoliennes terrestres :

cadre réglementaire et conditions pratiques en Allemagne

2e édition – janvier 2021

Auteur :

Sebastian Helmes, avocat spécialisé en droit administratif, EY Law GmbH
sebastian.helmes@de.ey.com

Contact :

Stéphanie Jallet, chargée de mission éolien, OFATE
stephanie.jallet.extern@bmwi.bund.de

Soutenu par :



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Soutenu par :





Disclaimer

Le présent texte a été rédigé par un expert externe pour l'Office franco-allemand pour la transition énergétique (OFATE). Cette contribution est diffusée via la plateforme proposée par l'OFATE. Les points de vue énoncés dans la note représentent exclusivement ceux de l'auteur. La rédaction a été effectuée avec le plus grand soin. L'OFATE décline toute responsabilité quant à l'exactitude et l'exhaustivité des informations contenues dans ce document.

Tous les éléments de texte et les éléments graphiques sont soumis à la loi sur le droit d'auteur et/ou d'autres droits de protection. Ces éléments ne peuvent être reproduits, en partie ou entièrement, que suite à l'autorisation écrite de l'auteur ou de l'éditeur. Ceci vaut en particulier pour la reproduction, l'édition, la traduction, le traitement, l'enregistrement et la lecture au sein de banques de données ou autres médias et systèmes électroniques.

L'OFATE n'a aucun contrôle sur les sites vers lesquels les liens qui se trouvent dans ce document peuvent vous mener. Un lien vers un site externe ne peut engager la responsabilité de l'OFATE concernant le contenu du site, son utilisation ou ses effets.

Cette note de synthèse sert d'introduction à la situation de fait et de droit. Elle ne représente pas un conseil juridique, et ne vise pas non plus à remplacer un tel conseil.

Précisions sur l'auteur et sur la publication

Le cabinet d'avocats et de conseil fiscal Ernst & Young Law GmbH (« EY Law ») propose un conseil juridique dans le domaine économique dans onze bureaux en Allemagne. Employant environ 2 100 personnes dans 80 pays, la société associe un conseil juridique axé sur la pratique avec une expérience spécifiquement sectorielle, à l'échelle internationale. Elle fournit une offre de conseil interdisciplinaire pour un très grand nombre de projets, s'appuyant sur le concours de collaborateurs du réseau EY international.

La présente note de synthèse a été réalisée par Sebastian Helmes : avocat, spécialisé notamment en droit administratif au sein du cabinet EY Law et directeur. Il fournit depuis près de 15 ans des conseils essentiellement sur les questions relatives à l'autorisation d'installations, à la législation en matière d'environnement et d'aménagement du territoire ainsi que sur les questions relatives au droit du secteur de l'énergie et des énergies renouvelables. Avant de rejoindre EY Law, il a travaillé dans plusieurs cabinets leaders spécialisés dans le conseil pour le secteur de l'énergie, ainsi que dans le service juridique d'un gestionnaire de réseau de transport d'électricité. Il est l'auteur de nombreuses publications en droit de l'énergie et en droit de l'environnement, et enseigne depuis 2019 le droit de l'énergie à Université technique Carolo-Wilhelmina de Brunswick en Allemagne.



Résumé

Dans toutes les phases du développement d'un projet éolien, les dispositions légales applicables en Allemagne sont aussi complexes qu'ambitieuses. Des aspects juridiques déterminants pour l'ensemble du projet doivent être pris en compte à toutes les étapes, depuis la prospection du site et la négociation des accords fonciers jusqu'à la construction et l'exploitation du parc, en passant par la procédure d'autorisation à proprement parler.

Du point de vue juridique, la procédure d'autorisation liée à la législation sur la protection contre les nuisances environnementales est un élément clé du cycle de développement d'un projet : c'est à ce stade que les bases essentielles pour l'ensemble de l'exploitation d'une installation sont posées. Cette autorisation est en effet primordiale puisqu'elle est indispensable pour la construction et l'exploitation d'éoliennes en Allemagne. L'autorisation selon la loi fédérale allemande sur la protection contre les nuisances environnementales (*Bundesimmissionsschutzgesetz, BImSchG*) est une condition préalable requise pour participer aux appels d'offres prévus par la loi fédérale sur les énergies renouvelables de 2017 (*Erneuerbare-Energien-Gesetz, EEG*).

Connaître les enjeux juridiques dès la première phase du développement d'un projet, c'est maximiser ses chances d'obtenir cette autorisation dans un délai acceptable (et de la conserver dans le temps) et donc de pouvoir construire et exploiter son parc éolien.



Contenu

Disclaimer	1
Précisions sur l’auteur et sur la publication	2
Résumé	3
Table des sigles et abréviations	5
Introduction	7
I. Avant la procédure d’autorisation : le choix du site	7
1. L’aptitude du site au regard de la législation en matière d’aménagement du territoire	7
a) Recevabilité générale en zone périurbaine	7
b) Recevabilité en zone intérieure	12
2. Sécurisation foncière	13
a) Accords avec le propriétaire du terrain	13
b) Utiliser un terrain sans l’accord du propriétaire	16
II. La procédure d’autorisation	17
1. Principes de l’autorisation	17
2. À propos de la procédure d’autorisation	19
a) Ouverture de la procédure	19
b) Types de procédures	19
c) L’étude d’impact environnemental	21
d) Participation des autorités (spécialisées) et de la commune d’implantation	23
e) Durée de la procédure et moyens d’accélération	25
3. Conditions matérielles préalables à l’autorisation	26
a) Intérêts contraires	27
b) Viabilité garantie	31
c) Obligation de démantèlement	32
4. Décision relative à l’autorisation et taxes	32
III. Après l’octroi de l’autorisation	32
1. Exécutabilité de l’autorisation	33
2. Caractère définitif de l’autorisation	34
3. Modifications postérieures à l’octroi de l’autorisation	35
a) Modifications de l’éolienne	35
b) Modifications indépendantes de l’éolienne	37
IV. Bilan et perspectives	38



Table des sigles et abréviations

BauGB	Baugesetzbuch (<i>Code de l'urbanisme allemand</i>)
BauNVO	Baunutzungsverordnung (<i>Règlement national d'urbanisme</i>)
BayBO	Bayerische Bauordnung (<i>Code de l'urbanisme bavarois</i>)
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof (<i>Cour constitutionnelle bavaroise</i>)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (<i>Code civil allemand</i>)
BGH	Bundesgerichtshof (<i>Cour de cassation allemande</i>)
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz (<i>Loi fédérale allemande sur la protection contre les nuisances environnementales</i>)
BImSchV	Bundesimmissionsschutzverordnung (<i>Ordonnance fédérale allemande sur la protection contre les nuisances environnementales</i>)
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz (<i>Loi fédérale allemande sur la conservation de la nature</i>)
BNetzA	Bundesnetzagentur (<i>Agence fédérale allemande des réseaux</i>)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (<i>Cour fédérale administrative</i>)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz (<i>Loi sur les énergies renouvelables</i>)
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz (<i>Loi sur le secteur de l'énergie</i>)
FFH	Flore-Faune-Habitat
Hrsg	Herausgeber (<i>éditeur</i>)
JBWER	Jahrbuch Windenergierecht (<i>Annuaire du droit en matière d'énergie éolienne</i>)
LAG VSW	Länder-Arbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (<i>Groupe de travail des offices régionaux de protection des oiseaux</i>)
LAI	Länderausschuss für Immissionsschutz (<i>Commission des Länder pour la protection contre les nuisances environnementales</i>)
LG	Landgericht (<i>tribunal régional</i>)
LuftVG	Luftverkehrsgesetz (<i>Loi sur le transport aérien</i>)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (<i>Nouvelle revue de droit administratif</i>)
OMS	Organisation mondiale de la santé
OVG	Oberverwaltungsgericht (<i>Cour administrative d'appel</i>)
PlanSiG	Planungssicherstellungsgesetz (<i>Loi sur la garantie de la planification</i>)
REE	Recht der Erneuerbaren Energien (<i>Droit des énergies renouvelables</i>)
TA Lärm	Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm (<i>Instructions techniques de protection contre le bruit</i>)
UmwRG	Umweltrechtsbehelfsgesetz (<i>Loi sur les recours en matière d'environnement</i>)
UVPG	Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz (<i>Loi sur les études d'impacts environnementaux</i>)
VG	Verwaltungsgericht (<i>tribunal administratif</i>)
VGH	Verwaltungsgerichtshof (<i>Cour administrative</i>)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz (<i>Loi sur les procédures administratives</i>)



VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung (<i>Loi sur la juridiction administrative</i>)
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz (<i>Loi relative à l'administration et à la réalisation des biens saisis</i>)



Introduction

Réaliser un projet éolien terrestre est une tâche très complexe à plus d'un titre, et notamment au regard des divers aspects juridiques à prendre en compte. Les très nombreuses dispositions légales et décisions de justice créent une situation juridique si complexe qu'il peut être difficile pour les développeurs de projet et les autorités délivrant les autorisations de ne pas s'y perdre.

La présente note de synthèse cherche à apporter des réponses pour clarifier la situation aux yeux des acteurs impliqués. On trouvera ainsi dans les pages qui suivent une présentation des principaux aspects légaux au regard de la planification et de l'autorisation d'éoliennes terrestres (onshore) en Allemagne. Cette présentation se base sur les étapes typiques du développement d'un projet, depuis la phase précédant la procédure d'autorisation, marquée notamment par le choix du site (I), jusqu'à la phase de la procédure d'autorisation à proprement parler (II) et la phase suivant l'obtention de l'autorisation (III). Différents aspects juridiques déterminants pour la réussite du projet entrent en ligne de compte à chacune des trois étapes.

I. Avant la procédure d'autorisation : le choix du site

Le choix du site est la première étape du développement d'un projet éolien. De nombreux facteurs entrent en ligne de compte pour déterminer si un site est propice à l'implantation d'éoliennes, en tout premier lieu son potentiel de gisement éolien. Du point de vue juridique, deux axes thématiques sont particulièrement importants à ce stade : l'aptitude du site au regard de la législation en matière d'aménagement du territoire (cf. point 1) et la sécurisation foncière qui relève du droit privé (cf. point 2). Quoique, d'un point de vue juridique, les deux axes soient complexes, la réussite d'un projet peut cependant être favorisée dès ce stade dès lors que les risques juridiques sont pris en compte de façon systématique.

1. L'aptitude du site au regard de la législation en matière d'aménagement du territoire

Les éoliennes sont en général implantées en zone dite « périurbaine », c'est-à-dire à l'extérieur des zones couvertes par un plan local d'urbanisme et en dehors des agglomérations. Ici, elles bénéficient du régime administratif privilégié, ce qui ne veut pas dire qu'elles peuvent être implantées n'importe où en zone périurbaine (cf. point a) ci-dessous). Mais l'implantation d'éoliennes peut aussi être admise en zone urbaine couverte par un plan local d'urbanisme, à condition que ce dernier en prévoie expressément la possibilité (cf. point b) ci-après).

a) Recevabilité générale en zone périurbaine

En vertu de l'article 35, alinéa 1, n° 5 du Code BauGB, les éoliennes bénéficient d'un régime administratif privilégié en zone périurbaine. Contrairement aux centrales photovoltaïques au sol (« parc solaire »), un plan local d'urbanisme n'est de ce fait pas indispensable pour l'implantation d'éoliennes.

La législation allemande de l'urbanisme définit la notion de

zone périurbaine (*Außenbereich*, soit littéralement « zone extérieure ») uniquement de façon négative : elle comprend les zones situées ni dans le périmètre d'un plan local d'urbanisme visé à l'article 30, alinéas 1 ou 2 du Code BauGB, ni dans une agglomération au sens de l'article 34 de ce même Code. Contrairement à ce que pourrait suggérer le terme

En vertu de l'article 35, alinéa 1, n° 5 du Code BauGB, les éoliennes bénéficient d'un régime administratif privilégié en zone périurbaine.



« extérieur », il ne s'agit pas forcément de zones « en pleine nature », « éloignées des centres urbains » ou « isolées ».¹ Au contraire : la zone périurbaine peut dans certains cas commencer à la limite d'un plan local d'urbanisme et donc à proximité immédiate d'une zone bâtie.

En principe, les éoliennes peuvent être implantées partout sauf en zone « intérieure », c'est à dire dans les zones non couvertes par un plan local d'urbanisme et en dehors de toute zone bâtie en continuité. Les éoliennes ne peuvent pas pour autant être implantées n'importe où en zone périurbaine, différents intérêts pouvant s'opposer à leur autorisation (cf. II. 3. a pour plus de détails sur les différents intérêts opposés).

Du point de vue de la législation en matière d'aménagement du territoire, deux restrictions s'appliquent au principe d'implantation privilégiée en zone périurbaine : **la réserve dite « de planification »** (*Planvorbehalt*) visée à l'article 35, alinéa 3, phrase 3 du Code BauGB est ainsi d'une importance considérable, puisqu'elle permet de gérer l'implantation des futures éoliennes via le schéma régional ou le plan d'occupation des sols réalisé à l'échelle de la commune (cf. point 1. ci-après). De plus, les Länder ont la possibilité, au moyen d'une loi régionale, de subordonner le régime administratif privilégié au respect d'une **distance minimale** entre les éoliennes et les habitations – une possibilité à laquelle seul l'État libre de Bavière a eu recours jusqu'à présent ; toutefois, à l'avenir, d'autres Länder pourraient suivre.

Dans les détails :

Réserve de planification

Dans la pratique, le recours à la réserve dite « de planification » visée à l'article 35, alinéa 3, phrase 3 du Code BauGB est sans doute le cas de figure le plus pertinent d'un intérêt public s'opposant à l'implantation d'éoliennes. Le Code précise en effet que l'intérêt public s'oppose « en règle générale » à un tel projet « dans la mesure où le plan d'occupation des sols ou les objectifs de l'aménagement du territoire prévoient des zones spécifiques réservées à cet effet ». Derrière cette formulation quelque peu nébuleuse se cache un outil important dans la pratique pour les communes et communautés d'agglomération qui ont ainsi la possibilité de gérer le développement géographique de l'éolien grâce au zonage. Il est ainsi possible de concentrer les éoliennes dans certaines zones pour les écarter de toutes les autres zones du territoire concerné. Les autorités peuvent de cette façon lutter contre la défiguration souvent dénoncée du paysage par des éoliennes poussant comme des « asperges ».

C'est en réalité une offre faite par le législateur aux planificateurs communaux et régionaux concernés : si ces dernières n'utilisent pas cette possibilité (ou si leur planification ne satisfait pas aux exigences minimales fixées par la loi²), le principe de régime administratif privilégié s'applique à l'implantation d'éoliennes dans toute la zone périurbaine visée à l'article 35, alinéa 1 du Code BauGB.

La planification doit prendre en compte des exigences minimales fixées par la loi qui posent dans les faits des problèmes considérables aux autorités concernées. Selon la jurisprudence, il faut notamment prendre en considération deux aspects sans lesquels le plan ne peut avoir l'effet négatif concédé par l'article 35, alinéa 3, phrase du Code BauGB. Il s'agit d'une part du précepte de « concevoir un plan cohérent pour l'ensemble du territoire » et d'autre part de celui de prévoir un espace substantiel pour l'éolien, ce qui veut dire aussi qu'une planification du type « feuille de vigne » est à proscrire.³

La définition d'une zone de développement éolien doit donc tout d'abord se fonder sur la conception d'un « **plan cohérent pour l'ensemble du territoire** » comprenant également toute la zone périurbaine. Les choix d'aménagement

¹ *BVerwG*, jugement du 1er décembre 1972 – IV C 6.71 ; jurisprudence constante depuis.

² *OVG Bautzen*, jugement du 19 juillet 2012 – 1 C 40.11.

³ En 2002 déjà : *BVerwG*, jugement du 17 décembre 2002 – 4 C 15.01.



doivent donc s'inscrire dans une logique compréhensible, qu'il s'agisse des réflexions ayant abouti à la définition (positive) de zones de développement ou des raisons ayant motivé les concepteurs du plan à exclure l'implantation d'éoliennes sur le reste du territoire.⁴

Selon la jurisprudence, l'élaboration d'un tel plan doit se faire par étapes. Il faut dans un premier temps identifier les zones dites « d'exclusion » qui ne sont pas disponibles pour l'éolien, en différenciant entre zones d'exclusion « strictes » et « réglementées ».

Les **zones d'exclusion strictes** sont celles dans lesquelles l'implantation et l'exploitation d'éoliennes sont totalement exclues. Ces surfaces ne peuvent faire l'objet d'une pesée des intérêts par l'autorité d'urbanisme compétente.⁵ En identifiant les zones d'exclusion strictes, cette autorité ne fait que confirmer ce qui est déjà établi : elle identifie toutes les surfaces ne pouvant en aucun cas entrer en ligne de compte pour l'éolien.

Or, la présence ou non d'une zone d'exclusion stricte n'est pas toujours évidente à établir. En principe, la définition d'une telle zone peut être justifiée en fait et en droit. Sur le plan matériel sont notamment exclus les sites à très faible potentiel éolien. Même si l'on pourrait (en théorie) y implanter des éoliennes, leur exploitation est exclue. De ce fait, la définition de ces surfaces comme zones d'exclusion strictes se justifie. Les zones dans lesquelles l'implantation d'éoliennes est exclue pour des raisons de droit doivent également être définies comme zones d'exclusion strictes. D'une façon générale, la prudence s'impose toutefois ici : les zones urbanisées peuvent être traitées comme zones d'exclusion strictes. La définition de zones d'exclusion strictes dans un certain périmètre autour de ces zones urbanisées fait cependant déjà l'objet de controverses.⁶ Des incertitudes subsistent également relativement au classement a priori comme zones d'exclusion strictes des sites naturels protégés et des zones relevant de la directive européenne Faune-Flore-Habitat.⁷ Les zones de paysages protégés dans lesquelles, en principe, la construction n'est pas autorisée, mais pour lesquelles il existe des possibilités de dérogation dans des cas particuliers, ne sont pas des zones d'exclusion strictes selon la Cour fédérale administrative parce que l'interdiction de construire n'y a pas, en soi, une validité absolue.⁸ En revanche, si les zones boisées étaient, par le passé, considérées a priori comme des zones d'exclusions strictes qui ne posaient pas de difficultés particulières⁹, la jurisprudence plus récente n'admet plus ce type de décision globale.¹⁰ Tout aussi incertain (et devant, en définitive, être rejeté) est le classement comme zone d'exclusion strictes pour des raisons liées à la protection des espèces.¹¹ Même si la protection des espèces peut bien entendu entraver la construction d'éoliennes, le comportement de nidification et de couvain des espèces concernées présente souvent un tel dynamisme qu'une prévision à cet égard, excluant l'énergie éolienne pour une période indéterminée sur un site donné, paraît irrecevable.¹²

Sont considérées comme **zones d'exclusion réglementées** les sites sur lesquels l'autorité d'urbanisme compétente souhaite exclure l'implantation d'éoliennes même si cette exclusion n'est fondée ni en droit ni en fait. Contrairement aux zones d'exclusion strictes, elles peuvent faire l'objet d'une pesée des intérêts par cette autorité, ce qui implique aussi qu'elles sont disponibles. En particulier, lorsque l'autorité compétente constate qu'il ne reste pas d'espace substantiel pour le développement de l'éolien après déduction des zones d'exclusion réglementées (les exigences en la matière

⁴ *BVerwG*, jugement du 13 mars 2003 – 4 C 4.02.

⁵ *BVerwG*, jugement du 11 avril 2013 – 4 CN 2.12.

⁶ *OVG Münster*, jugement du 1er juillet 2013 – 2 D 46.12.

⁷ Décision favorable : *OVG Berlin/Brandebourg*, jugement du 24 février 2011 – 2 A 2.09 ; rejetant une prise en compte globale : *OVG Coblenz*, jugement du 16 mai 2013 – 1 C 11003.12.

⁸ *BVerwG*, jugement du 17 décembre 2002 – 4 C 15.01.

⁹ *BVerwG*, jugement du 17 décembre 2002 – 4 C 15.01.

¹⁰ *OVG Lünebourg*, jugement du 3 décembre 2015 – 12 KN 216.13.

¹¹ Confirmant ceci toutefois : *OVG Berlin/Brandebourg*, jugement du 24 février 2011 – 2 A 2.09

¹² *OVG Münster*, jugement du 4 juillet 2012 – 10 D 47/12.



seront évoquées ci-après), elle peut, et doit, réexaminer ces zones en appliquant des critères différents, plus restrictifs.¹³

L'autorité compétente pour approuver le plan d'occupation des sols (la commune) ou le schéma régional d'aménagement dispose d'une certaine marge de manœuvre pour déterminer les zones d'exclusion réglementées. Dans les faits, cette marge concerne surtout les zones tampons définies autour des quartiers résidentiels qui vont, à titre préventif, au-delà des distances minimales imposées par la législation en matière de protection contre les nuisances environnementales. Du point de vue juridique, une telle démarche n'est pas critiquable, même si une définition large des zones d'exclusion réglementées élimine de fait un grand nombre de sites éoliens possibles. L'autorité d'urbanisme n'est en effet pas tenue d'optimiser son territoire pour l'éolien et de permettre l'exploitation de l'énergie éolienne jusqu'à la limite même des critères définis par la législation en matière de protection contre les nuisances environnementales.¹⁴ Dans tous les cas, l'autorité est toutefois tenue d'appliquer les critères d'exclusion réglementée de façon uniforme pour contrer le risque d'arbitraire.

Il faut surtout que l'autorité d'urbanisme soit consciente de la distinction entre zones d'exclusion strictes et réglementées et qu'elle documente à cet égard les critères pris en compte dans sa pesée des différents intérêts, à défaut de quoi son plan serait invalide.¹⁵

Selon la jurisprudence, une autre condition contraignante pour l'autorité d'urbanisme est de prévoir dans sa planification un « **espace substantiel** » pour l'éolien. Ce serait en effet aller contre la volonté du législateur de privilégier l'éolien dans les zones périurbaines si l'autorité compétente pouvait invalider ce choix en basant son plan sur le seul principe de l'empêchement (planification du type « feuille de vigne »).¹⁶

Après avoir établi les critères des zones d'exclusion strictes et réglementées, l'autorité d'urbanisme doit les appliquer à l'ensemble de son territoire pour identifier les **zones potentiellement favorables à l'éolien**. Les surfaces ainsi identifiées sont en principe à disposition de l'autorité d'urbanisme pour la définition de surfaces prioritaires. Si l'autorité compétente constate alors que l'application de ses critères ne lui a pas permis de prévoir un espace substantiel pour l'éolien, elle doit réexaminer et réévaluer les zones d'exclusion réglementées pour élargir les zones potentiellement favorables à l'éolien.¹⁷ En revanche, si ces zones favorables dépassent le minimum exigé, l'autorité compétente peut restreindre leur utilisation pour l'éolien, à condition toutefois que ce choix soit justifié par des motifs suffisamment pertinents au regard de l'urbanisme.¹⁸

La définition de ce qu'est un espace substantiel pour l'éolien est cependant relativement floue. Très rapidement, la jurisprudence a souligné l'impossibilité de donner une réponse passe-partout à cette question qui doit faire l'objet d'un examen critique.¹⁹ La plus haute instance de la juridiction administrative allemande, la Cour fédérale administrative (*Bundesverwaltungsgericht*), estime en effet que les ordres de grandeur ne sont pas, à eux seuls, un critère suffisant.²⁰ Si le rapport entre les zones potentiellement favorables et les zones prioritaires effectivement définies n'est pas non plus à lui seul un critère suffisant, la jurisprudence reconnaît sa valeur d'indice.²¹ L'appréciation du rapport entre la production et la demande d'électricité suit à peu près les mêmes lignes : s'il est en principe possible de mettre en rapport la production d'électricité rendue possible grâce à la définition de zones prioritaires et les

¹³ *BVerwG*, jugement du 24 janvier 2008 – 4 CN 2.07.

¹⁴ *BVerwG*, jugement du 17 décembre 2002 – 4 C 15.01.

¹⁵ *BVerwG*, jugement du 13 décembre 2012 – 4 CN 1.11.

¹⁶ *BVerwG*, décision du 12 juillet 2006 – 4 B 49.06.

¹⁷ *OVG Lünebourg*, jugement du 3 décembre 2015 – 12 KN 216.13.

¹⁸ *BVerwG*, jugement du 17 décembre 2001 – 4 C 15.01.

¹⁹ *BVerwG*, jugement du 13 juillet 2006 – 4 C 2.05.

²⁰ *BVerwG*, jugement du 17 décembre 2002 – 4 C 15.01.

²¹ *BVerwG*, décision du 24 mars 2015 – 4 BN 32.13.



besoins locaux en électricité des ménages, ce critère ne saurait être considéré à lui seul comme suffisant parce que les zones à forte densité de population seraient ainsi désavantagées, alors même qu'il est déjà plus difficile d'y définir des zones de développement.²²

Le critère le plus évident au premier abord – à savoir le rapport entre la superficie des zones de développement et la superficie du territoire communal – n'est pas non plus, par lui-même, pertinent.²³ Du fait de la grande différence existant d'une commune à l'autre à cet égard, il est difficile de fixer un rapport s'appliquant de façon générale (éventuellement sur l'ensemble du territoire). Il est clair que les communes d'Allemagne du Nord présentant une densité de population faible et un potentiel éolien élevé ne doivent pas être considérées de la même manière que des communes avec densité de population élevée et situées dans une vallée en moyenne montagne, par exemple.

Au regard de cette jurisprudence quelque peu sibylline de la Cour fédérale administrative, il n'est pas étonnant que les tribunaux d'instance allemands passent par des chemins différents pour donner vie, au cas par cas, à cette exigence d'« espace substantiel » et que leurs résultats soient très hétérogènes. À titre d'exemple, on peut citer la 3^e chambre de la Cour administrative d'appel de Kassel qui a estimé en 2009 que la définition de 1,38 % de la superficie de la commune comme zone de développement éolien ne pouvait être considérée comme espace substantiel²⁴, tandis que la 6^e chambre de cette même Cour est arrivée la même année à la conclusion que les zones de développement définies, en l'occurrence près de 1 % de la superficie de la commune, étaient suffisantes.²⁵ La Cour administrative d'appel de Magdebourg a même considéré un taux de 0,37 % comme substantiel.²⁶

Dans plusieurs décisions, les tribunaux administratifs ont pris en compte le rapport entre les zones de développement et le territoire communal après déduction des zones d'exclusion strictes. Ces décisions semblent appropriées : d'une part, parce que cela ne pénalise pas les communes lorsqu'elles ont sur leur territoire des zones ne pouvant absolument pas être prises en considération ; et d'autre part, parce que cela leur retire toute possibilité d'aménagement, ce qui serait le cas si les zones d'exclusion réglementées aussi étaient déduites. Le tribunal administratif de Hanovre, par exemple, a fixé à une « valeur indicative » de 10 % le rapport entre territoire communal total sans zones d'exclusion strictes et zones de développement.²⁷ La Cour administrative d'appel (*Oberverwaltungsgericht*, OVG) de Münster a suivi la même approche.²⁸

Les développeurs de projets doivent notamment savoir qu'ils ne peuvent se prévaloir d'un droit subjectif à la réalisation d'une planification ou à un certain résultat de planification, alors que ces droits subjectifs existent dans le cadre de la décision relative à l'autorisation d'un projet particulier au regard de la législation sur la protection contre les nuisances environnementales. Il n'est donc pas possible de contraindre l'autorité d'urbanisme compétente à définir une zone de développement éolien à un endroit visé par le développeur de projet qui aurait déjà négocié les accords fonciers. Dans un tel cas, le développeur de projet pourrait seulement essayer de faire invalider le plan local d'urbanisme en exigeant un contrôle de la conformité des normes auprès de la Cour administrative d'appel.²⁹

Des possibilités de participation existent pourtant, tant à l'échelle de la planification régionale qu'à celle du plan d'occupation des sols établi par la commune. Tout développeur de projet a donc intérêt à s'impliquer dans les procédures et à lancer le débat sur « ses » terrains. Dans bien des cas, il aura la primeur d'informations sur certains sites qu'il pourrait relayer à l'autorité d'urbanisme compétente. Souvent formulées à l'échelle de la planification, les objections

²² *BVerwG*, décision du 12 mai 2016 – 4 BN 49.15.

²³ *OVG Lüneburg*, jugement du 28 mars 2006 – 9 LC 226.03.

²⁴ *VGH Kassel*, jugement du 25 mars 2009 – 3 C 594.08

²⁵ *VGH Kassel*, jugement du 17 juin 2009 – 6 A 630.08.

²⁶ *OVG Magdebourg*, jugement du 14 mai 2009 – 2 L 255.06.

²⁷ *VG Hanovre*, jugement du 24 novembre 2011 – 4 A 4927.09.

²⁸ *OVG Münster*, jugement du 22 septembre 2015 – 10 D 82/13.

²⁹ *BVerwG*, jugement du 26 avril 2007 – 4 CN 3.06.



relatives à la conservation des espèces peuvent être levées durablement si le développeur de projet a déjà fait examiner le site en question au regard de la présence de certaines espèces.

Annulation du régime administratif privilégié par les Länder : distance minimale

L'art. 249, alinéa 3 du Code BauGB comporte une « clause d'ouverture » permettant aux Länder de considérer que les éoliennes ne sont autorisées en zone périurbaine que lorsque certaines distances minimales entre éoliennes et bâtiments résidentiels sont respectées. Cette clause d'ouverture est une proposition faite aux législateurs des Länder : ceux-ci peuvent ainsi décider s'ils ont recours à la possibilité de fixer des distances minimales ou non. Cette distance minimale ne doit pas être supérieure à 1 000 mètres. Le pluriel (« distances minimales ») indique toutefois que, jusqu'à ce seuil, différentes distances minimales peuvent être définies, pour différents usages résidentiels. La mesure de cette distance est effectuée du milieu du mât à l'habitation la plus proche.

La règle actuelle n'est en vigueur que depuis le 14 août 2020 ; jusqu'à présent, aucun Land n'a promulgué de loi régionale correspondante. Selon toute apparence, aucune procédure législative parlementaire non plus n'a été ouverte. Toutefois, des préparatifs sont actuellement en cours en Rhénanie-du-Nord-Westphalie, par exemple. Il faut s'attendre à ce que d'autres États fédéraux développent également des activités correspondantes.

Déjà aujourd'hui, il y a une règle dite « 10 H » dans l'État libre de Bavière, qui a été édictée sur la base de l'ancien art. 249, alinéa 3 du Code BauGB : en vertu de cette disposition, les Länder avaient la possibilité, jusqu'au 31 décembre 2015, de définir des distances minimales, et ce, sans devoir respecter une limitation à 1 000 mètres.

Désormais, en Bavière, les éoliennes ne bénéficient ainsi du régime administratif privilégié visé à l'article 35, alinéa 1, n° 5 du Code BauGB que si elles respectent une distance minimale de « 10 H », soit dix fois la hauteur totale de l'éolienne, par rapport à la plupart des types d'habitation. Cette condition est inscrite à l'article 82, alinéa 1 du Code de l'urbanisme bavarois BayBO.³⁰ Le non-respect de cette distance minimale entraîne d'office l'annulation du régime administratif privilégié pour les éoliennes concernées.³¹ Les communes ont toujours la possibilité, via le schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme, d'autoriser la construction d'éoliennes à une distance inférieure à « 10 H » (voir point b ci-dessous pour plus de détails) ; dans la pratique, toutefois, cela ne s'est produit que dans des cas isolés.

Sachant que la hauteur des éoliennes courantes aujourd'hui est supérieure à 200 m, la règle « 10 H » en vigueur en Bavière se traduit par une distance minimale largement supérieure à 1 000 m – un état de fait qui ne serait plus recevable selon la réglementation fédérale en vigueur actuellement, définie à l'art. 249, alinéa 3 du Code BauGB. Cependant, la nouvelle réglementation s'applique sans préjudice de la règle « 10 H » bavaroise (cf. art. 249, alinéa 3, phrase 4 du Code BauGB). De même, les modifications ultérieures de la règle bavaroise n'ayant pas pour effet une correction de la distance minimale supérieure à 1 000 mètres restent possibles.

Malgré le fait que la règle « 10 H » se traduit par une exclusion de l'éolien de la plupart des zones de Bavière et que, par conséquent, le développement de cette énergie y est en pratique immobilisé, la Cour constitutionnelle bavaroise a déclaré cette règle comme étant constitutionnelle.³²

b) Recevabilité en zone intérieure

Le régime administratif privilégié en zone périurbaine n'exclut pas la possibilité d'autoriser la construction d'éoliennes au moyen d'un plan local d'urbanisme. Conformément à l'article 30, alinéa 1 du Code BauGB, l'autorisation des

³⁰ Plus de détails sur la règle bavaroise « 10 H » : *Helmes/Klöcker*, REE 2015, 81.

³¹ *VG Bayreuth*, décision du 15 septembre 2015 – 2 K 15.141.

³² *BayVerfGH*, décision du 9 mai 2016 – Vf. 14-VII.14, Vf. 3-VIII.15, Vf. 4-VIII.15.



éoliennes est exclusivement régie par ce plan dans la mesure où il existe. Les dispositions de l'article 35 du Code BauGB relatives à la zone périurbaine ne sont dans ce cas pas applicables.

Pour la commune, l'avantage du plan local d'urbanisme est la possibilité de définir des règles très précises et donc de maîtriser la planification au détail près. Il est ainsi possible de définir terrain par terrain la possibilité d'accueillir des éoliennes ou non. Il est en outre admis (et c'est d'ailleurs l'un des motifs principaux de l'établissement d'un plan local d'urbanisme) de définir des hauteurs maximales pour les éoliennes, art. 16, alinéa 2, n° 4 du Code BauNVO, si et dans la mesure où cette démarche se base sur des objectifs de planification légitimes de la commune. Ce plan peut également comporter des dispositions au regard de la protection contre les nuisances environnementales, telles que la définition, pour les différents terrains, d'un niveau maximal de puissance acoustique émise, donc du bruit émanant de l'éolienne.³³ Il ne peut pas en revanche comprendre d'objectif abstrait sur un nombre maximal d'éoliennes sur le territoire couvert par le plan.³⁴

Concrètement, le plan local d'urbanisme peut notamment affecter expressément une certaine zone au développement éolien, en vertu de l'article 9, alinéa 1, n° 1 du Code BauGB, associé à l'article 11, alinéa 2 du Règlement BauNVO. Les limites de construction définies doivent permettre d'implanter une éolienne sur un terrain délimité.³⁵ Dans ce cadre, il est possible de définir d'une part les limites de construction des fondations et d'autre part celles de la surface balayée par le rotor ; le plan doit toutefois faire apparaître clairement à quoi se réfère chaque limite de construction.³⁶

Le plan d'urbanisme local peut aussi, à titre d'alternative, réserver certaines zones à l'éolien et prévoir une autre utilisation pour les autres zones, par exemple l'agriculture.³⁷ Pour les éoliennes dont la production est destinée au service public de l'électricité, il est également possible de définir des zones d'approvisionnement au sens de l'article 9, alinéa 1, n° 12 du Code BauGB. Le parc éolien doit alors servir à fournir de l'électricité à la population locale ou même supra-locale.

Même en dehors de tout zonage, l'implantation d'éoliennes peut être autorisée sur un territoire couvert par un plan local d'urbanisme. Ainsi, une éolienne peut être considérée comme construction admise dans une zone industrielle formellement définie.³⁸ Ce cas de figure s'apprécie bien entendu au cas par cas.

2. Sécurisation foncière

Le porteur d'un projet éolien qui aurait trouvé un site en principe approprié pour le développement de cette énergie n'est pas pour autant autorisé à l'utiliser effectivement sans autre démarche. Il doit en effet d'abord obtenir le droit de l'utiliser selon les règles du droit privé. Ceci passe en général par un accord avec le propriétaire du terrain (voir point a) ci-après). Dans certains cas exceptionnels, il est toutefois également possible de mettre la main sur un terrain sans le consentement ou même contre la volonté de son propriétaire (voir point b) plus loin).

a) Accords avec le propriétaire du terrain

Trouver un accord avec les propriétaires de tous les terrains requis pour l'implantation et l'exploitation d'un parc éolien est une étape décisive d'un projet éolien. Dans la plupart des cas, même un parc de quelques éoliennes seulement concernera un grand nombre de parcelles et exigera de ce fait de négocier des accords avec de nombreux

³³ *OVG Münster*, jugement du 14 avril 2011 – 8 A 320.09.

³⁴ *OVG Coblenz*, jugement du 21 janvier 2011 – 8 C 10850.10.

³⁵ *BVerwG*, jugement du 21 octobre 2004 – 4 C 3.04.

³⁶ *BVerwG*, jugement du 21 octobre 2004 – 4 C 3.04.

³⁷ *OVG Berlin/Brandebourg*, jugement du 26 novembre 2010 – 2 A 32.08.

³⁸ *OVG Lunebourg*, jugement du 25 juin 2015 – 12 LC 230.14.



propriétaires fonciers. Cette particularité est notamment liée au fait que le terrain concret sur lequel sera implantée et exploitée l'éolienne en question n'est pas le seul pour lequel l'exploitant doit posséder le droit de jouissance. L'exploitant aura en effet également besoin de l'autorisation du propriétaire du terrain balayé par les rotors de ses éoliennes, ou encore de celle du propriétaire du terrain qui permet de respecter la distance minimale par rapport à l'habitation la plus proche telle que prévue par la loi. Il est en outre responsable de l'injection de son électricité dans le réseau public et doit de ce fait sécuriser juridiquement la totalité de la ligne reliant son installation au point de raccordement le plus proche qui peut tout à fait se trouver à plusieurs kilomètres du site éolien. En général, la construction d'un parc éolien nécessite des terrains pour :

- implanter et exploiter et, le cas échéant, remplacer les éoliennes, mais aussi pour mettre en place les grues et monter les différents éléments, pour accéder au chantier et pour faire passer les lignes électriques ;
- permettre le balayage du rotor et pour respecter la distance minimale ;
- permettre l'accès depuis l'éolienne à la voie publique la plus proche ;
- poser les câbles reliant l'installation au point de raccordement au réseau ;
- mettre en place et exploiter un point de fourniture / poste de transformation pour le raccordement au réseau ;
- mettre en œuvre les mesures de compensation et de remplacement imposées par les autorités.

Sans avoir conclu les accords correspondants avec les propriétaires, l'exploitant d'un parc éolien n'est en principe pas en mesure d'utiliser les terrains dont il a besoin. Les droits de jouissance sont couramment sécurisés à deux niveaux : par un accord personnel conclu avec le propriétaire sous la forme d'un contrat d'utilisation (voir point (1) ci-après) et par la constitution d'un droit réel, c'est-à-dire en général une servitude personnelle restreinte, concédée par le propriétaire à l'exploitant et inscrite au registre foncier (voir point (2) plus loin). En ce qui concerne cette sécurisation juridique, différentes exigences doivent être respectées pour éviter certains écueils juridiques et garantir une exploitation pérenne du parc éolien.

Conclusion de contrats d'utilisation du sol

En Allemagne, il n'est pas courant d'acquérir les terrains des sites éoliens. La durée de vie des éoliennes est en effet limitée, même si l'on peut s'attendre à ce qu'elles fonctionnent pendant plusieurs décennies. Acquérir les terrains est de ce fait dans la plupart des cas peu judicieux sur le plan économique. Une pratique bien plus répandue et même la plus courante est de ce fait de conclure des contrats d'utilisation du sol avec les différents propriétaires fonciers pour bénéficier de droits de jouissance sur une longue durée. Il est important que ces contrats d'utilisation, qui se rapprochent juridiquement de contrats de fermage ou de baux fonciers, règlent certains points essentiels. Il s'agit notamment des questions suivantes :

- **Durée du contrat :** La durée du contrat doit être stipulée expressément, et il est préférable qu'elle soit limitée dans le temps pour exclure la possibilité pour le propriétaire du terrain de résilier le contrat avant son terme. La durée recommandée est de 20 ans à partir de la mise en service du parc éolien qui est l'objet du contrat, incluant l'option de prolonger cette durée au moins une fois de cinq ans. Dans le cas d'un contrat d'utilisation à durée indéterminée, le propriétaire a le droit de résilier en bonne et due forme ce contrat à tout moment. La fixation d'une durée permet d'exclure cette possibilité.
- **Montant et échéance des sommes à verser pour l'utilisation d'un terrain**



- **Type d'utilisation :** Tout contrat d'utilisation à durée limitée doit comprendre l'accord écrit des contractants sur tous les points essentiels du contrat et notamment sur le type d'utilisation précis du terrain. L'emplacement du parc éolien n'étant souvent pas encore connu dans les détails au moment de la négociation des accords fonciers, ou pouvant changer après la signature du contrat, il est courant pour les parties de convenir de l'ajout ultérieur d'une annexe au contrat comprenant un plan de situation précis du projet.
- **Obligation de constituer les droits réels :** par le contrat, le propriétaire foncier doit s'engager à conférer les droits réels nécessaires à l'exploitant du parc. Il s'agira en règle générale d'une servitude personnelle restreinte et de la prénotation d'un tiers qui subrogera l'exploitant dans ses droits et/ou d'un établissement bancaire finançant le parc éolien (voir point 2 plus loin). L'utilisation du terrain objet du contrat pour respecter les distances minimales imposées est un cas spécial. Les dispositions varient ici d'un Land à l'autre. La plupart des codes de l'urbanisme des Länder prévoit cependant pour ces terrains une inscription au registre des servitudes publiques (*Baulastenverzeichnis*) et non pas une inscription au registre foncier.
- **Extinction des droits réels dans certains cas seulement :** Détenir les droits réels sur le terrain objet du contrat n'est en principe plus nécessaire à partir du moment où le parc éolien est démantelé et le contrat arrivé à son terme. L'exploitant peut alors accepter l'extinction de la servitude et de la (ou des) prénotation(s). L'intérêt de l'exploitant est en revanche diamétralement opposé à ce cas de figure quand il s'agit d'exercer certains droits spéciaux prévus par la loi pour la résiliation d'un contrat, par exemple celui inscrit à l'article 57a de la Loi ZVG pour le cas de l'acquisition d'un terrain par un tiers suite à sa vente forcée aux enchères. Malgré la caducité du contrat d'utilisation, l'exploitant préserve dans ce cas son droit de jouissance du terrain concerné, la servitude personnelle restreinte qui lui a été concédée étant maintenue. Il importe donc de limiter expressément l'extinction des servitudes / prénotations aux cas où le contrat de jouissance prendrait fin pour les motifs suivants : contrat arrivé à son terme, mise à l'arrêt définitive et démantèlement des éoliennes, retards de paiement répétés, ou tout motif similaire relevant de la sphère d'influence de l'exploitant.
- **Obligation absolue de l'exploitant de démanteler les éoliennes :** Il faut éviter que l'éolienne solidement ancrée au sol puisse, en raison de prescriptions légales (article 93 du Code civil allemand BGB), être considérée comme faisant partie intégrante du terrain car dans ce cas elle deviendrait la propriété du détenteur du terrain. Pour exclure cette éventualité, il doit ressortir des dispositions du contrat que les éoliennes ne sont érigées qu'à des fins temporaires et qu'elles n'ont pas vocation à rester durablement sur le terrain selon la volonté des parties au contrat. Cet objectif peut être atteint par l'obligation absolue de l'exploitant de démanteler totalement ses éoliennes à l'issue du contrat à durée déterminée et de les retirer intégralement du terrain.
- **Accord de transfert du contrat d'utilisation :** Pour protéger le créancier, le transfert du contrat sur un tiers par l'exploitant du parc éolien nécessite dans tous les cas l'accord du propriétaire du terrain. Ce dernier peut et devrait donner son accord à l'exploitant pour des transferts ultérieurs de façon explicite dans le contrat d'utilisation.
- **Clauses relatives aux établissements bancaires :** Dans la mesure où la construction du parc éolien est financée par un institut de crédit externe, ce dernier exigera a minima l'inclusion dans le contrat d'utilisation d'un certain nombre de règles permettant de le protéger en tant que créancier mais aussi de protéger le projet éolien comme sûreté éventuelle. Ces règles comprennent par exemple le droit de devenir partie au contrat en lieu et place de l'exploitant, l'obligation du propriétaire en cas de vente de son terrain de transférer expressément à l'acquéreur le contrat d'utilisation avec tous les droits et, bien entendu, obligations y afférents, ou encore la renonciation du propriétaire à un droit de gage qui lui serait dû en tant que bailleur en vertu de l'article 562 du Code civil BGB (en association avec l'art. 581, alinéa 2 BGB).



- **Accord du titulaire d'un bail rural** : Les terrains choisis pour la construction d'un parc éolien sont souvent utilisés pour l'agriculture. Dans le cas où une personne autre que le propriétaire exploite le terrain visé par le contrat sur la base de droits d'exploitation que le propriétaire lui aurait concédés, l'exploitant du parc éolien a tout intérêt à obtenir l'autorisation de ce fermier d'utiliser ce terrain conformément à l'objet du contrat.

Constitution des droits réels

La signature d'un contrat d'utilisation est dans la très grande majorité des cas complétée par la constitution des droits réels de l'exploitant du parc éolien, généralement sous forme d'une **servitude personnelle restreinte conformément à l'article 1090 du Code civil allemand BGB**, avec la (ou les) **prénotation(s)** requise(s).

La servitude couvre le droit de jouissance de l'exploitant lui-même, tandis que la prénotation couvre le droit de l'établissement bancaire qui finance le projet ou d'un autre tiers devenant partie au contrat d'utilisation de bénéficiaire d'une servitude identique. Les concepts basés sur ce modèle général varient d'un projet à l'autre. Ainsi, au lieu de la prénotation, une servitude personnelle restreinte assortie de conditions suspensives est parfois d'emblée prévue pour l'établissement bancaire qui finance le projet, ou bien deux prénotations distinctes sont réalisées, l'une pour la banque et l'autre pour un tiers qui deviendrait partie au contrat.

Au moment de la demande et de l'octroi de ces droits, il convient de veiller à les faire inscrire si possible en priorité sur les autres charges éventuellement inscrites au registre foncier pour le terrain en question. L'objectif de cette démarche est de prévenir la suppression des droits de l'exploitant en cas de vente forcée aux enchères du terrain ou les éventuelles actions en cessation d'autres titulaires de droits inscrits en priorité. Dans tous les cas, les droits concédés seront de préférence immédiatement inscrits au plus haut rang possible pour pouvoir au moins préserver le rang disponible à ce moment-là au registre foncier. Contrairement à d'autres droits réels, les servitudes personnelles restreintes ne sont en principe pas cessibles, conformément à l'article 1092 du Code civil allemand BGB, à l'exception notable toutefois des servitudes pour le passage de câbles. L'acte constitutif de la servitude doit de ce fait également mentionner le fait que son usage par des tiers est autorisé. Pour exclure toute possibilité d'un transfert de propriété de plein droit sur le détenteur du terrain, tel que mentionné au point (1) (voir plus haut sous *Obligation absolue de l'exploitant de démanteler les éoliennes*), il conviendrait dans tous les cas d'inscrire au registre foncier la servitude et de la prénotation pour le terrain sur lequel seront implantées les éoliennes avant le début des travaux. En vertu de l'article 95, alinéa 1, phrase 1 du Code civil BGB, les dispositions légales ne s'appliquent en effet pas si l'éolienne est « reliée au terrain en vertu d'un droit sur un terrain tiers, par le titulaire de ce droit ». Cela signifie que l'éolienne ne fait pas ici partie intégrante du terrain et ne devient donc pas non plus la propriété du propriétaire du terrain. Pour ce lien avec le terrain créé en vertu d'un droit réel, il suffit même, de l'avis général, que la demande d'inscription de ce droit ait effectivement été reçue avant le début des travaux par le bureau du registre foncier compétent.³⁹

b) Utiliser un terrain sans l'accord du propriétaire

Le fait de ne pas trouver d'accord avec le propriétaire du terrain signifie en général la fin du projet éolien sur ce site. Cependant, la possibilité existe d'utiliser un terrain sans l'accord du propriétaire et d'y implanter des éoliennes. L'article 45, alinéa 1, n° 2 de la Loi allemande sur le secteur de l'énergie (EnWG) prévoit en effet la possibilité d'une expropriation au profit des éoliennes : selon cette disposition, il est en principe permis d'utiliser un terrain même contre la volonté de son propriétaire pour un « [des projets] d'approvisionnement énergétique ». Les projets éoliens entrent dans cette catégorie.⁴⁰

³⁹ Déjà en 1961 : *BGH*, jugement du 12 avril 1961 – VIII ZR 66.60.

⁴⁰ *BGH*, jugement du 12 mars 2015 – III ZR 36/14.



Il faut dire que l'expropriation n'est pas, dans ses effets, aussi martiale que le terme pourrait le laisser croire. En général, il ne s'agit pas de la perte totale du bien mais plutôt de l'inscription d'une servitude personnelle restreinte pour l'utilisation du terrain. La propriété du terrain n'est pas remise en question.

Au vu de ses effets sur les droits du propriétaire sur son terrain, une telle expropriation doit par contre répondre à des exigences très strictes. Dans les faits, l'expropriation ne sera donc qu'exceptionnellement une solution réaliste. La fonction sans doute plus importante de ce concept juridique est la menace potentielle qu'il représente. Lorsqu'un projet risque de ne pas aboutir en raison du seul manque de volonté de certains propriétaires fonciers de trouver un accord, la menace de l'expropriation comme (ultime) recours peut suffire pour inciter tous les acteurs concernés à chercher une solution à l'amiable.⁴¹

En ce qui concerne l'utilisation temporaire d'un terrain, par exemple pour permettre l'accès au chantier, différentes possibilités juridiques existent pour utiliser ce terrain sans le consentement du propriétaire. Ainsi, il existe souvent un droit à la servitude de passage en vertu de l'article 917 du Code civil allemand BGB, avec l'obligation de tolérer ce passage. S'il s'agit de chemins (d'exploitation) communaux, certains juges estiment aussi qu'il existe un droit de jouissance public découlant directement du droit fondamental à la propriété.⁴² Des riverains opposés à l'éolien qui mettraient en place des obstacles directement à côté des chemins nécessaires commettraient une infraction contre l'interdiction de chicane (*Schikaneverbot*) visée à l'article 226 du Code civil allemand BGB ; dans ce cas, l'exploitant serait donc en droit d'éliminer les obstacles.⁴³

II. La procédure d'autorisation

La clé du développement de projet est d'obtenir les autorisations administratives nécessaires pour la construction et l'exploitation des éoliennes. La principale autorisation (même si, dans bien des cas, elle n'est pas la seule) est l'autorisation de construire et d'exploiter selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales (BImSchG). En effet, les éoliennes sont généralement soumises à cette autorisation : les éoliennes d'une hauteur totale supérieure à 50 mètres sont soumises à l'obligation d'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales, art. 4 al. 1 n° 1 BImSchV, art. 1 du 4^e décret BImSchV, n° 1.6 de l'annexe 1 du 4^e décret BImSchV. Seules les petites éoliennes d'une hauteur totale inférieure sont exemptées de l'obligation d'autorisation ; mais elles doivent éventuellement demander un permis de construire selon le code de la construction en vigueur dans le Land.

1. Principes de l'autorisation

Une autorisation exécutoire selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales est indispensable pour la construction et l'exploitation d'une éolienne. Elle constitue donc un jalon absolument central dans le développement de projets d'éoliennes. L'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales est obligatoire pour pouvoir participer à un appel d'offres auprès de la BNetzA, art. 36 al. 1 n° 1 EEG 2017.

La loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales prévoit à l'art. 6 al. 1 BImSchG une « interdiction préventive avec réserve d'approbation ». Cela signifie d'une part que la construction et l'exploitation d'éoliennes sans autorisation sont interdites, et d'autre part, ce qui ne va pas de soi en comparaison internationale, qu'il

⁴¹ Sur les effets du jugement : *Helmes*, NVwZ 2015, 915.

⁴² *VG Mayence*, décision du 22 juillet 2016 – 3 L 648.16.

⁴³ *LG Landshut*, jugement du 25 mars 2013 – 54 O 756.13.



existe un « droit connexe » à l'obtention de l'autorisation dès lors que les conditions requises sont remplies. Autrement dit, l'autorité qui délivre les autorisations *doit* accorder une autorisation demandée, elle ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire ou liberté d'appréciation.

L'autorité compétente pour délivrer les autorisations selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales varie d'un Land à l'autre. Il s'agit en général des arrondissements ruraux et des villes-arrondissements (par exemple en Bavière et en Rhénanie-du-Nord-Westphalie) ou directement des autorités du Land (par exemple dans le Brandebourg).

Dans la pratique, cet aspect ne doit toutefois pas être surévalué. Vu le nombre de dispositions légales à examiner qu'une éolienne doit respecter, les autorités disposent bel et bien en pratique, malgré le droit connexe, d'une certaine liberté d'appréciation. Ceci est d'autant plus vrai que, d'après la jurisprudence, différentes questions que l'autorité qui délivre les autorisations et les autorités spécialisées impliquées ont à trancher dans le cadre de la procédure d'autorisation, ne sont soumises qu'à un contrôle juridique limité. Cela signifie que seules des fautes manifestes des autorités peuvent être attaquées en justice. C'est notamment le cas en matière de protection de l'environnement⁴⁴ ou de sûreté aérienne⁴⁵.

En principe, si des aspects s'opposent à l'autorisation, l'autorité est tenue, avant de la refuser, de vérifier si l'adoption de dispositions accessoires restrictives au sens de l'art. 36 al. 1 VwVfG ne permettrait pas de rendre le projet recevable. Vu les conséquences complexes induites par les éoliennes, l'ajout de nombreuses dispositions accessoires est tout sauf une exception. Les dispositions accessoires sont de tous ordres. On peut citer comme exemples typiques les restrictions d'exploitation de nuit pour diminuer les nuisances sonores ou l'imposition de mesures de compensation et de substitution écologiques.

Un autre aspect important de l'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales est son effet sur la concentration, art. 13 BImSchG : aucune autre autorisation n'est nécessaire pour le projet. Cela signifie également que l'autorité qui délivre les autorisations vérifie les conditions matérielles des autres autorisations dans le cadre de l'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales (et consulte à cet effet les autorités spécialisées compétentes). Mais certaines autorisations, par exemple dans le domaine juridique relatif aux eaux, ne sont pas incluses, c'est-à-dire que le porteur de projet doit (de nouveau) les obtenir séparément.

Dans ce contexte, il faut également souligner que l'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales s'applique certes aux éoliennes et à leurs installations annexes nécessaires, art. 1 al. 4 du 4^e décret BImSchV, mais cela ne signifie pas pour autant que tous les éléments nécessaires à la construction et à l'exploitation de l'éolienne soient automatiquement couverts par l'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales. Les atteintes à la nature nécessaires uniquement pour la phase de construction, telles que le déboisement, ne font pas partie de l'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales. Les travaux de voirie en tant que tels ne sont normalement pas non plus couverts par l'autorisation. De plus, il est très important que le tracé de câbles pour le raccordement au réseau général ne soit pas visé par l'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales.

⁴⁴ BVerwG, jugement du 21 novembre 2013 – 7 C 40.11.

⁴⁵ BVerwG, jugement du 7 avril 2016 – 4 C 1.15.



2. À propos de la procédure d'autorisation

Chaque éolienne doit faire l'objet d'une autorisation individuelle selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales, l'ancienne autorisation de « parcs d'éoliennes » n'existe plus sous cette forme. Il est cependant possible (et souvent souhaitable) de regrouper les demandes et les procédures d'autorisation pour plusieurs éoliennes à construire en parallèle. Du nombre total d'éoliennes à autoriser (ou déjà construites ou à minima autorisées à proximité) découle la nécessité et éventuellement le type d'étude d'impact environnemental à réaliser, ainsi que le type de procédure d'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales à initier.

a) Ouverture de la procédure

La procédure débute formellement avec le dépôt de demande. En pratique, il est cependant courant et absolument recommandé de rencontrer l'autorité qui délivre les autorisations pour un entretien de consultation en amont de la demande, afin de discuter des aspects essentiels de la demande et des documents à fournir.

L'autorité doit confirmer la réception de la demande et vérifier que tous les documents ont été fournis. Si des documents manquent, l'autorité doit inviter sans délai le demandeur à fournir les documents manquants dans un délai raisonnable. Dans le cas contraire, elle confirme que les documents sont complets.

Les exigences relatives à une demande d'autorisation complète sont essentiellement stipulées aux art. 3 à 5 du 9^e décret BImSchV. La demande doit contenir toutes les données et tous les documents nécessaires pour que l'autorité puisse contrôler le respect des conditions préalables à l'autorisation. Les documents nécessaires à cet effet peuvent varier grandement selon l'éolienne et son implantation. En général, une demande pour une éolienne requiert au minimum :

- un formulaire de demande rempli,
- une description du projet (bref descriptif, description de l'éolienne et description du site d'implantation),
- les documents techniques nécessaires à l'exploitation de l'éolienne (par exemple la documentation du système de commande),
- les cartes et plans du site,
- les documents de construction (par exemple plan cadastral, justificatif de stabilité),
- les données relatives aux déchets produits et aux substances polluantes pour les eaux,
- les expertises techniques (bruit, ombre, respect des paysages, etc.).

b) Types de procédures

Deux types de procédures peuvent mener à une autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales : la procédure simplifiée et la procédure formelle. La procédure formelle (art. 4 BImSchG) est obligatoire si la demande concerne vingt éoliennes ou plus (numéro 1.6.1 de l'annexe 1 du 4^e décret BImSchV) ou si une étude d'impact environnemental est requise pour toute autre raison (voir ci-dessous c)), art. 1 al. 2 du 9^e décret BImSch. Par ailleurs, le demandeur peut aussi déposer volontairement une demande de procédure formelle, art. 19 al. 3 BImSchG.



De ce fait, la **procédure simplifiée** prévue à l'art. 19 BImSchG s'applique si l'autorisation demandée concerne moins de vingt éoliennes, si aucune étude d'impact environnemental n'est requise et si le demandeur ne demande pas volontairement de procédure formelle. Cette procédure « allégée » a ses avantages, car elle demande moins de temps et d'efforts et parce qu'elle suscite généralement moins d'opposition de la part de la population. Mais la procédure simplifiée a aussi des inconvénients que tout demandeur se doit de connaître : à la différence de la procédure formelle, où l'autorisation est rendue publique à la fin, le délai de recours pour les tiers concernés tels que les riverains ne commence pas à courir à la délivrance de l'autorisation. Ce type d'autorisation est donc susceptible de recours pendant beaucoup plus longtemps (pour plus de précisions, voir IV 2.)⁴⁶. Une autre différence réside en cela que les actions en cessation civiles (art. 906, 1004 du Code civil allemand BGB) sont exclues dans le cas d'une éolienne ayant obtenu une autorisation définitive lors d'une procédure formelle (cf. art 14 BImSchG), tandis que cela n'est pas le cas pour des éoliennes autorisées dans le cadre d'une procédure simplifiée (cf. art. 19, al. 2 BImSchG). Dans la pratique, cette différence joue un rôle non négligeable : en effet, les actions en justice contre les éoliennes ont pris une grande importance au cours des dernières années. Exception faite de certains cas atypiques, ces actions restent fréquemment infructueuses également lorsque les éoliennes concernées disposent d'une autorisation obtenue par une procédure simplifiée, parce que les émissions ne dépassant pas les valeurs indicatives doivent aussi être tolérées du point de vue du droit civil (art. 906 al. 1 phr. 2, 3 du Code civil allemand BGB). Bien entendu, de telles procédures possèdent également le potentiel de retarder la réalisation des projets éoliens. À cet égard, le fait que, dans la procédure civile, d'autres dispositions relatives à la charge de la preuve s'appliquent que dans la procédure administrative a indéniablement une incidence : ainsi, il ne suffit pas toujours de se référer, lors de la procédure civile, aux prévisions d'émissions sonores présentées dans le cadre de la procédure d'autorisation.⁴⁷

Par le passé, l'avantage majeur de la **procédure formelle** était la forclusion – avantage qui pouvait être invoqué aussi bien par les détenteurs de l'autorisation que par les autorités délivrant les autorisations. Elle empêchait les tiers ayant oublié de former un recours à temps dans le cadre de la procédure formelle d'attaquer l'autorisation. Ce principe de droit, qui jouait jusqu'alors un rôle primordial dans la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales et qui figure toujours dans la loi (art. 10 al. 6 BImSchG), est toutefois contraire aux dispositions légales européennes⁴⁸ et n'est donc plus applicable lorsqu'il s'agit de projets qui requièrent une étude (préalable) d'impact environnemental⁴⁹.

La procédure simplifiée, comme son nom le laisse entendre, est moins compliquée que la procédure formelle, car elle renonce à différentes dispositions obligatoires pour la procédure formelle, conformément à l'art. 19 al. 2 BImSchG. La principale différence entre les deux types de procédures est la **participation publique**. Alors que la procédure simplifiée ne prévoit aucune participation publique et se joue quasiment entre le demandeur et l'autorité qui délivre les autorisations (ainsi que les autorités spécialisées impliquées), la participation publique est un élément obligatoire de la procédure formelle. La procédure simplifiée est donc pour ainsi dire « interne à l'autorité ».

La procédure formelle, au contraire, se distingue par la participation publique. Dans le cadre de la procédure formelle, le projet doit être publié au journal officiel administratif ainsi que dans la presse locale ou sur Internet, une fois la demande soumise avec tous les documents au complet. Ensuite, la demande et les documents afférents doivent être tenus à la disposition du public pour une durée d'un mois. De plus, le demandeur doit présenter un bref descriptif compréhensible pour un public non initié, art. 4 al. 3 phrase 1 du 9^e décret BImSchV. Ces documents sont mis à disposition dans la commune où l'éolienne doit être installée et dans les locaux de l'autorité qui délivre les autorisations. Par ailleurs, de plus en plus de Länder publient aussi les documents sur Internet.

⁴⁶ Voir également : v. Tettau, note de synthèse *Contentieux et recours relatifs aux projets éoliens en Allemagne*, DFBEW, mai 2015.

⁴⁷ *OLG Schleswig*, jugement du 13 juin 2019 – 7 U 140.18.

⁴⁸ *CJUE*, jugement du 15 octobre 2015 – C-137.14. com. de l'Autriche.

⁴⁹ *OVG Münster*, arrêt du 31 juin 2016 – 8 B 1341.15.



Les citoyens concernés ont jusqu'à deux semaines après l'expiration du délai de consultation pour former un recours. À l'expiration de ce délai, l'autorité qui délivre les autorisations décide si un **débat** doit être organisé, art. 10 al. 6 BImSchG. En règle générale, le débat doit avoir lieu sous forme physique ; toutefois, l'art. 5 de la loi sur la garantie de la planification (*Planungssicherstellungsgesetz*, PlanSiG) prévoit que le débat puisse être mené sous la forme d'une consultation en ligne. Cette possibilité a été introduite en vue de la lutte contre la pandémie de Covid-19 et n'est pour l'instant applicable que jusqu'à fin 2021. L'objectif d'un débat est surtout de discuter des recours formés dans les délais, si tant est qu'ils entrent dans le cadre du contrôle du respect des conditions préalables à l'autorisation, art. 14 du 9^e décret BImSchV. Le débat, dirigé par l'autorité, est extrêmement important d'un point de vue pratique. La teneur et le but de cette réunion sont simples : donner aux opposants la possibilité d'explicitier leurs objections. La présence d'autres participants n'ayant pas formé de recours est autorisée, mais ils n'ont strictement parlant pas de droit de parole (même si ce principe est largement ignoré dans les faits). Le demandeur a la possibilité de présenter sa vision des choses par rapport aux remarques des participants. Enfin, le débat sert à donner à l'autorité la meilleure compréhension possible des problèmes, réels ou supposés. L'autorité doit connaître les différents points de vue et pouvoir en tenir compte dans sa décision. Juridiquement parlant, le débat n'a toutefois aucune autre fonction. Non seulement l'autorité n'y prend aucune décision définitive, mais il ne s'agit pas non plus d'une « négociation » entre les opposants et le demandeur à propos du projet.

L'expérience montre que les participants se présentent souvent au débat avec de fausses attentes, et qu'ils essayent par exemple de discuter avec les porteurs du projet et les autorités délivrant les autorisations de la pertinence politique, économique ou écologique du projet, d'un point de vue tout à fait général. De telles discussions ne devraient être permises par la direction de l'autorité impliquée que de façon restrictive, tout au plus : en effet, non seulement elles n'ont pas leur place à l'ordre du jour d'un tel débat, mais elles se traduisent régulièrement par un manque de temps pour les questions devant réellement être examinées. Aussi la réussite d'un débat, qui peut aussi dans l'idéal favoriser l'apaisement, dépend-elle de la façon dont il est mené.

c) L'étude d'impact environnemental

Dans le cadre de la procédure d'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales, il peut s'avérer nécessaire de procéder à une étude d'impact environnemental. Celle-ci sert à identifier, à décrire et à évaluer les conséquences du projet sur le patrimoine naturel (habitants, animaux, plantes, sols, eaux, air, climat, paysage, patrimoine culturel et autre), art. 3, al. 25 et art. 1 de la loi sur les études d'impacts environnementaux (*Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz*, UVPG)

L'étude d'impact environnemental n'est pas une procédure autonome ; il s'agit d'un sous-volet de la procédure d'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales. Aussi n'est-elle pas assortie d'exigences matérielles particulières d'un point de vue matériel et juridique, car l'étude d'impact environnemental se contente de contrôler ce qui est de toute façon obligatoire. Il ne faut pas pour autant sous-estimer son importance. D'abord, la nécessité d'une étude d'impact environnemental rend obligatoire la procédure d'autorisation formelle avec participation du public. De plus, elle a naturellement pour effet de faire émerger de nombreuses informations qui sans cela auraient pu passer inaperçues. Enfin, elle ouvre aux riverains et aux associations de défense de l'environnement des droits de recours étendus. Ils peuvent invoquer des erreurs dans le choix de la procédure ou des doutes quant au contrôle du contenu par l'autorité.

Si le demandeur a l'obligation de coopérer, c'est par les autorités que l'étude d'impact environnemental est véritablement menée. Le demandeur est certes tenu de présenter les informations requises ; en premier lieu, cela est effectué à l'aide du rapport de compatibilité environnementale, conformément à l'art. 16 UVPG (appelée autrefois « étude d'impact environnemental »), généralement au moyen d'études spécialisées et d'expertises. Mais l'autorité décide seule de la procédure applicable et du contenu.



Ces derniers temps, l'étude d'impact environnemental est devenue l'une des principales entraves aux projets d'éoliennes dans le cadre de la procédure d'autorisation. Ceci s'explique d'une part par le fait que les autorités manquent encore souvent d'expérience pratique dans cet exercice, car les études d'impact environnemental constituent l'exception pour les éoliennes soumises à autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales. D'autre part, les études d'impact environnemental des éoliennes ont tendance à devenir de plus en plus complexes, car des éoliennes sont aussi installées dans des zones écologiques sensibles.

Mais la raison pour laquelle les décisions de justice portant sur de (supposées) fautes dans les études d'impact environnemental foisonnent est tout autre : du fait des dispositions légales européennes et surtout suite à plusieurs rappels à l'ordre de la CJUE⁵⁰, les associations de défense de l'environnement reconnues et les riverains ont désormais en Allemagne la possibilité d'invoquer l'UmwRG pour contester en justice le choix de la procédure et les défauts sur le fond de l'étude d'impact environnemental.⁵¹ Contrairement à ce qu'exige généralement la procédure administrative allemande (art. 42 al. 2 VwGO), les plaignants n'ont pas à préciser que l'erreur attaquée touche aussi à la sphère de leurs droits personnels. Ainsi, l'étude d'impact environnemental est devenue l'un des maillons faibles préférés des opposants pour empêcher une autorisation. De ce fait, il est conseillé à tous les demandeurs et à toutes les autorités de prêter une attention particulière à l'étude d'impact environnemental afin de réduire le risque d'annulation de l'autorisation a posteriori par le tribunal administratif.

Il existe plusieurs variantes d'étude d'impact environnemental. Selon les dimensions du projet, l'UVPG impose soit d'emblée une étude d'impact environnemental complète, soit d'abord une étude préalable dans laquelle l'autorité doit vérifier si le projet est susceptible de provoquer « des nuisances environnementales substantielles ». Si elle constate que c'est le cas, une étude d'impact environnemental complète doit suivre. Dans le cas contraire, l'étude d'impact environnemental n'est pas obligatoire.

L'étude préalable elle-même peut être « liée à un site » ou « générale ». La différence entre ces deux types de procédures est que l'étude préalable liée à un site vérifie uniquement si le projet a des conséquences sur les aires spécialement protégées conformément aux n° 2.3.1 à 2.3.11 de l'annexe 2 à l'UVPG. Il s'agit par exemple des sites Natura 2000 (habitats faune-flore). S'il n'y a aucune zone de ce genre à proximité, l'étude liée à un site peut aussitôt prendre fin.

Contrairement aux autres installations soumises à autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales, le choix de la procédure pour les éoliennes ne dépend pas de la taille de l'installation, mais de la présence ou non d'un « parc d'éoliennes » au sens de l'UVPG et du nombre d'éoliennes dans ce parc.

Pour les « parcs d'éoliennes » comprenant vingt éoliennes ou plus, une étude d'impact environnemental complète doit être réalisée. Dans le cas d'un « parc d'éoliennes » comprenant six à dix-neuf éoliennes, une « étude préalable générale » doit être réalisée ; et une « étude préalable liée à un site », au contraire, si le parc comprend de trois à cinq éoliennes. Autrement dit, ces valeurs stipulées à l'annexe 1 de la loi UVPG (numéros 1.6.1 à 1.6.3) signifient qu'aucune étude d'impact environnemental n'est obligatoire lorsque seulement une ou deux éoliennes sont concernées.

Cependant, il n'est pas tout à fait simple de déterminer les éoliennes qui doivent être considérées comme faisant partie du parc éolien. Ce qui est clair, c'est qu'il ne s'agit pas simplement du nombre d'éoliennes visées par une procédure d'autorisation concrète. Ceci est logique, car sinon le demandeur aurait toute latitude de déposer plusieurs demandes d'autorisation distinctes pour contourner l'obligation d'étude d'impact environnemental. C'est pourquoi l'évaluation d'un parc éolien doit aussi tenir compte des éoliennes existantes ou même seulement autorisées. De plus,

⁵⁰ Notamment : CJUE, jugement du 15 octobre 2015 – C-137/14. com. de l'Autriche.

⁵¹ Par exemple *OVG Münster*, arrêt du 18 décembre 2015 – 8 B 1108.15.



il est clair que cela ne dépend pas de l'exploitant : ainsi, des éoliennes existantes d'autres exploitants peuvent parfaitement former un parc éolien avec les éoliennes faisant l'objet de la demande d'autorisation.

Par le passé, toutefois, ce point n'était pas clairement défini et faisait, d'habitude, l'objet de jugements non uniformes dans la jurisprudence. Alors que l'OVG de Münster considère entre autres que les zones d'exposition doivent se recouper ou même se toucher⁵², le VGH de Munich exige en outre dans cette configuration que les éoliennes aient un rapport spatial, opérationnel, fonctionnel et économique entre elles – ce qui doit être le cas en cas de raccordement commun au réseau, par exemple.⁵³ Il va de soi que ces deux façons de voir les choses donnent des résultats très différents dans la pratique. Si l'on s'en tient, comme l'OVG de Münster, au contact entre les zones d'exposition, et en présence par exemple de rayons de protection des espèces de plusieurs kilomètres, on peut parvenir à la conclusion que des éoliennes très éloignées forment un parc éolien et qu'une étude d'impact environnemental est donc obligatoire. Si au contraire on suit la logique du VGH de Munich, des éoliennes même très proches géographiquement peuvent ne pas être prises en compte si elles ne sont là que « par hasard » et n'ont pas de lien avec la nouvelle éolienne.

Depuis 2017, la loi UVPG comprend une définition légale du « parc éolien », laquelle vise à trancher ce point litigieux et garantir une application uniforme au niveau fédéral. Au titre de l'art. 2, al. 5 UVPG, deux critères doivent être remplis simultanément : premièrement, les différentes éoliennes d'un parc éolien doivent être positionnées spatialement de telle sorte que leurs zones d'exposition se recoupent. Si les éoliennes exercent une action sur des zones données de façon simultanée, se renforçant ainsi mutuellement, on est en présence d'une zone de recouvrement. En vertu de la nouvelle législation, ce point doit être tranché en continuant d'appliquer les critères de jurisprudence précédents : le fait qu'une distance inférieure à 10 fois le diamètre du rotor indique un recouvrement des zones d'exposition ne peut s'appliquer ici qu'en tant que règle empirique. En définitive, ce qui, par contre, est déterminant, c'est un examen au cas par cas axé sur le patrimoine protégé par le droit relatif à l'étude d'impact environnementale. Peuvent être considérées les atteintes visuelles ou sonores, mais également l'impact sur les espèces menacées.

Deuxièmement, les éoliennes d'un parc éolien doivent former un ensemble fonctionnel. Ce point vise à empêcher que des éoliennes se trouvant à plusieurs kilomètres les unes des autres forment un parc éolien uniquement en raison du recouvrement de leurs zones d'exposition. Cependant, les critères devant s'appliquer ici présentent une plus grande tolérance que ceux utilisés dans la jurisprudence habituelle du VGH de Munich : selon le législateur, on est déjà en présence d'un ensemble fonctionnel lorsque les éoliennes se trouvent dans la même zone de développement. Des équipements d'exploitation ou des processus opérationnels communs ne sont pas requis, contrairement à ce qui avait été réclamé par le VGH de Munich.

d) Participation des autorités (spécialisées) et de la commune d'implantation

Indépendamment de la question de la procédure à adopter, les autorités spécialisées et la commune d'implantation doivent toujours être impliquées.

Participation des autorités spécialisées

Conformément à l'art. 10 al. 5 phrase 1 BImSchG, l'autorité qui délivre les autorisations doit demander l'avis de toutes les autres autorités concernées dans leur domaine de compétence par le projet. Il s'agit essentiellement (mais pas exclusivement) des autorités dont l'autorisation spéciale serait nécessaire si l'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales n'avait pas d'effet sur la concentration selon l'art. 13 BImSchG (voir point 1. ci-dessus). Ainsi, l'autorité qui délivre les permis de construire doit toujours être consultée ; de même,

⁵² OVG Münster, arrêt du 24 Juin 2015 – 8 B 315.15.

⁵³ VGH Munich, arrêt du 4 juillet 2016 – 22 CS 16.1078.



par exemple, que les autorités environnementales compétentes, les autorités de protection des monuments historiques, etc.

S'agissant de la procédure, l'avis des autres autorités doit être demandé au plus tard lors de la publication du projet. La demande d'avis doit être envoyée simultanément à toutes les autorités consultées avec les documents afférents. Les autorités consultées doivent limiter leur avis sur le fond aux questions touchant à leur domaine de compétence et le faire connaître dans un délai d'un mois, art. 11 phrase 1 du 9^e décret BImSchV. Si l'autorité concernée ne répond pas dans ce délai, l'autorité qui délivre les autorisations doit considérer conformément à l'art. 11 phrase 3 du 9^e décret BImSchV que l'autorité ne souhaite pas s'exprimer. L'autorité qui délivre les autorisations doit alors trancher elle-même les questions correspondantes.

Juridiquement parlant, l'avis des autorités spécialisées n'a pas de caractère contraignant pour l'autorité qui délivre les autorisations selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales. Celle-ci peut donc tout à fait, à l'appui d'une argumentation solide, passer outre l'avis des autorités spécialisées. Cela se produit d'ailleurs régulièrement. Pour le demandeur, il peut donc s'avérer très utile de faire valoir ses arguments directement auprès de l'autorité qui délivre les autorisations si l'autorité spécialisée s'en tient à ses positions. Mais en général, la situation est différente : dans la plupart des cas, l'autorité qui délivre les autorisations applique telles quelles les recommandations de l'autorité spécialisée dans la décision d'autorisation.

Les autorités spécialisées impliquées ont le droit, mais pas l'obligation, de participer au débat organisé par l'autorité qui délivre les autorisations. Leur participation est souhaitable dans l'intérêt de tous les participants, a fortiori si des recours ont été formés et concernent le domaine de compétence des autorités spécialisées. Car sans l'expertise de l'autorité spécialisée, il est difficile pour les autres participants de discuter des objections.

Il existe des particularités pour le transport aérien. Conformément aux articles 12, 14, 17 LuftVG (loi allemande sur la navigation aérienne), l'accord de l'autorité aéronautique est requis, sans quoi l'éolienne ne peut être autorisée.⁵⁴

Participation de la commune d'implantation

Conformément à l'art. 36 al. 1 phrase 1 BauGB (code allemand de la construction), la commune d'implantation doit également donner son accord au projet.⁵⁵ La commune ne peut toutefois pas refuser son accord sans motif valable, par exemple parce que le conseil municipal et/ou la population sont généralement défavorables à l'énergie éolienne. Conformément à l'art. 36 al. 2 phrase 1 BauGB, elle doit plutôt évaluer si le projet est autorisé ou non en application de l'art. 35 BauGB. Si c'est le cas, elle est tenue de donner son accord. D'un autre côté, la commune jouit ici d'une compétence complète de contrôle, qui ne se limite pas à vérifier uniquement les aspects directement liés à sa propre planification communale.⁵⁶

Si la commune refuse son accord à raison en s'appuyant sur les normes précitées, le projet ne peut pas être autorisé. Si elle le refuse à tort, il peut (et doit) être « remplacé » par l'autorité qui délivre les autorisations, art. 36 al. 2 phrase 2 BauGB. Dans ce cas, l'autorité qui délivre les autorisations donne elle-même l'accord à la place de la commune compétente. Si la commune ne se manifeste pas dans un délai de deux mois, son accord est considéré comme donné ; elle ne peut plus par la suite invoquer l'absence de consentement.

⁵⁴ Voir : *BVerwG*, arrêt du 09 février 2015 - 4 B 38.14

⁵⁵ Voir déjà : *BVerwG*, jugement du 06 octobre 1989 - 4 C 28.86 ; (précédemment) approche différente : *VGH* Cassel, jugement du 16 mars 1994 - 14 UE 1702.88.

⁵⁶ *BVerwG*, jugement du 20 mai 2010 - 4 C 7.09.



Beaucoup de communes dont l'accord a été remplacé attaquent cette décision devant les tribunaux administratifs. Même si la plupart de ces plaintes restent infructueuses parce que le refus de la commune était dès le départ contraire à la loi, elles ne sont pas dénuées de risques d'un point de vue juridique pour le détenteur de l'autorisation. En effet, face à ce type de plainte, les tribunaux administratifs doivent vérifier intégralement le respect des conditions stipulées à l'art. 35 BauGB et ne doivent pas se cantonner à vérifier les raisons effectivement avancées par les communes pour justifier leur refus.⁵⁷

e) Durée de la procédure et moyens d'accélération

Des **délais légaux maximaux** pour les décisions des autorités sont prévus tant pour la procédure simplifiée que pour la procédure formelle. Conformément à l'art. 10 al. 6a BImSchG, ce délai est de **trois mois pour la procédure simplifiée** et de **sept mois pour la procédure formelle**. Cependant, l'autorité peut dans des cas justifiés prolonger le délai d'examen de trois mois. Les motifs invoqués peuvent être des difficultés particulières liées à l'examen du dossier et des retards imputables au demandeur, mais pas la surcharge de travail ou le manque de personnel de l'autorité. Dans tous les cas, l'autorité doit justifier la prolongation de délai auprès du demandeur.

Cependant la réalité diffère grandement de la théorie : d'après les statistiques de la Fachagentur Windenergie an Land (agence allemande spécialisée dans l'énergie éolienne terrestre), la procédure d'autorisation dure en moyenne 17 mois en l'absence d'étude d'impact environnemental et 23 mois avec étude d'impact environnemental.⁵⁸ La durée réelle des procédures diffère donc des dispositions légales. Dans la pratique, l'obligation légale faite aux autorités de justifier expressément par écrit les prolongations de délais ne joue pour ainsi dire aucun rôle.

La raison de cet écart entre la théorie juridique et la réalité pratique se trouve directement dans la loi. En effet, le dépassement des délais légaux n'a aucune conséquence juridique directe pour la construction ou l'exploitation de l'éolienne. En particulier, et à la différence d'autres procédures d'autorisation, il n'y a pas d'autorisation tacite au sens de l'art. 42a VwVfG, c'est-à-dire pas d'autorisation « automatique » en cas d'inaction prolongée de l'autorité, parce qu'il n'y a pas de disposition légale correspondante.

Il y a éventuellement la possibilité (quoique seulement théorique dans la plupart des cas) de former un « recours en carence » devant le tribunal administratif afin d'obliger l'autorité à délivrer l'autorisation demandée. Ce type de recours est expressément prévu à l'art. 75 VwGO (ainsi qu'à l'art. 14a BImSchG pour le cas spécifique de l'inaction dans un recours gracieux). Il pourrait donc servir à faire aboutir rapidement une procédure quand une autorité refuse manifestement de prendre une décision. Il n'est pourtant pas synonyme de gain de temps pour le demandeur. Car le recours devant le tribunal administratif dure actuellement plus d'un an rien qu'en première instance. Il faut plusieurs années pour obtenir une décision définitive. Évidemment, pendant ce temps, l'autorité ne fera plus avancer la procédure d'autorisation.

Si l'autorité a effectivement eu besoin d'un délai excessivement long pour examiner la demande d'autorisation, le demandeur est en droit d'intenter une action en responsabilité des pouvoirs publics.⁵⁹ Cependant, cela n'a pratiquement aucune importance en matière d'autorisation d'éoliennes selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales, sans doute parce que la preuve de la responsabilité de l'autorité dans le long délai de procédure est très difficile à établir.

⁵⁷ BVerwG, jugement du 20 mai 2010 – 4 C 7.09.

⁵⁸ *Durée et coûts du processus de planification et d'autorisation des éoliennes terrestres (Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land)* (version : janvier/février 2015), Fachagentur Windenergie an Land, sur Internet : http://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Veroeffentlichungen/FA-Wind_Analyse_Dauer_und_Kosten_Windenergieprojektion_01-2015.pdf (dernière consultation : le 30 novembre 2020).

⁵⁹ BGH (*Cour fédérale allemande*), arrêt du 23 janvier 1992 – III ZR 191.90.



De ce fait, tout demandeur est amené à se demander de quelles possibilités il dispose pour dynamiser la procédure. La procédure administrative prévoit à cet effet toute une série de possibilités, dont **l'efficacité sur l'accélération de la procédure** varie cependant beaucoup d'un cas à l'autre :

- Il est possible de rencontrer l'autorité compétente pour un entretien de consultation en amont de la demande, art. 2 al. 2 du 9^e décret BImSchV. Il est recommandé de faire usage de cette possibilité, car elle permet d'identifier rapidement les problèmes et surtout de mieux comprendre les documents à fournir.
- Si certains aspects s'avèrent problématiques au cours de la procédure (ou dès le début), il peut être utile de demander une décision préliminaire conformément à l'art. 9 BImSchG. Ceci est utile pour obtenir une position juridique sûre par rapport aux questions visées par la décision préliminaire. En effet, une décision préliminaire définitive équivaut à une décision définitive et contraignante (y compris pour l'autorité qui délivre les autorisations) quant à différentes conditions préalables à l'autorisation, et cette décision reste applicable même si l'état de fait et de droit évolue par la suite (par exemple, avec l'entrée en vigueur d'un nouveau plan d'occupation des sols).⁶⁰
- Il peut aussi être indiqué de demander un permis de construire anticipé conformément à l'art. 8a BImSchG. Le détenteur d'un tel permis est en droit de commencer la construction de l'éolienne même s'il n'a pas encore obtenu l'autorisation. Bien entendu, ceci n'est possible qu'à un stade déjà avancé de la procédure.
- Enfin, il est possible de demander directement à l'autorité qui délivre les autorisations l'exécutabilité immédiate de l'autorisation selon l'art. 80 al. 4 VwGO afin d'exclure l'effet suspensif d'éventuels recours. Il en résulte que le détenteur de l'autorisation peut faire usage de son autorisation avant qu'elle ne soit définitive, autrement dit même si des tiers forment un recours gracieux ou une action en nullité contre l'autorisation. Bien entendu, cette demande n'accélère la procédure que sur la période consécutive à l'octroi de l'autorisation et non pas sur l'ensemble de la procédure d'autorisation.

Outre les moyens d'accélération légaux, il existe évidemment beaucoup de facteurs subjectifs qui peuvent influencer sur la durée d'une procédure d'autorisation. Il s'agit dans la plupart des cas de la dissipation des réserves et des craintes chez les personnes et autorités concernées. Le demandeur sera donc bien avisé de miser dès le départ sur le dialogue et la transparence afin d'éviter toute accusation « d'opacité » dans sa démarche. Ce n'est pas pour autant la garantie d'une procédure rapide.

3. Conditions matérielles préalables à l'autorisation

D'un point de vue matériel, l'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales doit être accordée s'il est notamment garanti que l'éolienne ne provoque aucune nuisance environnementale au sens de l'art. 5 BImSchG et si aucune autre disposition de droit public ne s'oppose à la construction et à l'exploitation de l'éolienne, art. 6 al. 1 BImSchG. Une autre disposition de droit public en ce sens est l'art. 35 al. 1 BauGB, qui stipule que tout projet « de recherche, de développement ou d'utilisation de l'énergie [...] éolienne » est autorisé « dès lors qu'aucun intérêt public ne s'y oppose » et « que la viabilité est garantie ». Conformément à l'art. 35 al. 5 phrase 2 et 3 BauGB, il faut que la viabilité soit garantie.

⁶⁰ *OVG Lüneburg*, jugement du 08 mai 2012 – 12 KS 5/10.



a) Intérêts contraires

Ce critère de contrôle administratif pour l'octroi de l'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales regroupe de nombreux intérêts potentiellement contradictoires. Il s'agit notamment de la « réserve de planification » visée à l'art. 35 al. 3 phrase 3 BauGB et déjà présentée ci-dessus au point 1. a). Mais divers intérêts publics peuvent aussi s'opposer à la construction et à l'exploitation d'éoliennes.

Il faut avant tout préciser qu'il ne suffit pas qu'un intérêt public soit touché pour justifier l'interdiction de l'éolienne. Ce qu'il faut, c'est que cet intérêt public « s'oppose » au projet. Autrement dit, si des intérêts publics sont touchés, il convient de les mettre en balance avec l'éolienne. Il est à noter que l'intérêt pour l'énergie éolienne exprimé dans le régime administratif privilégié régi par l'art. 35 al. 1 n° 5 BauGB doit ici jouir d'un poids particulier.⁶¹

Il n'est pas possible de résumer en une phrase ce que sont les « intérêts publics » pouvant s'opposer à un projet. Les intérêts concernés sont beaucoup trop diversifiés. La liste de l'art. 35 al. 3 BauGB, qui contient des exemples d'intérêts pouvant s'opposer à un projet d'éolienne, peut donner une première idée. Parmi les aspects cités, ce sont surtout le troisième (« nuisances environnementales ») et le cinquième (« protection de la nature et des paysages ») qui jouent un rôle important. Mais les autres intérêts peuvent bien entendu entrer en jeu au cas par cas.

Émissions

Les nuisances environnementales typiques des éoliennes sont les émissions sonores et les ombres portées. Les deux sont considérées comme préjudiciables au sens de l'art. 5 al. 1 BImSchG. Cependant, toute atteinte n'est pas considérée d'emblée comme une nuisance environnementale. Il faut surtout que la limite de l'acceptable ne soit pas dépassée dans chaque lieu d'émission (surtout les habitations) de la zone de nuisance.

Les **émissions sonores** des éoliennes peuvent représenter des nuisances environnementales. Le contrôle repose sur les valeurs de référence de la TA Lärm, qui est à considérer comme un règlement administratif de concrétisation de norme contraignant.⁶² La TA Lärm prévoit des valeurs de référence échelonnées pour les différentes zones de construction ; par exemple, respectivement 40 et 35 dB(A) de nuit pour les zones résidentielles générales et strictement résidentielles ; 45 dB(A) de nuit pour les villages et les zones mixtes. Dans de nombreuses procédures actuelles, les riverains réclament que les directives relatives au bruit nocturne (« Night Noise Guidelines ») de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) soient employées, et non les valeurs de référence de la TA Lärm ; les directives de l'OMS prévoient une valeur de seulement 40 dB(A) pour le bruit nocturne, et ce, indépendamment du type de zone. Toutefois, la jurisprudence ne se conforme pas à cette argumentation, pour de nombreuses raisons : d'une part, les propositions de l'OMS ne sont pas juridiquement contraignantes ; d'autre part, les valeurs respectives ne sont pas comparables, parce que les directives sur le bruit nocturne de l'OMS se rapportent à une moyenne de pollution sonore nocturne annuelle, et non à des valeurs maximales.⁶³ Enfin, dans des publications récentes, l'OMS elle-même s'est écartée de sa propre recommandation.⁶⁴

Le respect des valeurs de référence de la TA Lärm doit être garanti. Dans la procédure d'autorisation, la preuve en est essentiellement apportée par les mesures du fabricant et par les prévisions d'émissions sonores des experts. Dans certaines circonstances (mais pas toujours), il faut prévoir des majorations de sûreté dans les prévisions pour garantir l'absence de nuisances environnementales. En lieu et place de l'ancienne « procédure alternative », c'est à la

⁶¹ Principaux aspects de l'importance du régime administratif privilégié régi par l'art. 35 al. 1 BauGB : *BVerwG*, jugement du 25 octobre 1967 – IV C 86.66.

⁶² *BVerwG*, jugement du 29 août 2007 – 4 C 2.07.

⁶³ *OVG Münster*, décision du 21 février 2020 – 8 A 3269/18.

⁶⁴ OLG Schleswig, jugement du 4 décembre 2019 – 9 U 152/18



« procédure intérimaire » qu'il faut avoir recours, comme cela est prévu par les « Consignes sur la protection contre les immissions sonores des éoliennes, version du 30 juin 2016 » de la Commission des Länder pour la protection contre les nuisances environnementales (*Länderausschuss für Immissionsschutz, LAI*) ; ces consignes ont été rendues applicables depuis dans les différents Länder par des arrêtés. La plupart des décisions de jurisprudence partent du principe que cela ne constitue pas un progrès de connaissances certain, et que la « procédure alternative » ne correspond donc plus à l'état de la technique.⁶⁵ En pratique, cette question perd de son importance parce qu'il n'y a presque plus aucune procédure en instance dans lesquelles les prévisions d'émissions sonores présentées sont basées sur la procédure alternative. Quoiqu'il en soit, malgré quelques différences ayant trait au calcul (notamment la disparition d'un coefficient d'atténuation au sol), les résultats des deux procédures ne divergent de façon significative que dans de rares cas.

Les **ombres portées** provoquées par une éolienne peuvent également constituer une nuisance environnementale. Du fait de la rotation des pales, l'ombre portée n'est pas statique, mais périodique, ce qui peut augmenter la pénibilité pour les riverains. Selon les recommandations techniques de la LAI⁶⁶, l'ombre portée ne doit pas être considérée comme pénible (et donc pas comme une nuisance environnementale au sens juridique) si la durée d'ombrage maximale astronomiquement possible provoquée par toutes les éoliennes environnantes ne dépasse pas 30 heures par année civile ni trente minutes par jour sur un lieu d'émission (habitation). Ces recommandations techniques ne sont pas contraignantes juridiquement, mais elles sont utilisées dans la pratique pour les autorisations et sont reconnues par la jurisprudence comme une « règle empirique ».⁶⁷ S'il n'est pas exclu que l'éolienne dépasse les valeurs maximales de durée d'ombrage astronomiquement possible, elle doit être arrêtée. C'est pourquoi les autorisations sont généralement assorties d'une clause accessoire qui contraint l'exploitant à installer un système d'arrêt automatique. Ensuite, pour déterminer si l'éolienne doit être arrêtée, on se base sur la durée d'ombrage réelle et non pas théoriquement possible. L'éolienne doit être arrêtée automatiquement dès lors que la durée d'ombrage météorologique réelle (et non pas théoriquement possible d'un point de vue astronomique) dépasse huit heures par année civile.

Protection de la nature et des espèces

La protection de la nature est un sujet qui prête souvent à polémique dans le cadre de la procédure d'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales. Il s'agit surtout de questions relatives à la protection des espèces, notamment certaines espèces d'oiseaux et les chiroptères. D'après l'art. 44 al. 1 n° 1 BNatSchG, il est interdit de tuer ces animaux. Cette interdiction ne vise pas seulement les animaux tués intentionnellement (ce qui n'est pratiquement jamais le cas avec les éoliennes), mais aussi la hausse significative du risque de collision mortelle induit par l'éolienne.⁶⁸ Élaboré d'abord uniquement à des fins de jurisprudence, ce seuil significatif a été repris en 2017 par le législateur avec la refonte de l'art. 44 al. 5 phr. 2 n° 1 BNatSchG.

La question de savoir si une éolienne accroît effectivement de façon significative le risque doit être tranchée à l'aide d'une prévision. Comme, du point de vue de la protection de la nature, les connaissances certaines font souvent défaut, la jurisprudence octroie une marge d'appréciation aux autorités qui, juridictionnellement, n'est vérifiable que de façon restreinte.⁶⁹ Si la Cour constitutionnelle fédérale a considéré provisoirement que cela était inévitable, elle a

⁶⁵ Par ex. *OVG Münster*, décision du 29 novembre 2017 – 8 B 663/17 ; *OVG Lunebourg*, décision du 8 février 2018 – 12 ME 7/18 ; approche différente : *VGH Mannheim*, décision du 25 janvier 2018 – 10 S 1681/17 ; *VG Düsseldorf*, jugement du 1er mars 2018 – 28 K 5087/17.

⁶⁶ *Recommandations pour l'évaluation et la détermination de nuisances environnementales visibles d'éoliennes (Hinweise zur Ermittlung und Beurteilung der optischen Immissionen von Windenergieanlagen)*, Länderarbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz, 13 février 2002.

⁶⁷ *OVG Münster*, arrêt du 19 septembre 2012 – 8 A 339/12.

⁶⁸ *BVerwG*, jugement du 09 juillet 2008 – 9 A 14.07.

⁶⁹ *BVerwG*, jugement du 27 juin 2013 – 4 C 1/12.



cependant demandé pour l'avenir l'introduction d'un critère uniforme au moins subordonné aux lois, afin de satisfaire au principe de la primauté du fond sur la forme (*Wesentlichkeitsgrundsatz*).⁷⁰

Pour les rapaces et les autres espèces sujettes à collision, il existe des recommandations d'espacement de la LAG VSW⁷¹ et des directives (parfois divergentes) dans les arrêtés des Länder relatifs à l'énergie éolienne⁷². On y fait la distinction entre les « zones interdites » et les « zones restreintes ». Les zones interdites sont considérées comme présentant généralement une hausse significative du risque de collision mortelle, alors que les zones restreintes doivent faire l'objet d'une évaluation au cas par cas. D'une manière générale, il est possible d'adopter des mesures d'évitement appropriées de façon à maintenir le risque de collision mortelle en dessous du seuil significatif et donc de ne pas tomber sous le coup de l'interdiction.⁷³ Mais cette possibilité n'est pas toujours prise en compte : s'il est par exemple reconnu que les arrêts temporaires sont de nature à éviter une hausse du risque de collision mortelle pour les chiroptères⁷⁴, ceci n'est pas reconnu pour le milan royal.⁷⁵

Si le risque d'une collision mortelle est fortement accru et qu'il est possible d'y remédier par des mesures de prévention, une exception relevant du droit de la protection des espèces peut être envisagée en vertu de l'art. 45 al. 7 BNatSchG – comme « dernier recours », toutefois. Une exception relative aux interdictions d'utilisation au titre du droit de la protection des espèces peut être accordée lorsque la réalisation du projet est nécessaire pour des « raisons impératives d'intérêt public majeur, y compris de nature sociale ou économique ». Simultanément, il ne faut pas qu'il existe une alternative au projet. Même si la jurisprudence⁷⁶ interprète ce point de telle sorte que la présence de contraintes inévitables n'est pas requise à cet égard, mais qu'une « action responsable par l'État » suffit, et reconnaît comme étant d'intérêt public la mise en place d'un approvisionnement en énergie durable⁷⁷, il est évident que la four-niture de la preuve peut tout de même s'avérer difficile, en ce qui concerne la construction d'éoliennes individuelles.⁷⁸ Une disposition de l'article 1, al.5 du projet de loi EEG 2021, disposant que la construction de centrales produisant des énergies renouvelables était d'intérêt du public et servait à la sécurité publique, devait remédier à cette situation. Toutefois, cette disposition n'a finalement pas été adoptée en raison de réserves politiques.

Un autre problème posé par l'exception relevant du droit de la protection des espèces est le fait que la jurisprudence n'a pas encore précisé de façon définitive si la dérogation est en accord avec les prescriptions européennes relatives aux espèces bénéficiant d'une protection spéciales, au sens de la directive concernant la conservation des oiseaux sauvages⁷⁹ (laquelle doit fréquemment être prise en compte dans le contexte éolien).⁸⁰ La possibilité de l'exception n'étant pas expressément prévue par la directive concernant la protection des oiseaux, ce point est contesté. Indépendamment des incertitudes juridiques mentionnées, il convient de ne pas oublier l'impact réel d'une exception relevant du droit de la protection des espèces. De fait, l'octroi d'une exception de ce type est en effet une confirmation qu'il est probable que des espèces protégées seront tuées, ce qui, en général, empêche que le projet soit accepté par la

⁷⁰ *BVerfG*, décision du 23 octobre 2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, avec rem. *Helmes*, NVwZ 2019, 56.

⁷¹ *Recommandations d'espacement pour les éoliennes au regard d'espaces vitaux importants pour les oiseaux et de lieux de nidification de certaines espèces d'oiseaux (Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten)*, Länder-Arbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten, (2015).

⁷² À propos des recommandations d'espacement divergentes : *VGH Munich*, jugement 17 mars 2016 – 22 B 14.1875.

⁷³ *BVerfG*, jugement du 09 juillet 2008 – 9 A 14.07.

⁷⁴ *OVG Weimar*, jugement du 14 octobre 2009 – 1 KO 372.06.

⁷⁵ *VGH Munich*, jugement du 17 mars 2016 – 22 B 14.1875 ; *VGH Mannheim*, arrêt du 6 juillet 2016 – 3 S 942/16.

⁷⁶ *OVG Münster*, jugement du 18 janvier 2013 – 11 D 70/09.

⁷⁷ *VGH Cassel*, décision du 21 février 2019 – 9 B 182/19.

⁷⁸ Cf. par ex. : *VG Halle (Saale)*, jugement du 25 octobre 2016 – 2 A 4/15.

⁷⁹ Directive 2009/147/EG du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages.

⁸⁰ Décision favorable : *OVG Berlin-Brandenburg*, décision du 20 février 2020 – OVG 11 S 8/20 , décision défavorable : *VG Gießen*, jugement du 22 janvier 2020 – 1 K 6019/18.

population locale. De ce point de vue, l'exception relevant du droit de la protection des espèces devrait uniquement être considérée comme une solution d'urgence.

Protection des paysages

La protection des paysages peut également s'opposer aux projets d'éoliennes. C'est le cas lorsque l'éolienne doit être construite dans une zone de paysages protégés (*Landschaftsschutzgebiet*) et qu'aucune exception ou exonération n'est possible.⁸¹ Dans le cas beaucoup plus fréquent d'un site d'implantation situé hors d'une zone de paysages protégés, il faut en revanche que la nuisance soit « qualifiée », ce qui est le cas si le projet s'intègre de façon totalement inappropriée à son environnement et également s'il est perçu comme défigurant par un observateur réceptif aux arguments esthétiques.⁸² Ici, l'éolienne doit bénéficier de la décision législative fondamentale qui stipule que les éoliennes en zone périurbaine sont autorisées dans le cadre d'un régime administratif privilégié et que les nuisances qui en découlent pour le paysage doivent de manière générale être acceptées.⁸³

Généralement, l'atteinte au paysage est considérée comme acceptable si elle est assortie de l'obligation de prendre des mesures de compensation et de substitution conformément aux articles 18 à 21 BNatSchG. À titre subsidiaire, des indemnités compensatoires peuvent également être envisagées ; leur montant est régi par les arrêtés des Länder relatifs à l'énergie éolienne⁸⁴.

Autres intérêts

Outre les intérêts précités, d'autres peuvent parfois entrer en ligne de compte. Dans certains cas, la **protection des monuments historiques** peut jouer un rôle non négligeable, car la modification de l'environnement des monuments historiques peut nécessiter une autorisation spéciale régie par la loi sur la protection des monuments historiques en vigueur. La possibilité d'obtenir cette autorisation (dans le cadre de l'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales) dépend notamment de l'importance du monument et de l'ampleur des conséquences de l'éolienne.⁸⁵

Ces derniers temps, l'aspect « fonctionnalité des **stations radio et des radars** » de l'art. 35 al. 2 phrase 1 n° 8 BauGB a été de plus en plus discuté. Différentes décisions de justice ont été rendues en la matière⁸⁶, au sujet de radars météorologiques, militaires ou civils. Dans ce contexte, ce n'est pas tant le fait que ces radars puissent en soi limiter le droit de construire et d'exploiter des éoliennes qui est disputé, mais plutôt de savoir à quel point la possibilité d'une nuisance doit être concrète, à qui incombe la charge de la preuve et dans quelle mesure la justice peut vérifier les expertises des autorités (spécialisées). Beaucoup de questions restent ouvertes dans ce domaine.⁸⁷

L'énumération à l'art. 35 al. 3 BauGB n'est **pas exhaustive** ; d'autres intérêts publics peuvent s'opposer à la construction d'une éolienne. Pour l'instant, la jurisprudence a notamment reconnu comme intérêts publics potentiellement

⁸¹ *BVerwG*, arrêt du 20 février 2000 – 4 B 104.99.

⁸² *BVerwG*, arrêt du 15 octobre 2001 – 4 B 69.01.

⁸³ *OVG Bautzen*, jugement du 18 mai 2000 – 1 B 29.98.

⁸⁴ Par exemple en Bavière : *Recommandations pour la planification et l'autorisation d'éoliennes – arrêté relatif à l'énergie éolienne (BayWEE) (Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen [WEA] – Windenergie-Erlass [BayWEE])*, du 19.07.2016 ; en Rhénanie-du-Nord-Westphalie : *arrêté relatif à la planification et l'autorisation d'éoliennes et recommandations pour les objectifs et l'application (arrêté relatif à l'énergie éolienne) (Erlass für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung [Windenergie-Erlass])* du 4 novembre 2015.

⁸⁵ *OVG Lunebourg*, jugement du 23 août 2012 – 12 LB 170.11.

⁸⁶ Par exemple : *OVG Lunebourg*, arrêt du 21 juillet 2011 – 12 ME 201/10 ; *VGH Munich*, jugement du 18 septembre 2015 – 22 B 14.1263.

⁸⁷ Exemple des radars météorologiques : *Helmes*, in : Brandt (éditeur), *JBWER* 2015, 93.

opposés à un projet les turbulences⁸⁸ et l'effet coupe-vent⁸⁹ provoqués par les éoliennes au détriment d'autres installations. Fondamentalement, les voies publiques aussi peuvent faire obstacle à la construction d'une éolienne, du fait des zones limitant les installations. Toutefois, des risques concrets doivent être évités.⁹⁰ De plus, le fait que le site prévu pour l'implantation de l'éolienne se situe dans un couloir de vol à faible altitude de l'armée allemande, par exemple, est un intérêt public qui peut être opposé au projet.⁹¹ La perturbation de dispositifs de sécurité aérienne au sens de l'art. 18a LuftVG s'oppose également à la construction et à l'exploitation d'éoliennes.⁹²

Un autre intérêt public tacite est le principe général **de prudence et de prévoyance** en droit de la construction. S'agissant des éoliennes, ce principe intervient surtout au niveau de « l'effet optique oppressant ». Celui-ci ne constitue pas une émission au sens de la BImSchG, c'est pourquoi il ne peut jouer un rôle que dans le cadre de l'obligation générale de prudence et de prévoyance en droit de la construction. Bien entendu, la question de savoir si une ou plusieurs éoliennes provoquent un effet optique oppressant n'est toujours pas tranchée. C'est qu'il ne s'agit pas du ressenti individuel de chaque riverain, mais d'une oppression optique objectivement établie. À défaut de norme juridique ou technique pour définir cette oppression, la jurisprudence applique une règle empirique⁹³ ; même si celle-ci peut servir d'orientation, des données différentes peuvent résulter des circonstances particulières propres à chaque cas : si l'éolienne se trouve à plus de trois fois la hauteur de l'éolienne de l'habitation la plus proche, il n'y a généralement pas d'oppression optique ; il n'est alors pas nécessaire de procéder à un examen plus poussé. Si la distance est inférieure à deux fois la hauteur totale de l'éolienne, c'est le principe inverse qui s'applique : on part généralement du principe qu'il y a oppression optique. Entre les deux, la situation doit être appréciée au cas par cas, avec un soin particulier. Toutefois, il ne s'agit plus ici d'une première orientation : cette règle continue de s'appliquer comme par le passé⁹⁴, et elle ne doit pas non plus être modifiée en raison du fait que la hauteur totale des éoliennes a augmenté au fil des années, par exemple.⁹⁵

b) Viabilité garantie

Une autre condition préalable à l'autorisation est que la viabilité soit garantie, art. 35 al. 1 phrase 1 BauGB. La viabilité comprend essentiellement les voies d'accès, soit l'accessibilité de l'éolienne aux véhicules. En principe, la viabilité comprend aussi le raccordement aux réseaux d'alimentation et d'évacuation d'électricité et d'eau, même si cela a peu d'importance pour les éoliennes. En revanche, le raccordement de l'éolienne au réseau pour l'injection de l'électricité produite dans le réseau ne fait pas partie de la viabilité.⁹⁶

La viabilité est « garantie » dès lors que l'on a tout lieu de penser qu'elle sera établie et fonctionnelle d'ici la construction de l'ouvrage, ou au plus tard d'ici la réception des travaux, et qu'elle sera durablement disponible. Autrement dit, il n'est pas nécessaire pour garantir la viabilité que le demandeur se soit engagé par contrat avec la commune à procéder à la viabilisation. Il suffit que la commune dispose d'une offre de viabilisation acceptable.⁹⁷ Étant donné que l'offre de viabilisation inclut les frais pris en charge par le demandeur, cette offre ne peut être jugée inacceptable que si sa mise en œuvre technique ou la solvabilité du demandeur posent question. En l'absence de doute à ce sujet, la commune est tenue d'accepter une offre raisonnable par laquelle l'exploitant de l'éolienne s'engage à réaliser la viabilisation.

⁸⁸ Par exemple *OVG Münster*, arrêt du 24 janvier 2000 – 7 B 2180.99

⁸⁹ *OVG Münster*, arrêt du 1er février 2000 – 10 B 1831.99.

⁹⁰ *OVG Münster*, jugement du 28 août 2008 – 8 A 2138/06.

⁹¹ *BVerwG*, arrêt du 5 septembre 2006 – 4 B 58.06.

⁹² *BVerwG*, jugement du 7 avril 2016 – 4 C 1.15.

⁹³ *BVerwG*, arrêt du 11 décembre 2006 – 4 B 72.06.

⁹⁴ *VGH Munich*, jugement du 15 juillet 2020 – 15 N 18.2110

⁹⁵ *OVG Münster*, jugement du 4 juillet 2018 – 8 A 47/17.

⁹⁶ *BVerwG*, arrêt du 5 janvier 1996 – 4 B 306.95.

⁹⁷ *BVerwG*, jugement du 20 mai 2010 – 4 C 7.09.

c) Obligation de démantèlement

Enfin, l'octroi de l'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales pré suppose que l'exploitant s'engage formellement à démanteler l'éolienne. Cette reconnaissance de l'obligation de démantèlement par l'exploitant de l'éolienne sous la forme d'une déclaration contraignante est constitutive de l'octroi ultérieur de l'autorisation.⁹⁸ L'obligation de démantèlement peut faire l'objet d'un contrat de droit public.⁹⁹

Dans la pratique, les autorités exigent que l'obligation de démantèlement soit garantie par une caution. Cette disposition n'est pas expressément prévue par le BauGB, mais elle est autorisée dans le droit des Länder.¹⁰⁰ C'est souvent le montant de la caution qui porte à discussion ; dans beaucoup de Länder, les arrêtés relatifs à l'énergie éolienne et les réglementations locales comprennent des indications de montant afin de garantir l'uniformité des pratiques administratives. Mais comme la caution sert à assurer que le démantèlement intégral de l'éolienne à l'issue de sa durée d'exploitation aura bien lieu, elle atteint dans tous les cas des montants importants. Par exemple, dans le Brandebourg, les frais de démantèlement prévisionnels sont estimés à 10 % du coût du gros œuvre, celui-ci constituant lui-même 60 % du coût de construction. Ainsi, pour un coût de construction de 3 000 000 EUR, la caution s'élèverait à 180 000 EUR.

4. Décision relative à l'autorisation et taxes

La procédure d'autorisation se termine avec la décision relative à la recevabilité de l'éolienne. Si les conditions de l'art. 6 al. 1 BImSchG sont satisfaites, l'autorité doit accorder l'autorisation. De nombreuses dispositions accessoires garantissant le respect des obligations sont régulièrement adoptées afin de prouver la recevabilité de l'éolienne.

Si, en revanche, même des dispositions accessoires ne parviennent pas à prouver la recevabilité de l'éolienne, l'autorité doit refuser de délivrer la demande de l'autorisation. Ceci n'est toutefois possible qu'après avoir entendu le demandeur.

La décision fait l'objet de taxes (frais de dossier) correspondant aux coûts de traitement par l'autorité, mais aussi à l'intérêt économique du demandeur (évalué en fonction des coûts de construction prévisionnels). Selon les dimensions et le nombre d'éoliennes, il peut parfaitement s'agir de montants à six chiffres (y compris parmi les plus élevés).

Si le demandeur voit que sa demande risque d'être refusée, il peut avoir intérêt à la retirer car les taxes seront moins importantes si aucune décision n'est rendue par l'administration.

III. Après l'octroi de l'autorisation

Une fois obtenue l'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales, le détenteur de l'autorisation est en principe en droit de construire et d'exploiter l'éolienne. Mais il subsiste encore des risques et des complications. En effet, il faut distinguer l'exécutabilité (voir le point 1.) et le caractère définitif de l'autorisation (voir le point 2.). De plus, il arrive souvent que de petites ou grandes modifications interviennent après l'octroi de l'autorisation sans qu'elles aient été connues pendant la procédure d'autorisation (voir le point 3.).

⁹⁸ *BVerwG*, jugement du 17 octobre 2012 – 4 C 5.12.

⁹⁹ *VGH Mannheim*, jugement du 31 mars 2015 – 3 S 2016.14.

¹⁰⁰ *BVerwG*, jugement du 17 octobre 2012 – 4 C 05 :11.



1. Exécutabilité de l'autorisation

Une autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales est exécutable en tant que telle dès lors qu'elle a été signifiée au détenteur de l'autorisation. En l'état actuel du droit, cette règle n'est pas immuable. Dès lors qu'un tiers, par exemple un riverain ou une association de défense de l'environnement, déposait un recours contre l'autorisation (selon le Land : recours gracieux ou action en nullité)¹⁰¹, l'exécutabilité était suspendue. Cela signifie qu'il est interdit de faire usage de l'autorisation et, par exemple, d'entreprendre des travaux.

Si le détenteur de l'autorisation souhaitait faire usage de l'autorisation malgré les recours en cours, il devait déposer une demande d'exécutabilité immédiate, soit directement auprès de l'autorité qui délivre les autorisations (art. 80 al. 4 VwGO) ou auprès du tribunal administratif (art. 80 al. 5 VwGO). Si, sur demande de l'exploitant, l'autorité avait déjà prononcé l'exécutabilité immédiate dans le cadre de l'octroi de l'autorisation, ce qui est possible juridiquement et courant, le tiers qui s'opposait à l'autorisation devait déposer une demande de rétablissement de l'effet suspensif conformément à l'art. 80a VwGO.

Cette situation a changé avec l'entrée en vigueur du nouvel art. 63 BImSchG dans le cadre de la loi dite d'"accélération des investissements". Selon cette disposition, le recours de tiers contre des autorisations selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales pour les éoliennes ne peut avoir d'effet suspensif. Par cette règle, existant d'ailleurs également sous une forme comparable pour d'autres types d'autorisations (au titre de l'art. 212a al. 1 BauGB pour les permis de construire, par exemple), le rapport entre règle et exception est inversé. Elle a pour conséquence le fait que le tiers doit toujours agir et déposer une demande d'octroi d'effet suspensif relativement à son recours, au titre de l'art. 80a VwGO. Cela peut représenter un certain frein pour les tiers (entre autres en raison du risque des coûts associés à une procédure judiciaire). Par ailleurs, les rapports de force dans le cadre de l'appréciation juridique sont ainsi redéfinis (ne serait-ce qu'un peu) : le fait que l'exécutabilité immédiate soit prescrite par la législation fédérale augmente la charge de la preuve du tiers ayant fait la demande de l'effet suspensif de son recours. Cependant, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'intérêt d'exécution (*Vollziehungsinteresse*) prédomine à chaque fois ; au contraire, une appréciation au cas par cas reste toujours nécessaire.¹⁰²

Juridiquement, aussi bien dans l'ancienne situation que dans la situation future, tant que les voies de recours des tiers n'ont pas été épuisées, le détenteur de l'autorisation agit à ses risques et périls en commençant les travaux. Si le recours est finalement fructueux et si l'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales est annulée, l'exploitant est tenu de démonter l'installation à ses propres frais. Dans ce cas, il lui reste la possibilité d'intenter une action en responsabilité des pouvoirs publics, encore que plusieurs Länder exigent que le détenteur de l'autorisation renonce à cette option avant de prononcer l'exécutabilité immédiate.

Mais en pratique, le risque est rarement déraisonnable. A minima dans les cas où le tribunal administratif compétent a rejeté une demande visant à ordonner l'effet suspensif, il est assez probable que l'autorisation ne soit pas annulée, même dans la procédure au fond. En effet, le tribunal a déjà sommairement vérifié au cours de cette procédure si le recours des tiers est susceptible d'aboutir – et conclu par la négative.

¹⁰¹ Pour plus de précisions, voir : v. Tettau, note de synthèse *Contentieux et recours relatifs aux projets éoliens en Allemagne*, DFBEW, mai 2015, p. 21 et suivantes.

¹⁰² *BVerwG*, décision du 14 avril 2005 – 4 VR 1005.04.

2. Caractère définitif de l'autorisation

La pleine sécurité juridique n'est toutefois atteinte qu'avec une autorisation définitive, car elle ne peut plus faire l'objet d'aucun recours. Mais à nouveau, il est difficile de déterminer à quel moment la décision devient définitive. En principe, une autorisation devient définitive un mois après sa notification si aucun recours n'a été déposé dans l'intervalle.

Le problème est que le délai de recours passe à un an si l'autorisation ne contient pas d'information sur les voies de recours (elle doit indiquer quel recours peut être déposé, où et dans quel délai), art. 58 al. 2 VwGO. Mais ce qui est encore plus important, c'est que le caractère définitif s'applique à titre individuel pour chaque partie concernée. Une autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales obtenue dans le cadre d'une **procédure simplifiée** et devenue définitive depuis longtemps pour le détenteur de l'autorisation n'est pas pour autant encore définitive pour tous les riverains susceptibles de recours, car souvent l'autorisation n'a pas été portée à leur connaissance. Si l'autorisation n'est pas notifiée, les délais de recours ne commencent pas à courir. Ainsi, des recours de tiers restent possibles bien après l'octroi de l'autorisation. Ils peuvent suspendre l'exécutabilité de l'autorisation et donc contraindre le détenteur de l'autorisation à annuler les travaux.¹⁰³

La seule limite est posée par le principe de prescription, qui existe indépendamment de l'exigence formelle de respect des délais de recours. Ainsi, un recours n'est pas recevable si une longue durée s'est écoulée depuis la possibilité de déposer un recours et si des circonstances spéciales donnent tout lieu de penser que le recours tardif n'est pas de bonne foi.¹⁰⁴ Mais cette situation est évaluée au cas par cas.

En revanche, la sécurité juridique est plus grande si l'autorisation a été obtenue dans le cadre d'une **procédure formelle**. En effet, une telle autorisation doit obligatoirement être notifiée et affichée publiquement, art. 10 al. 8 BImSchG. À la fin du délai d'affichage, l'autorisation est réputée notifiée, y compris au tiers, art. 10 al. 8 phrase 5 BImSchG, et ainsi le délai de recours d'un mois commence à courir au même moment pour tous. À l'issue de ce délai, la décision est définitive.

S'il s'agit d'une éolienne qui devrait « en fait » être approuvée dans le cadre de la procédure simplifiée, le détenteur de l'autorisation peut conformément à l'art. 19 al. 3 BImSchG demander volontairement la procédure formelle afin d'obtenir plus rapidement une autorisation définitive. À lui alors de peser le pour et le contre entre cet avantage et les inconvénients liés à la procédure formelle (par exemple la durée plus longue de la procédure).

De plus, il existe encore une « troisième voie », intermédiaire. Très prisée dans la pratique, il arrive qu'elle ne soit pas à la hauteur des espérances que beaucoup placent en elle : d'après l'art. 21a du 9^e décret BImSchV, le détenteur d'une autorisation délivrée dans le cadre d'une procédure simplifiée peut demander la notification publique de l'autorisation. Cependant, la jurisprudence n'a pas encore déterminé clairement si cette voie permet réellement de déclencher le délai de recours pour tous les tiers.¹⁰⁵

¹⁰³ *OVG Münster*, arrêt du 18.12.2015 – 8 B 1108.15.

¹⁰⁴ *OVG Coblenz*, arrêt du 03.11.2014 - 1 B 10905.14.

¹⁰⁵ Décision favorable : *VGH Mannheim*, décision du 7 mars 2019 – 10 S 2025/18 ; *OVG Bautzen*, décision du 8 août 2019 – 1 B 439/18 ; *VG Minden*, décision du 22 mai 2017 – 11 L 2085/16 ; également : *OVG Münster*, arrêt du 24 septembre 2009 – 8 B 1343.09 ; décisions défavorables : *VG Ratisbonne*, arrêt du 12 mai 2016 – 7 S 16.190 ; *VG Ansbach*, jugement du 30 novembre 2011 – 11 K 11.01826.



3. Modifications postérieures à l'octroi de l'autorisation

Il n'est pas rare qu'après l'octroi de l'autorisation, certaines circonstances changent et influent sur l'état de fait et de droit. On distingue à cet égard deux types de cas, qui reposent sur des conditions juridiques totalement différentes. Dans le premier type de cas, les modifications de l'éolienne approuvée sont indispensables (voir le point a)). Dans le deuxième type de cas, les modifications sont portées à la connaissance de l'autorité a posteriori et requièrent, du point de vue de l'autorité, des « ajustements » a posteriori de l'autorisation (voir le point b)).

a) Modifications de l'éolienne

Il n'est pas rare que des modifications relatives à l'éolienne deviennent indispensables après l'octroi de l'autorisation. Modifications structurelles, déplacement de l'implantation et autres changements sont plutôt la règle que l'exception. Il s'agit surtout des modifications qui surviennent entre l'autorisation et le début de la construction. D'un point de vue juridique, de telles modifications d'éoliennes déjà autorisées mais pas encore construites ne sont pas interdites, mais elles requièrent souvent la participation de l'autorité. La marche à suivre dépend du type de modification envisagé.

Si le détenteur de l'autorisation souhaite modifier l'éolienne, il doit toujours se demander au préalable si la modification envisagée rentre encore dans le cadre de l'autorisation obtenue. Cela peut tout à fait être le cas, car une autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales ne régit pas tous les détails de la construction et de l'exploitation. Toutefois, la prudence s'impose, car c'est souvent l'inverse qui se produit. Par exemple, le déplacement (même minime) de l'implantation ou l'augmentation de la puissance de l'éolienne ne sont plus couverts par l'autorisation, car celle-ci contient statutairement des données très précises relatives à ces aspects. L'exploitant d'une éolienne qui entreprend de son propre chef une telle modification, sans en informer l'autorité, encourt de graves conséquences. En effet, il exploite ainsi une éolienne non autorisée, ce qui l'expose dans le pire des cas non seulement à devoir démanteler l'éolienne, mais aussi à des amendes. Il est donc expressément déconseillé d'interpréter l'autorisation en y lisant ce qu'on souhaiterait y voir inscrit et qui pourtant n'y figure pas.

Si, comme souvent, la modification envisagée n'est pas couverte par l'autorisation actuelle, il faut se demander si l'autorité qui délivre les autorisations doit être consultée et, le cas échéant, par quelle procédure. La loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales prévoit expressément deux possibilités : l'autorisation de modification (art. 16 BImSchG) et la déclaration de modification (art. 15 BImSchG). Mais il peut aussi arriver qu'une autorisation entièrement nouvelle soit nécessaire.

Autorisation de modification et déclaration de modification

Il importe de déterminer si la modification envisagée est « majeure » ou « mineure ». Les modifications majeures exigent une autorisation de modification, alors qu'une déclaration de modification est suffisante pour les modifications mineures. Dans le cas de la déclaration de modification, l'autorité confirme au moyen d'un constat administratif qu'aucune autorisation de modification n'est requise au sens de l'art. 16 BImSchG.

Pour distinguer les modifications soumises à autorisation et celles soumises à déclaration, on se base généralement sur le principe suivant : une modification est considérée comme majeure, et donc soumise à autorisation et pas seulement à déclaration si l'éolienne ainsi modifiée dans sa situation, sa nature ou son exploitation est susceptible de provoquer des nuisances et que celles-ci peuvent s'avérer substantielles pour l'examen de la recevabilité, art. 16 al. 1 phrase 1 BImSchG.



Cependant, l'autorisation de modification n'est pas requise si les nuisances provoquées par la modification sont manifestement minimales et si le respect des exigences de la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales est garanti, art. 16 al. 1 phrase 2 BImSchG. Mais en cas de doute, mieux vaut tabler sur la possibilité de nuisances : telle qu'elle est formulée, la disposition prévoit que la procédure d'autorisation est toujours nécessaire dès lors que la modification peut provoquer des nuisances. Aussi la simple possibilité de telles nuisances suffit-elle à déclencher l'obligation.

Cette distinction théorique n'est pas toujours d'une grande aide dans les cas concrets et il est donc bon de savoir que se sont déjà formés dans la jurisprudence différents groupes de cas de modification d'éoliennes qui doivent généralement être considérés comme soumis à autorisation : il s'agit du déplacement de l'implantation a posteriori et du changement de type d'éolienne approuvé.¹⁰⁶ L'approche pratique en ce qui concerne les changements de types d'éoliennes par les autorités et les tribunaux diffère considérablement d'un Land à l'autre, et dépend de l'importance réelle des différences. Dans le cadre d'un changement s'accompagnant d'une légère augmentation du rayon du rotor (environ 4 %) et de la hauteur totale (environ 2 %), le VGH de Munich a jugé qu'une autorisation de modification était suffisante.¹⁰⁷ Toutefois, dans un cas semblable, l'OVG de Münster en a jugé autrement, considérant qu'une nouvelle autorisation était nécessaire.¹⁰⁸ Si le changement de type d'éolienne entraîne un impact moindre, une déclaration de modification peut également suffire, dans des cas particuliers.¹⁰⁹

La question de savoir si un changement de type d'éolienne réclame une autorisation ou une déclaration de modification, voire une nouvelle autorisation, n'est pas uniquement importante d'un point de vue procédural, mais peut également jouer un rôle décisif en ce qui concerne la rémunération EEG : au titre de l'art. 36f al. 2 EEG, une modification de l'autorisation est également possible après l'adjudication. Dans ce cas, l'adjudication se rapporte à l'autorisation modifiée. Toutefois, ceci ne modifie pas le volume – c'est-à-dire la puissance installée – faisant l'objet de l'adjudication. Le tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*, OLG) de Düsseldorf a estimé que la loi EEG se conformait à la situation relevant du droit de la protection contre les émissions, ce pourquoi seuls les cas pour lesquels une autorisation de modification au titre de l'art. 16 BImSchG a été accordée sont pris en compte, mais pas les nouvelles autorisations au titre de l'art. 4 BImSchG.¹¹⁰ Bien que cette question soit tranchée de façon non homogène par les différents Länder, l'OLG de Düsseldorf rejette la nécessité d'un critère de contrôle propre relevant du droit du secteur de l'énergie.

Bien entendu, la déclaration de modification est le cas le plus simple pour le détenteur de l'autorisation. Premièrement, elle ne touche pas à l'existence de l'autorisation ; deuxièmement, la déclaration et la confirmation par l'autorité qu'aucune autorisation de modification n'est requise (déclaration d'exemption), ne peuvent pas être attaquées en tant que telles par des tiers. Mais la déclaration de modification présente un risque souvent ignoré des intéressés : la seule déclaration de modification et la confirmation correspondante de l'autorité n'ont aucun effet sur la concentration. Il peut en effet arriver qu'une modification soit seulement soumise à déclaration au titre de la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales, mais qu'elle nécessite une autre autorisation. Par exemple, des modifications structurelles de l'éolienne qui n'ont pas d'incidence du point de vue de la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales peuvent nécessiter un permis de construire au titre du code de la construction en vigueur dans le Land. Dans ce cas, construire l'éolienne sans le permis de construire requis, c'est contrevenir formellement à la loi.

D'autres groupes de cas posent moins de difficultés : habituellement, une nouvelle autorisation est requise pour des mesures de repowering.

¹⁰⁶ *OVG Coblenz*, jugement du 03 août 2016 – 8 A 10377.16.

¹⁰⁷ *VGH Munich*, décision du 8 juin 2015 – 22 CS 15.686.

¹⁰⁸ *OVG Münster*, jugement du 25 février 2015 – 8 A 959/10.

¹⁰⁹ *VGH Munich*, décision du 11 août 2016 – 22 CS 16.1052.

¹¹⁰ *OLG Düsseldorf*, décision du 11 mars 2020 – VI-3 Kart 772/19 (V).



En revanche, le remplacement à l'identique de parties de l'éolienne ou son remplacement complet (par une éolienne de même type) ne sont considérés ni comme un nouveau projet, ni comme une modification soumise à autorisation, art. 16 al. 5 BImSchG. Le point qui reste litigieux dans ce cas est de savoir s'il y a une obligation de déclaration au titre de l'art. 15 BImSchG ou s'il faut obtenir un permis de construire.¹¹¹

b) Modifications indépendantes de l'éolienne

Ces derniers temps, il arrive régulièrement que des circonstances changent après l'octroi de l'autorisation (et souvent même après qu'elle a atteint son caractère définitif) et provoquent des situations qui requièrent l'intervention des autorités. Les raisons peuvent être différentes. Par exemple, il peut arriver que des éoliennes construites rendent a posteriori nécessaire d'arrêter des éoliennes existantes situées à proximité pour éviter des turbulences.¹¹² Mais en pratique, le groupe de cas le plus courant est celui des découvertes (réelles ou prétendues) en matière de protection des espèces qui posent problème. Situation typique : après l'octroi de l'autorisation, on découvre le lieu de reproduction d'une espèce d'oiseau protégée qui, s'il avait été connu pendant la procédure d'autorisation, aurait le cas échéant entraîné l'ajout de dispositions accessoires ou même le refus de l'autorisation.

Les conséquences juridiques de tels changements de circonstances ne sont pas encore clairement établies. C'est pourquoi il faut examiner au cas par cas les conséquences juridiques qui menacent une éolienne. Dans cet exemple, les conceptions de la justice des parties sont souvent diamétralement opposées : en général, les défenseurs des animaux, les initiatives citoyennes défavorables à l'énergie éolienne et par conséquent aussi certaines autorités spécialisées considèrent qu'en cas de découvertes touchant à la protection des espèces, des décisions doivent être prises d'emblée à l'encontre de l'exploitant des éoliennes. À l'opposé, les exploitants d'éoliennes invoquent le principe de la confiance légitime à l'appui de l'autorisation définitive et considèrent toute évolution a posteriori de l'autorisation comme inadmissible.

La vérité se situe certainement à mi-chemin : il existe effectivement pour les autorités des moyens juridiques d'attaquer une autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales même après qu'elle est devenue définitive.¹¹³ Ils sont toutefois liés à des circonstances factuelles précises et ont souvent des conséquences juridiques limitées. De plus, ils donnent parfois à l'exploitant de l'éolienne droit à des dommages-intérêts, ce qui met souvent rapidement terme à l'engagement des autorités.

Du point de vue de la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales, les contraintes a posteriori au titre de l'art. 12 al. 2a BImSchG ne sont concrètement envisagées que si l'autorisation contenait déjà une clause de contrainte. Toujours de ce point de vue, il existe en outre la possibilité d'injonctions a posteriori (art. 17 BImSchG), mais elle ne peut pas être invoquée pour la défense des intérêts d'espèces protégées.¹¹⁴ En théorie, une révocation (partielle) est possible au titre de l'art. 21 BImSchG, mais elle peut donner (et donne régulièrement) au détenteur de l'autorisation droit à des dommages-intérêts.

L'autorité de protection de la nature compétente, mais pas l'autorité qui délivre les autorisations, peut en outre elle aussi prendre des dispositions pour faire respecter les obligations de protection des espèces sur la base de l'art. 3 al. 2 BNatSchG. Les mesures concrètes concernées n'ont cependant pas encore été décidées de façon définitive. Il est toutefois interdit d'ordonner un monitoring a posteriori des espèces protégées car la loi ne le prévoit pas.¹¹⁵ Les mesures en vertu de l'art. 3 al. 2 BNatSchG ne peuvent être considérées que si l'on est en présence d'un nombre suffisant

¹¹¹ *BVerwG*, jugement du 21 décembre 2011 – 4 C 12.10.

¹¹² *OVG Coblenz*, jugement du 03 août 2016 – 8 A 10337.16.

¹¹³ *OVG Lüneburg*, arrêt du 25 juin 2011 – 4 ME 175.11.

¹¹⁴ *OVG Léna*, arrêt du 10 février 2015 – 1 EO 356.14.

¹¹⁵ *VG Augsburg*, arrêt du 17 décembre 2015 – 2 K 15.1343.



d'éléments indiquant que l'exploitation de l'éolienne entraîne une augmentation significative du risque de collision mortelle.¹¹⁶ Si la situation n'est pas tranchée, l'exploitant de l'éolienne n'est pas tenu de pallier ce manque.

La question de savoir si et dans quelle mesure ce principe permet d'influer véritablement sur l'exploitation d'une éolienne autorisée fait également l'objet de controverses. Cependant, dans le cadre de la liberté d'appréciation des autorités, il convient d'appliquer le principe de la proportionnalité qui veut que la confiance légitime qu'un exploitant a placée dans l'existence d'une autorisation définitive doit être respectée.¹¹⁷ Par conséquent, il est interdit d'ordonner que soient mises en œuvre des mesures fondées sur des dispositions relevant de la protection de la nature, qui auraient pour conséquence une annulation partielle ou une modification de l'autorisation.¹¹⁸ Cet état de fait devrait éliminer toute exigence d'arrêt d'éolienne durable. Pareillement, seules les circonstances apparues ultérieurement peuvent être prises en compte.

IV. Bilan et perspectives

Au cours des dernières années, l'éolien terrestre a été un moteur essentiel de la transition énergétique en Allemagne. Simultanément, la planification et l'autorisation des éoliennes se sont complexifiées au fil des ans, entraînant des procédures toujours plus longues. La question de savoir si cela va changer à l'avenir reste ouverte. Le législateur envoie des signaux contradictoires : d'un côté, il existe déjà des activités législatives contribuant à l'accélération des procédures, comme la disposition légale de l'exécutabilité immédiate de l'autorisation selon la loi allemande sur la protection contre les nuisances environnementales pour les éoliennes, à l'art. 63 BImSchG. D'un autre côté, certaines dispositions nouvelles, telles que la clause d'ouverture à l'art. 249 al. 3 BauGB, permettant aux Länder de fixer des distances minimales entre les éoliennes et les habitations, peuvent potentiellement entraver la construction d'éoliennes terrestres et retarder encore la procédure d'autorisation. Dans le même temps, l'éolien terrestre doit rester un moteur essentiel de la transition énergétique à l'avenir aussi – un rôle notamment renforcé par les objectifs de développement inscrits dans la loi EEG 2021. On peut pronostiquer que, à l'avenir aussi, la planification et l'autorisation d'éoliennes continueront d'être des questions complexes, aussi bien sur le plan juridique que sur le plan pratique.

¹¹⁶ *BVerwG*, décision du 7 janvier 2020 – 4 B 20.19.

¹¹⁷ *VG Oldenburg*, arrêt du 10 juin 2011 – 5 B 1246.11.

¹¹⁸ *OVG Lüneburg*, jugement du 13 mars 2019 – 12 LB 125.18.