



Actes de conférence

2016

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La propriété immobilière face aux défis énergétiques : du statut juridique
de l'énergie au contrôle des loyers

Hottelier, Michel (ed.); Foëx, Bénédicte (ed.)

How to cite

HOTTELIER, Michel, FOËX, Bénédicte, (eds.). La propriété immobilière face aux défis énergétiques : du statut juridique de l'énergie au contrôle des loyers. Genève : Schulthess éd. romandes, 2016.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:86836>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 15.03.2023 01:42

La propriété immobilière face aux défis énergétiques

Du statut juridique de l'énergie au
contrôle des loyers

Eric Brandt
Valérie Défago Gaudin
Alexandre Faltin
Alexandre Flückiger
Yacine Rezki
Emile Spierer
Jean-Baptiste Zufferey

Édité par
Michel Hottelier et Bénédicte Foëx

Michel Hottelier / Bénédicte Foëx (éds)

La propriété immobilière face aux défis énergétiques



Droit de la propriété

La propriété immobilière face aux défis énergétiques

Du statut juridique de l'énergie au
contrôle des loyers

Eric Brandt
Valérie Défago Gaudin
Alexandre Faltin
Alexandre Flückiger
Yacine Rezki
Emile Spierer
Jean-Baptiste Zufferey

Édité par
Michel Hottelier et Bénédict Foëx



Chambre genevoise immobilière



Schulthess § 2016
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage: MICHEL HOTTELIER / BENEDICT FOËX (éds), *La propriété immobilière face aux défis énergétiques – Du statut juridique de l'énergie au contrôle des loyers*, Collection Genevoise, Genève / Zurich 2016, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8606-6

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2016

www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps
119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Avant-propos

Depuis 1996, les Journées du droit de la propriété sont organisées conjointement par la Faculté de droit de l'Université de Genève et par CGI Conseils, association au service des propriétaires. Tantôt axées sur le droit privé de la propriété immobilière, tantôt sur le droit public, elles ont pour vocation de présenter aux professionnels et spécialistes de l'immobilier, sur des thèmes variés, diverses facettes du droit de la propriété. Ces journées académiques sont animées au travers de conférences données par des orateurs de renom, professeurs d'université, auteurs reconnus de doctrine, notaires ou avocats spécialisés.

Le droit de la propriété immobilière est vaste. Il s'agit tout d'abord et simplement des droits et obligations des propriétaires fonciers. Mais ceux-ci se déclinent d'infinies façons. La qualité de propriétaire est déjà variée : personne physique ou personne morale, propriétaire de villa, d'immeuble, de part d'étage, de part de coopérative, de surface agricole ou encore de résidence secondaire. Les différentes formes de propriété sont tout aussi variées : propriété individuelle ou collective (copropriété, en mains communes, en PPE...), ou encore titulaire de droit de superficie. Les droits et obligations du propriétaire peuvent par ailleurs être examinés sous moult angles, tels que l'aménagement du territoire, le droit de la construction, le droit fiscal, le droit du bail ou encore les droits réels (gages et servitudes, notamment). Si certains aspects du droit de la propriété foncière n'ont que peu évolué depuis des années, d'autres sont en constante évolution.

Les Journées du droit de la propriété cherchent ainsi à apporter un éclairage sur les différentes facettes de ce droit par des conférences aussi bien académiques que par des présentations plus pratiques, sur des sujets en évolution, législative ou jurisprudentielle, ou sur des questions beaucoup plus classiques, mais incontournables pour les professionnels et les spécialistes de cette infinie matière qu'est le droit de la propriété immobilière.

ANNE HILTPOLD
Directrice CGI Conseils

Préface

Le régime juridique applicable à l'énergie, depuis sa production jusqu'aux effets liés à sa consommation, pose de nombreuses questions sur le plan du droit aussi bien fédéral que cantonal. Transversales par nature, profondément évolutives en raison des progrès technologiques qu'elles connaissent et des transformations, pour ne pas dire des bouleversements, qui caractérisent la vie contemporaine en société (on pense par exemple à la catastrophe de Tchernobyl en 1986 ou, plus récemment, à l'abandon promptement annoncé du recours à l'énergie nucléaire, suite au tsunami qu'a connu le Japon au début de l'année 2011), ces problématiques intéressent les théoriciens comme les praticiens du droit. Pour toucher de manière très directe le droit de la propriété immobilière, certaines parmi les plus délicates d'entre elles ont nourri les débats de la passionnante journée d'étude qui s'est déroulée le 8 mai 2015 à l'Université de Genève.

Le premier problème juridique que pose le statut de l'énergie en Suisse est d'ordre constitutionnel. Sujet classique par nature, il concerne, sous l'angle du fédéralisme, la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. C'est donc, logiquement, l'examen de cette thématique particulièrement complexe qui a marqué l'entame de la Journée 2015 du droit de la propriété. L'étude extrêmement dense et riche que Monsieur ALEXANDRE FLÜCKIGER lui consacre révèle, dans toute leur diversité, les enjeux fédéralistes déterminants qui sont sous-jacents à la politique énergétique de notre pays.

Un autre enjeu incontournable du statut de l'énergie concerne le droit de la construction. La contribution éclairante rédigée par Monsieur JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY présente, au regard du droit public, les défis propres au traitement de l'énergie. Le droit privé n'est pourtant, comme le relève l'auteur, « pas très loin des questions d'énergie dans la construction ». Le renvoi aux normes techniques illustre avec éloquence les difficultés qui guettent le juriste sur ce terrain mouvant, abondamment jalonné d'incertitudes.

La diversité des intérêts qui s'affrontent dans le domaine de l'énergie implique des mesures complexes de planification et de coordination. Thème certes emblématique de l'aménagement du territoire, la problématique trouve une illustration, pour ne pas dire un terrain de jeu privilégié, dans l'implantation d'ouvrages d'envergure tels que la construction de barrages ou l'installation d'éoliennes. La riche contribution que consacre Monsieur ERIC

BRANDT à la coordination des intérêts divergents révèle les nombreuses interrogations, exemples législatifs et judiciaires concrets à l'appui, qui sont inhérentes à l'évaluation et la pondération des positions juridiques qui s'opposent sous l'angle de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement.

La thématique énergétique placée sous le contrôle des pouvoirs publics ne saurait s'appréhender uniquement dans une perspective strictement juridique. Les politiques publiques, souvent ambitieuses, qui sont liées à sa promotion et à sa gestion, qu'elles soient fédérales ou cantonales, appellent en particulier d'importantes mesures de soutien, d'ordre administratif et financier notamment. L'exposé vif et original de Monsieur EMILE SPIERER ouvre, à cet égard, le débat de façon exemplaire, à travers une large palette de perspectives concrètes.

Au chapitre des questions ponctuelles, s'il est deux enjeux qui, eux aussi, présentent un caractère incontournable au sein des rapports qui associent la politique énergétique et le droit de la propriété, ce sont bien ceux qui sont liés au bail à loyer, d'une part, et au droit fiscal, d'autre part. L'étude approfondie de Madame VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN aborde le premier de ces enjeux sous l'angle spécifique des rénovations énergétiques, en lien avec la fixation des loyers. L'analyse, qui traite des loyers libres comme de ceux qui font l'objet d'un contrôle de la part de l'Etat, permet de mieux saisir les divers intérêts qui s'affrontent, au prix, là aussi, d'incertitudes non négligeables.

L'aspect fiscal évoqué par Messieurs ALEXANDRE FALTIN et YACINE REZKI est également riche d'enseignements. En particulier, la problématique des frais déductibles illustre à sa manière la place que les pouvoirs publics sont disposés à consentir, sous l'angle de l'impôt sur le revenu, aux propriétaires immobiliers qui se montrent soucieux d'investir dans des installations écologiques. L'exposé révèle sans nul doute que le débat classique entre imposition traditionnelle et promotion des taxes incitatives n'est pas près d'être clos.

Au terme de cette brève introduction, nous tenons à exprimer notre profonde gratitude à toutes les personnes qui ont permis l'organisation et le déroulement, dans des conditions optimales, de la JOURNÉE DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ 2015. Leur engagement a permis la tenue de débats tout à la fois enrichissants, porteurs et prospectifs. Notre reconnaissance s'adresse également aux personnes qui ont contribué à l'édition du présent ouvrage. Nous souhaitons remercier en particulier la Commission des publications de la Faculté de droit de son soutien sans faille, ainsi que Madame JOANNA DAVID MANGIN, responsable des ouvrages édités par la Maison Schulthess dans la série Droit de la propriété de la Collection genevoise. La collaboration de Madame VÉRONIQUE DUBOSSON et de Monsieur ALEXANDRE ALVAREZ, assistants à la Fa-

culté de droit de l'Université de Genève, s'est avérée précieuse lors de la relecture et de la mise en forme des textes. Nous les remercions également.

BÉNÉDICT FOËX

MICHEL HOTTELIER

Sommaire

Avant-propos	5
Préface	7
Sommaire	11
Table des abréviations.....	13

ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Professeur à l'Université de Genève*

La transition énergétique entre conflits d'objectifs et conflits de compétence : aspects de droit constitutionnel	23
--	-----------

JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Professeur à l'Université de Fribourg,
Président de l'Institut du droit de la construction*

Le traitement de l'énergie en droit de la construction.....	61
--	-----------

ERIC BRANDT, *Juge à la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud*

La coordination des intérêts divergents	93
--	-----------

EMILE SPIERER, *Collaborateur scientifique à Genève*

Les mesures de soutien financier	147
---	------------

VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN, *Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocate*

Les rénovations énergétiques : incidence et répercussion sur les loyers.....	155
---	------------

ALEXANDRE FALTIN, *Avocat, chargé d'enseignement à la Faculté
d'économie et de management de l'Université de Genève, et*
YACINE REZKI, *Avocat-stagiaire*

**Déductions fiscales liées à la propriété immobilière (impôt sur
le revenu)** 181

Table des matières 195

Table des abréviations

Abs.	Absatz
aCst.	(ancienne) Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874
aCst.-GE	Constitution de la République et canton de Genève, du 24 mai 1847
AEAI	Association des établissements cantonaux d'assurance incendie (= VRK)
AFNOR	Association française de normalisation
AG	Argovie
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AI	Appenzell Rhodes-Intérieures
AIE	Agence internationale de l'énergie
AIETC	Accord intercantonal sur l'élimination des entraves techniques au commerce, du 23 octobre 1998 (RS/GE L 5 07)
al.	alinéa
AMI	Association Minergie
AR	Appenzell Rhodes-Extérieures
ARME	Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, du 21 juin 1999 (RS 0946.526.81)
art.	article
ASLOCA	Association suisse des locataires
ASN / SNV	Association suisse de normalisation
ATA	Arrêt du Tribunal administratif
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BE	Berne

BEZ	Baurechtsentscheide Kanton Zürich
BO CN	Bulletin officiel du Conseil national
BR	Baurecht (= DC)
BRKE	Baurekurskommissionsentscheide
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vom 18 April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise (respectivement)
c.	considérant
CADIOM	chauffage à distance par l'incinération des ordures ménagères
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCL	Centrale d'émission pour la construction de logements d'utilité publique
CDAP	Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud
CdB	Cahiers du bail
CDCE	Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie
CdE LU	Conseil d'Etat du canton de Lucerne
CdE TI	Conseil d'Etat du canton du Tessin
CdE ZG	Conseil d'Etat du canton de Zoug
CECB	Certificat énergétique cantonal des bâtiments
CEE	Communauté économique européenne
CEN	Comité Européen de Normalisation
CENELEC	Comité européen de normalisation en électronique et en électrotechnique
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre
CH	Confédération helvétique
chap.	chapitre
CHF	francs suisses
cm	centimètres
CN	Conseil national

CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), du 30 mars 1911 (RS 220)
CO ₂	dioxyde de carbone
cons. / consid.	considérant
COPEOL	Comité de planification des éoliennes
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CREST	Center for Research in Energy, Society and Transition
Cst. / Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101)
Cst.-GE	Constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (RS/GE A 2 00)
Cst.-VD	Constitution du canton de Vaud, du 14 avril 2003 (RS/VD 101.01)
DB	Droit du bail
DC	Droit de la construction (= BR)
DCCR	Décision de la Commission cantonale de recours en matière administrative
DEP	Droit de l'environnement dans la pratique
DETEC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication
DFE	Département fédéral des finances
DIN	Deutsches Institut für Normen
ECS	L'Expert comptable suisse
éd.	édition / éditeur
ég.	également
EnG	Energiegesetz
EPFL	Ecole polytechnique fédérale de Lausanne
etc.	<i>et caetera</i>
F	francs
FF	Feuille fédérale
FR	Fribourg
GBAI	Geschäftsbericht Appenzell Innerrhoden

GE	Genève
GL	Glaris
GR	Grisons
GSEM	Geneva School of Economics and Management
GVP-AR	Ausserrhodische Gerichts- und Verwaltungspraxis
GVP-ZG	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
ha	hectare
HPE	haute performance énergétique
i.f.	<i>in fine</i>
ibid.	<i>ibidem</i>
Intro.	introduction
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAB	Jurisprudence administrative bernoise
JdT	Journal des tribunaux
JTAPI	Jugement du Tribunal administratif de première instance du canton de Genève
JU	Jura
LAP	Loi fédérale sur l’approvisionnement économique du pays, du 8 octobre 1982 (RS 531)
LapEl	Loi fédérale sur l’approvisionnement en électricité, du 23 mars 2007 (RS 734.7)
LAT	Loi fédérale sur l’aménagement du territoire, du 22 juin 1979 (RS 700) (= RPG)
LATC	Loi vaudoise sur l’aménagement du territoire et les constructions, du 4 décembre 1985 (RSV 700.11)
LATeC	Loi fribourgeoise sur l’aménagement du territoire et les constructions, du 2 décembre 2008 (RSF 710.1)
LCAP	Loi fédérale encourageant la construction et l’accession à la propriété de logements, du 4 octobre 1974 (RS 843)
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, du 6 octobre 1995 (RS 251)

LCEn	Loi neuchâteloise sur l'énergie, du 18 juin 2001 (RSN 740.1)
LChP	Loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages, du 20 juin 1986 (loi sur la chasse ; RS 922.0)
LCO ₂	Loi fédérale sur la réduction des émissions de CO ₂ , du 23 décembre 2011 (RS 641.71)
LCP	Loi générale sur les contributions publiques, du 9 novembre 1887 (RS/GE D 3 05)
LDTR	Loi genevoise sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi), du 25 janvier 1996 (RS/GE L 5 20)
LEaux	Loi fédérale sur la protection des eaux, du 24 janvier 1991 (RS 814.20)
LEn	Loi genevoise sur l'énergie, du 18 septembre 1986 (RS/GE L 2 30)
LEne	Loi fédérale sur l'énergie, du 26 juin 1998 (RS 730)
LENu	Loi fédérale sur l'énergie nucléaire, du 21 mars 2003 (RS 732.1)
let.	lettre
LFo	Loi fédérale sur les forêts, du 4 octobre 1991 (RS 921.0)
LFSP	Loi fédérale sur la pêche, du 21 juin 1991 (RS 923.0)
LGL	Loi générale genevoise sur le logement et la protection des locataires, du 4 décembre 1977 (RS/GE I 4 05)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LGZD	Loi générale genevoise sur les zones de développement, du 29 juin 1957 (RS/GE L 1 35)
LHID	Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, du 14 décembre 1990 (RS 642.14)
LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, du 14 décembre 1990 (RS 642.11)
LIPP	Loi genevoise sur l'imposition des personnes physiques, du 27 septembre 2009 (RS/GE D 3 08)

lit.	<i>litera</i>
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur, du 6 octobre 1995 (RS 943.02)
LOG	Loi fédérale encourageant le logement à loyer ou à prix modérés, du 21 mars 2003 (RS 842)
LPE	Loi fédérale sur la protection de l'environnement, du 7 octobre 1983 (RS 814.01)
LPN	Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage, du 1 ^{er} juillet 1966 (RS 451)
LPMNS	Loi vaudoise sur la protection de la nature, des monuments et des sites, du 10 décembre 1969 (RSV 450.11)
LPubl	Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale, du 18 juin 2004 (Loi sur les publications officielles ; RS 170.512)
LUP	Loi genevoise pour la construction de logements d'utilité publique, du 24 mai 2007 (RS/GE I 4 06)
LVLene	Loi vaudoise sur l'énergie, du 16 mai 2006 (RSV 730.01)
ModEnHa	Modèle d'encouragement harmonisé des cantons
MoPEC	Modèle de prescriptions énergétiques des cantons
mp	Mietrechtspraxis : Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht
MRA	MietRecht aktuell
n°	numéro
n. / N.	numéro, note
NE	Neuchâtel
NHG	Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (RS 451 = LPN)
nLene	Nouvelle loi fédérale sur l'énergie (projet)
not.	notamment
NO _x	Oxyde d'azote
Nr.	numéro
O AFC	Ordonnance de l'AFC sur les frais relatifs aux immeubles privés déductibles dans le cadre de l'impôt fédéral direct

	(Ordonnance de l’AFC sur les frais relatifs aux immeubles), du 24 août 1992 (RS 642.116.2)
OAT	Ordonnance sur l’aménagement du territoire, du 28 juin 2000 (RS 700.1)
OBAT	Ordonnance sur la protection des sites de reproduction de batraciens d’importance nationale, du 15 juin 2001 (Ordonnance sur les batraciens, RS 451.34)
OBLF	Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d’habitations et de locaux commerciaux, du 9 mai 1990 (RS 221.213.11)
OCEN	Office cantonal de l’énergie
OCF	Ordonnance sur la déduction des frais relatifs aux immeubles privés dans le cadre de l’impôt fédéral direct (Ordonnance sur les frais relatifs aux immeubles), du 24 août 1992 (RS 642.116)
ODFF	Ordonnance sur les mesures en faveur de l’utilisation rationnelle de l’énergie et du recours aux énergies renouvelables, du 24 août 1992 (RS 642.116.1)
OEIE	Ordonnance relative à l’étude de l’impact sur l’environnement, du 19 octobre 1988 (RS 814.011)
OEné	Ordonnance sur l’énergie, du 7 décembre 1998 (RS 730.01)
OEOPB	Ordonnance fribourgeoise d’exécution de l’ordonnance fédérale sur la protection contre le bruit, du 17 mars 2009 (RSF 814.11)
OFEN	Office fédéral de l’énergie
OFEV	Office fédéral de l’environnement
OFL	Office fédéral du logement
OIFP	Ordonnance concernant l’inventaire fédéral des paysages, sites et monuments naturels, du 10 août 1977 (RS 451.11)
OISOS	Ordonnance concernant l’inventaire fédéral des sites construits à protéger en Suisse, du 9 septembre 1981 (RS 451.12)
OIVS	Ordonnance concernant l’inventaire fédéral des voies de communication historiques de la Suisse, du 14 avril 2010 (RS 451.13)

OLOG	Ordonnance encourageant le logement à loyer ou à prix modérés (Ordonnance sur le logement), du 26 novembre 2003 (RS 842.1)
OPair	Ordonnance sur la protection de l'air, du 16 décembre 1985 (RS 814.318.142.1)
OPB	Ordonnance sur la protection contre le bruit, du 15 décembre 1986 (RS 814.41)
OPN	Ordonnance sur la protection de la nature et du paysage, du 16 janvier 1991 (RS 451.1)
OPPS	Ordonnance sur la protection des prairies et pâturages secs d'importance nationale, du 13 janvier 2010 (Ordonnance sur les prairies sèches, RS 451.37)
OURE	Ordonnance valaisanne sur l'utilisation rationnelle de l'énergie dans les constructions et les installations, du 9 février 2011 (RS/VS 730.100)
p.	page
p. ex.	par exemple
PB	Programme bâtiments
PBG	Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht
phr.	phrase
PJA	Pratique juridique actuelle
PL	Projet de loi
PPP	Partenariats public-privé
PVG	Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden
RA	Rechtsamt
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RDS	Revue de droit suisse
RDTR	Règlement genevois d'application de la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation, du 29 avril 1996 (RS/GE L 5 20.01)
réf.	référence
réf. cit.	référence(s) citée(s)

ReLATEc	Règlement fribourgeois d'exécution de la loi fribourgeoise sur l'aménagement du territoire et les constructions, du 1 ^{er} décembre 2009 (RSF 710.11)
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJL	Recherches juridiques lausannoises
RJN	Revue de jurisprudence neuchâteloise
RLATC	Règlement d'application de la loi vaudoise sur l'aménagement du territoire et les constructions, du 19 septembre 1986 (RSV 700.11.1)
RLVLEne	Règlement d'application de la loi vaudoise sur l'énergie, du 4 octobre 2006 (RSV 730.01.1)
RPC	rétribution à prix coûtant
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung, vom 22 Juni 1979 (Raumplanungsgesetz ; RS 700) (= LAT)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSB	Recueil systématique du droit bernois
RSF	Recueil systématique du droit fribourgeois
RS/GE / RSG	Recueil systématique du droit genevois
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSN	Recueil systématique du droit neuchâtelois
RS/VD / RSV	Recueil systématique du droit vaudois
RS/VS	Recueil systématique du droit valaisan
RTDIF	Règlement transitoire genevois relatif à la déduction des impôts fonciers pour l'impôt sur le revenu des personnes physiques, du 3 novembre 2010 (RS/GE D 3 08.03)
RtiD	Rivista ticinese di diritto
s.	et suivant(e)
SG	Saint-Gall
SH	Schaffhouse
SIA	Société suisse des ingénieurs et architectes

SIG	Services industriels de Genève
SJ	La Semaine judiciaire
SO	Soleure
SOG	Solothurnische Gerichtspraxis
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ss	et suivant(e)s
SZ	Schwytz
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
TG	Thurgovie
THPE	très haute performance énergétique
TI	Tessin
TVR	Thurgauische Verwaltungsrechtspflege
TWh	térawatt-heure
UE	Union européenne
VKF	Vereinigung Kantonaler Feuerversicherungen (= AEAI)
VMWG	Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen, vom 9. Mai 1990 (RS 221.213.11) (= OBLF)
vol.	volume
VS	Valais
VSS	Association suisse des professionnels de la route et des transports
ZBl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGRG	Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden
ZH	Zurich
ZIPLO	Zone industrielle de Plan-Les-Ouates

La transition énergétique entre conflits d'objectifs et conflits de compétence : aspects de droit constitutionnel

ALEXANDRE FLÜCKIGER¹

Professeur à l'Université de Genève

I. Introduction

La transition énergétique est la transformation fondamentale de notre système énergétique résultant de la décision d'abandonner progressivement l'énergie nucléaire et de réduire nos émissions de gaz à effet de serre². Elle implique de développer de manière importante les énergies renouvelables et, surtout, l'efficacité énergétique³, définie comme le fait d'offrir les mêmes services avec moins d'énergie⁴. A défaut, la Suisse court le risque d'une pénurie d'électricité dès 2020 ou 2030 environ si les centrales nucléaires étaient toutes mises à l'arrêt après cinquante ou soixante ans d'activité⁵.

Afin d'assurer dans ces conditions la mise en œuvre des objectifs constitutionnels de la politique énergétique (art. 89 Cst.), le Conseil fédéral a élaboré une *Stratégie énergétique 2050* qu'il a soumise au Parlement en proposant un premier paquet de mesures⁶.

La concrétisation de certaines de ces mesures est compliquée, d'une part, par les conflits d'objectifs constitutionnels et, d'autre part, par la répartition fédéraliste des compétences. Nous nous limiterons dans cet article à examiner ces deux aspects sous l'angle du droit constitutionnel.

¹ Je tiens à remercier Madame NESA ZIMMERMANN, assistante auprès du Département de droit public de la Faculté de droit de l'Université de Genève, de sa relecture attentive et de ses commentaires pertinents.

² Cf. VUILLE/FAVRAT/ERKMAN (2015), p. 16.

³ VUILLE/FAVRAT/ERKMAN (2015), p. 234.

⁴ VUILLE/FAVRAT/ERKMAN (2015), p. 108.

⁵ VUILLE/FAVRAT/ERKMAN (2015), p. 20.

⁶ FF 2013 6771 ss. Etat des délibérations au 4 avril 2016 : traité par les deux conseils (seconde lecture au sein du Conseil national).

Sur le premier volet, le Conseil fédéral propose de décréter d'intérêt national les projets de production d'énergie renouvelable⁷ afin d'en encourager la construction dans le cadre de la pesée des intérêts à opérer dans les procédures d'aménagement du territoire⁸. C'est une réponse aux conflits d'objectifs auxquels la politique énergétique doit satisfaire, tiraillée non seulement entre les buts économiques, sociaux et environnementaux, mais également au sein de ces derniers comme le montre les éoliennes ou les panneaux solaires confrontées à la protection du paysage. Il en résulte une collision programmée que seules des pesées d'intérêts entre ces buts sont à même de résoudre (ch. II).

Sur le second aspect, augmenter la part des énergies renouvelables et l'efficacité énergétique ne se décrète pas si facilement sur le plan fédéral. Les autorités fédérales ne sont en effet pas toutes puissantes pour déterminer le cours de la politique énergétique suisse. La Constitution fédérale exige que la Confédération agisse dans le respect du principe de subsidiarité, limitant ainsi les compétences fédérales dans certains domaines de la politique énergétique, à l'instar de l'utilisation des énergies indigènes et des énergies renouvelables, de la consommation énergétique économe et rationnelle et de la consommation d'énergie dans les bâtiments. Un examen de l'évolution durant ces dernières décennies montre que, pour des motifs d'efficacité, les compétences fédérales se sont progressivement étendues au détriment de celles des cantons par différents procédés dont nous examinerons la légitimité et l'opportunité (ch. III).

II. Les objectifs constitutionnels

A. Les objectifs de politique énergétique

La Constitution fédérale comprend depuis le 23 septembre 1990 une disposition centrale sur la *politique énergétique* concernant l'approvisionnement en énergie d'une part et la consommation d'autre part (art. 89 Cst.⁹). Les cinq *objectifs* suivants sont visés pour l'approvisionnement : être suffisant, diversifié, sûr, économiquement optimal et respectueux de l'environnement ; deux autres précisent que la consommation doit être économe et rationnelle (art. 89 I Cst.). Ces buts s'appliquent à toutes les formes d'énergie. S'ils ne confèrent aucune nouvelle compétence à la Confédération, ils doivent être suivis dans l'ensemble des politiques publiques fédérales et cantonales¹⁰. La Constitution demande par ailleurs de fixer des *principes* tant pour l'utilisation des énergies

⁷ FF 2013 6808.

⁸ FF 2013 6840.

⁹ Reprenant l'art. 24 octies aCst.

¹⁰ WAGNER PFEIFER (2013), N. 1465 ; AUBERT (2003), Art. 89, N. 8 et 9.

indigènes et des énergies renouvelables que pour la consommation économe et rationnelle de l'énergie (art. 89 II Cst.).

La *loi sur l'énergie* (LEne)¹¹ reprend ces buts et principes (art. 1 I et II LEne) pour les préciser de la manière suivante : fixation de données quantifiées à l'horizon 2030 pour augmenter la production d'électricité provenant d'énergies renouvelables et de centrales hydrauliques et pour stabiliser la consommation d'énergie des ménages (art. 1 III à V LEne) ; définition de l'utilisation économe et rationnelle (art. 3 II LEne) ; précisions sur le plan environnemental (art. 5 III LEne) et économique (art. 2, 3 III et 5 II LEne).

On soulignera que la distinction entre objectifs et principes est parfois confuse. Accroître ou encourager le recours aux énergies renouvelables est ainsi classé par le législateur tant parmi les buts que les principes (art. 1 II let. c et art. 3 I let. b LEne). En pratique, la portée du débat est limitée, car les principes revêtent la même fonction que les buts dans l'esprit du législateur : les uns comme les autres « sont des supports d'interprétation et d'évaluation pour les cas où le rédacteur d'une ordonnance, l'administration ou la juridiction doivent apprécier la situation. [...] Ces objectifs et règles générales donnent à la fois l'orientation et les limites de chacune des mesures à prendre »¹². Les principes quant à eux « ne sont pas applicables en soi, mais fournissent une orientation, des critères et un canevas pour l'interprétation des mesures et mandats législatifs dont il est question dans les autres dispositions de la loi. Ils facilitent la décision à prendre pour leur exécution »¹³.

Sur le plan *cantonal*, on retrouve des buts au niveau constitutionnel en matière de politique énergétique sur le modèle fédéral. A Genève par exemple, la nouvelle Constitution du 14 octobre 2012 pose les principes de la politique énergétique de l'Etat de manière assez semblable : un approvisionnement en énergies ; la réalisation d'économies d'énergie ; le développement prioritaire des énergies renouvelables et indigènes ; le respect de l'environnement et l'encouragement de la recherche dans ces domaines (art. 167 I Cst-GE). La constitution précise que ces objectifs lient les collectivités et les institutions publiques dans leurs investissements et l'utilisation de leurs droits sociaux (art. 167 II Cst-GE). La collaboration avec les entreprises privées est pareillement encouragée pour réaliser ces objectifs (art. 167 III Cst-GE). En matière de logement, une disposition spécifique encourage la recherche de solutions de constructions économes en énergie (art. 179 III Cst-GE).

¹¹ RS 730.0.

¹² FF 1996 IV 1089.

¹³ FF 1996 IV 1096.

B. Les objectifs environnementaux, économiques et sociaux

D'autres objectifs constitutionnels sont étroitement liés à la politique énergétique, que l'on songe tout d'abord à l'environnement pris dans son sens large (art. 73 ss Cst.). Le législateur lui confère une importance privilégiée dans la mesure où la seconde disposition sur laquelle la loi sur l'énergie se fonde dans son préambule est la protection de l'environnement¹⁴. La stratégie énergétique 2050 telle qu'élaborée par le Conseil fédéral¹⁵ contribue ainsi à concrétiser le *développement durable* (art. 2 IV et 73 Cst.)¹⁶. A cet égard, le législateur exige explicitement, en matière d'électricité plus spécifiquement, que l'approvisionnement soit conforme aux principes du développement durable (art. 1 II let. a de la *loi sur l'approvisionnement en électricité* [LApEl]¹⁷).

La protection de l'environnement (art. 74 Cst.) est pour sa part explicitement répétée dans les buts constitutionnels spécifiquement énergétiques (« approvisionnement énergétique respectueux de l'environnement » à l'art. 89 I Cst, « respect de l'environnement » à l'art. 167 I Cst-GE). *L'aménagement du territoire* (art. 75 Cst.) arbitre quant à lui les différents conflits d'intérêt en tenant compte des objectifs de la stratégie énergétique pour délimiter les sites de production et de transport d'énergie adéquats. La loi précise les buts en la matière : « soutenir par des mesures d'aménagement les efforts en vue de garantir des sources d'approvisionnement suffisantes dans le pays, en particulier énergétiques » (art. 1 II d LAT)¹⁸ et « assurer les conditions dont dépend un approvisionnement suffisant en biens et services » (art. 3 III d LAT). La Confédération doit fixer les principes applicables à l'utilisation de l'eau pour la production d'énergie (art. 76 II Cst.) et légiférer sur la sécurité des barrages (art. 76 III Cst.) notamment. En matière internationale, on mentionnera enfin l'obligation imposée à la Confédération de contribuer à promouvoir la préservation des ressources naturelles (art. 54 II *i.f.* Cst.).

Les *objectifs économiques* sont tout aussi présents en matière énergétique. L'article central relatif à la politique énergétique énonce que l'approvisionnement énergétique doit être économiquement optimal (art. 89 I Cst.) et que la Confédération doit tenir compte notamment des efforts des milieux économiques dans sa politique énergétique de même que prendre en considération les limites de ce qui est économiquement supportable (art. 89 V Cst.)¹⁹. Couplé avec le principe de la liberté économique (art. 27 et 94 Cst.), le

¹⁴ Art. 24septies aCst.

¹⁵ FF 2013 6804 ss.

¹⁶ FF 2013 6957. Pour une analyse du cadre juridique des énergies renouvelables en rapport avec le développement durable, cf. PINELLI (2014).

¹⁷ RS 734.7.

¹⁸ Cf. par exemple ATF 132 II 408, 420.

¹⁹ Sur le principe de coopération avec les milieux économiques, cf. WAGNER PFEIFER (2013), p. 356.

législateur a concrétisé cet aspect en énonçant les principes de collaboration avec les milieux économiques et de subsidiarité (art. 2 LÉne), de répercussion du coût sur les consommateurs (art. 3 III LÉne) ainsi que de respect des forces du marché, de la vérité des coûts et de la compétitivité avec l'étranger (art. 5 II LÉne).

Plus spécifiquement en matière d'approvisionnement électrique, la loi a pour objectif de créer un marché de l'électricité axé sur la concurrence (art. 1 I LAPeI). En cas de menace de guerre pendant ou face à une grave pénurie notamment, la Confédération peut déroger à la liberté économique pour assurer l'approvisionnement du pays en biens et services de première nécessité (art. 102 II Cst.) ; biens et services dont les sources d'énergie ainsi que tous les moyens nécessaires à leur production font partie selon la loi (art. 2 II let. a de la loi sur l'approvisionnement du pays [LAP]²⁰).

Des *but sociaux* sont également à prendre en compte. La Constitution fédérale exige que les prestations de base soient accessibles à tous dans une mesure comparable (art. 43a IV Cst.). L'approvisionnement en sources d'énergie en fait partie²¹.

C. L'intérêt public des buts énergétiques

Déterminer si les buts énergétiques répondent à l'intérêt public est une question centrale à un double point de vue. Premièrement, toute activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public (art. 5 II Cst.). En second lieu, dès qu'il s'agit de restreindre un droit fondamental, un intérêt public doit le justifier (art. 36 II Cst.). Or les restrictions à la garantie de la propriété ou à la liberté économique ne manquent pas dans le domaine énergétique.

A l'origine, le Tribunal fédéral s'est montré sceptique. Il jugeait en 1981 dans un arrêt *Anex* qu'exiger la preuve du besoin pour le chauffage « tout électrique » dans un bâtiment était inconstitutionnel parce qu'il ne pouvait pas considérer cette mesure cantonale de politique économique en tant que mesure de police économique ou de politique sociale²². Il nuancait toutefois deux ans plus tard le jugement précédent dans le sens que « la clause de nécessité que le Tribunal fédéral a annulée dans son arrêt *Anex* ne visait pas directement à réaliser des économies d'énergie, mais impliquait un choix entre les diverses sources d'énergie et constituait ainsi une mesure de politique économique prohibée »²³.

²⁰ RS 531.

²¹ Sur le caractère peu concret de cette disposition, cf. BIAGGINI (2015), N. 33.

²² TF, arrêt *Anex* du 23 octobre 1981, ZB/1983 495.

²³ TF 109 Ia 193, 200, Groupement des entrepreneurs de chauffage du canton de Genève.

Depuis lors, l'intérêt public des mesures de politique énergétique n'a cessé d'être reconnu tant par le Tribunal fédéral que la Cour européenne des droits de l'homme (par exemple pour un parc éolien²⁴ ou une centrale thermique²⁵) que par l'Assemblée fédérale (ayant garanti l'article énergétique constitutionnel genevois en 1988²⁶).

D. La pesée des intérêts

Les différents buts qui précèdent se contrecarrent par la force des choses. La situation n'est que trop classique en droit constitutionnel. Il revient aux autorités législatives, administratives et judiciaires de les ajuster dans le cadre des marges de manœuvre respectives à leur disposition. Le Conseil fédéral l'a rappelé spécifiquement dans le cadre de la politique énergétique : « A priori, les différents objectifs [constitutionnels de la politique énergétique²⁷] sont équivalents. Cependant, ils ne sont pas toujours en harmonie les uns avec les autres. Comme le choix de mesures de politique énergétique peut générer des conflits d'objectifs, il s'agit d'optimiser chacune d'entre elles en fonction des buts poursuivis »²⁸.

Le *Tribunal fédéral* l'a montré par exemple dans l'opposition entre l'objectif de production hydro-électrique et celui de la protection des sites naturels : « Il n'est pas rare que d'autres ouvrages servant à la production d'énergie - des lacs d'accumulation avec barrages, des ouvrages hydroélectriques le long des rivières, etc. - doivent eux aussi être réalisés dans des sites naturels méritant d'être préservés, sans pour autant qu'une protection absolue soit prescrite, et l'intérêt public à la conservation du site ne l'emporte pas »²⁹.

L'*Assemblée fédérale* vient de faire primer les panneaux solaires sur les considérations d'esthétique lors de la révision de la loi sur l'aménagement du territoire : « Pour le reste, l'intérêt à l'utilisation de l'énergie solaire sur des constructions existantes ou nouvelles l'emporte en principe sur les aspects esthétiques » (art. 18a LAT). Dans le même sens, le législateur déclare conformes à la zone agricole, à certaines conditions, les installations nécessaires à la production d'énergie à partir de biomasse et les installations de compost (art. 16a al. 1^{bis} LAT).

²⁴ En tant qu'élément de la politique énergétique cantonale : ATF 132 II 408. Cf. ég. CourEDH, *Fåggerskiöld c. Suède*, [décision], requête n° 37664/04, du 26 février 2008.

²⁵ TF, arrêt 1C_36/2011 du 8 février 2012, cité ci-dessous, ch. III let. C.

²⁶ Art. 160 C III a ch. 5 et 6 aCst.-GE (FF 1988 I 235 et II 1127).

²⁷ Art. 24octies aCst. devenu art. 89 Cst.

²⁸ FF 1996 IV 1070

²⁹ ATF 132 II 408. Sur le conflit entre la transition énergétique et la protection de la nature et des sites, cf. ABEGG (2015).

Le *Conseil fédéral* propose dans le projet de révision du droit de l'énergie de renforcer cette prépondérance en faveur des énergies renouvelables au détriment d'autres aspects écologiques sous la formulation suivante : « Le recours aux énergies renouvelables et leur développement revêtent un intérêt national. » (art. 14 I projet nLEne³⁰). Il estime qu'« il est inévitable que la nécessité de développer fortement les énergies renouvelables demande certaines concessions dans le domaine de la protection de la nature et du patrimoine. La nouvelle LEne implique en ce sens une focalisation accrue en faveur des énergies renouvelables »³¹.

Cette balance doit toutefois s'opérer dans le respect du principe de proportionnalité : « L'idée n'est certes pas de placer des installations énergétiques sur tous les sites encore inoccupés, à plus forte raison dans des zones protégées. Il s'agit plutôt de réaliser avant tout les projets qui apportent la plus grande utilité en matière de production d'électricité avec le moins d'impact possible »³².

Les cantons ont critiqué dans une prise de position commune le fait que la Confédération empiétait ainsi sur leurs compétences : « En déclarant que l'utilisation économe et rationnelle de l'énergie ainsi que le recours aux énergies renouvelables sont en règle générale d'intérêt national, la Confédération s'attribue le monopole de l'évaluation dans un domaine pour lequel la Constitution attribue la compétence aux cantons. Une telle pratique va bien au-delà des possibilités selon lesquelles la Confédération peut fixer des principes »³³. La Confédération ne dispose en effet que de compétences limitées tant pour l'utilisation des énergies renouvelables (art. 89 II Cst.) qu'en matière de protection de la nature et du patrimoine (art. 78 II Cst.)³⁴. L'enjeu est de taille, car le potentiel éolien de la Suisse correspond à 88 % de la consommation électrique nationale en 2013. Prenant déjà en compte les intérêts non énergétiques, les objectifs à long terme de la Confédération ne tablent cependant que sur moins de 10 % du potentiel de production éolienne³⁵.

³⁰ FF 2013 6975.

³¹ FF 2013 6815.

³² FF 2013 6841.

³³ CONFÉRENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX, *Prise de position commune des cantons du 1^{er} février 2013 sur la stratégie énergétique 2050*, p. 15.

³⁴ On laissera ici la question ouverte. Cf. dans le même sens, Arnold MARTI, *ZB* 2013, p. 682, bien que cet auteur indique une préférence pour une solution dans le cadre de l'aménagement du territoire : « Ob dies mit dem Verfassungsauftrag von Art. 78 Abs. 2 BV bzw. einer gleichmässigen und rechtsgleichen Anwendung des Natur- und Heimatschutzrechts vereinbar ist, wird noch zu prüfen sein. Vorzuziehen und systemkonformer wäre jedenfalls, das nationale Interesse an der Gewinnung erneuerbarer Energien durch Sachpläne und Konzepte planerisch zu konkretisieren. »

³⁵ 4 TWh, cf. VUILLE/FAVRAT/ERKMAN (2015), p. 124.

Cette critique nous permet de faire le lien avec l'autre problématique que nous aborderons dans cet article : celle de la répartition des compétences (ch. III).

III. La répartition fédéraliste des compétences

A. Une répartition complexe ?

La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons dans le domaine de l'énergie est « extrêmement complexe » (« *ausgesprochen komplex* ») de l'aveu même du Tribunal fédéral qui se fonde sur la doctrine³⁶.

Elle est certes *diversifiée* dans le sens où l'on trouve en droit de l'énergie toutes les typologies relatives à la répartition fédéraliste des compétences synthétisées en doctrine (compétence exclusive, concurrente globale, exhaustive ou non, limitée aux principes, parallèle ainsi que des réserves cantonales)³⁷. Elle donne certainement l'*impression* d'être complexe, mais l'est-elle vraiment ?

La jurisprudence et la doctrine n'ont, il est vrai, pas toujours été claires sur la qualification exacte de certaines compétences, générant des incertitudes en pratique. Ainsi, l'énergie nucléaire a tantôt été considérée comme une compétence fédérale exclusive, tantôt comme une compétence concurrente³⁸. Ensuite, les compétences sont susceptibles de se chevaucher quant à leur fondement (énergie, environnement, aménagement du territoire notamment) entraînant des problèmes de cohérence et de coordination³⁹. De manière plus générale, la doctrine et la jurisprudence ont reconnu qu'une compétence « limitée aux principes » n'empêchait pas « selon les circonstances » de régler le moindre détail dans le domaine en question, contrairement au sens littéral du mot « principe » utilisé dans le texte constitutionnel⁴⁰. Par ailleurs une réserve, difficile à interpréter, a été insérée à l'article 89 IV Cst. en faveur des cantons en matière de consommation énergétique dans les bâtiments⁴¹. Le développement technologique a également fait apparaître de nouveaux conflits en rapport avec la souveraineté sur le sous-sol (géothermie) ou l'espace (énergie éolienne)⁴².

³⁶ TF, arrêt 1C_36/2011 du 8 février 2012, c. 3.2.

³⁷ Cf. ci-dessous, let. B.

³⁸ Cf. ci-dessous, let. C.

³⁹ Cf. ci-dessous, let. C.

⁴⁰ Cf. ci-dessous, let. D ch. 2 let. c.

⁴¹ Cf. ci-dessous, let. D ch. 2 let. d.

⁴² Cf. ci-dessous, let. C.

Cumulées, ces particularités rendent à notre sens la répartition concrète des compétences plus *sujette à discussion* sur certains points que véritablement complexe de manière générale.

B. Le droit de l'énergie comme panorama des différentes compétences possibles

Le droit de l'énergie donne l'occasion de brosser un panorama complet des différentes manières de partager les compétences entre la Confédération et les cantons⁴³.

Le Tribunal fédéral a ainsi jugé dans un premier temps que la compétence fédérale en matière d'énergie nucléaire (art. 90 Cst.) était *exclusive*⁴⁴. Le débat n'est pas définitivement tranché en doctrine, qui hésite entre une compétence exclusive et une compétence concurrente fédérale globale. La différence tient dans le fait que l'effet dérogatoire est immédiat dans le premier cas et subséquent seulement dans le second. La controverse reste toutefois largement académique en raison du caractère exhaustif de la réglementation fédérale en la matière⁴⁵. Une nouvelle controverse a surgi sur la nécessité de réviser ou non la Constitution pour sortir du nucléaire⁴⁶.

La Confédération dispose d'une *compétence concurrente globale* pour légiférer sur le maintien de débits résiduels appropriés pour les cours d'eau et la sécurité des barrages (art. 76 III Cst.)⁴⁷, la consommation d'énergie des installa-

⁴³ Sur le partage des compétences en général, cf. BENOÎT (2009), not. p. 21-46 ; AUER/ MALINVERNI/ HOTTELLIER (2013), p. 359ss ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 274 ss ; TSCHANNEN, § 20, N. 28-42.

⁴⁴ ATF 99 Ia 247, cons. 5. b) ; 103 Ia 329, cons. 3. b).

⁴⁵ Cf. dans ce sens KERN 2015, Art. 90, N. 4, avec les références relatives à ce débat ; BENOÎT 2009, p. 29 ; WEN KOEBEL (2015), p. 43. CARREL (2015), p. 310, admet également une compétence concurrente globale en matière d'énergie nucléaire, en se trompant toutefois d'étiquette (qualification de compétence exclusive, mais description comme une compétence concurrente avec effet dérogatoire subséquent). Le Conseil fédéral a décrit cette compétence de « ressort exclusif de la Confédération en vertu de l'art. 90 Cst. féd. » dans le cadre d'une procédure de garantie d'une constitution cantonale (FF 2013 8317).

⁴⁶ Selon une partie de la doctrine, il découlerait des dispositions constitutionnelles (art. 90 et 196 ch. 4 Cst.) que l'utilisation de l'énergie nucléaire serait possible dans des limites déterminées et qu'une interdiction nécessiterait par conséquent une modification de la Constitution : « la législation fédérale ne doit pas avoir pour effet *d'empêcher* le recours à l'énergie nucléaire » (AUBERT 2003, Art. 91, N. 4) ; « [...] dass die Nutzung der Atomenergie innerhalb bestimmter Schranken möglich ist. Ein Verbot würde daher eine Verfassungsänderung bedingen » (JAGMETTI Riccardo, Art. 24 *quinquies*, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (Aubert Jean-François et al., éd.), (1995), N. 2 ; MÜLLER (2013), p. 661, qui se fonde en plus sur l'art. 89 I Cst.). Le Conseil fédéral (FF 2013 6961s. se référant à l'Office fédéral de la justice, Verfassungsfragen zum Ausstieg aus der Kernenergie, expertise du 8 août 2011) objecte à juste titre que ces opinions se fondent essentiellement sur une interprétation historique de l'article 90 Cst. au détriment tant de sa lettre que de son esprit relu dans un contexte de sécurité accrue et de développement durable.

⁴⁷ MAHON (2003), Art. 76, N. 11.

tions, des véhicules et des appareils (art. 89 III 1^{ère} phr. Cst.)⁴⁸ ainsi que le transport et la livraison de l'électricité, de même que les installations de transport par conduites de combustible ou de carburants liquides ou gazeux (art. 91 Cst.)⁴⁹.

Conformément au texte constitutionnel, la Confédération dispose d'une *compétence concurrente limitée aux principes* pour l'utilisation de l'eau pour la production d'énergie et le refroidissement (art. 76 II Cst.), l'utilisation des énergies indigènes et des énergies renouvelables ainsi que pour la consommation énergétique économe et rationnelle (art. 89 II Cst.).

Une compétence *parallèle* des cantons et de la Confédération a été aménagée pour le développement des techniques énergétiques, en particulier dans les domaines des économies d'énergie et des énergies renouvelables (art. 89 III 2^e phr. Cst.)⁵⁰.

La Constitution fédérale reconnaît aux cantons une compétence générale sur les eaux en stipulant que ceux-ci disposent des ressources en eau (art. 76 IV 1^{ère} phr. Cst.). L'effet sur la compétence est purement déclaratif⁵¹ dans la mesure où les cantons sont toujours compétents à défaut d'attribution d'une tâche à la Confédération (art. 3 et 42 Cst.). La doctrine qualifie ce type de clause de *réserve cantonale improprement dite*⁵². Une restriction au droit de maîtrise des cantons sur les eaux est apportée pour permettre à la Confédération d'utiliser les eaux pour ses entreprises de transport, auquel cas elle doit payer une taxe et une indemnité (art. 76 IV 3^e phr. Cst.) ainsi que pour les ressources en eau qui intéressent plusieurs Etats (art. 76 V Cst.)⁵³.

On trouve également une *réserve cantonale proprement dite* qui a pour fonction de conférer aux cantons une compétence qui incomberait sinon à la Confédération. En matière de politique énergétique, la consommation d'énergie ressortit comme on l'a vu à la Confédération (art. 89 III 1^{ère} phr. Cst.), sauf – et c'est la réserve cantonale – pour la consommation d'énergie dans les bâtiments, mais au « premier chef » seulement (art. 89 IV Cst.)⁵⁴, sans que la doctrine soit en mesure de déterminer le sens exact de cette dernière précision⁵⁵.

⁴⁸ AUBERT (2003), Art. 89, N. 13.

⁴⁹ AUBERT (2003), Art. 91, N. 6 et 13.

⁵⁰ SCHAFFHAUSER/UHLMANN (2014), Art. 89, N. 13.

⁵¹ MAHON (2003), Art. 76, N. 15.

⁵² BENOÎT (2009), p. 46.

⁵³ MAHON (2003), Art. 76, N. 16.

⁵⁴ BENOÎT (2009), p. 46.

⁵⁵ KERN (2015), Art. 89, N. 19 avec réf.

C. Les chevauchements de compétences entre cantons et Confédération

Les cantons restent compétents lorsque la Confédération dispose d'une compétence *parallèle* ou, dans un certain cadre, d'une compétence concurrente limitée aux *principes*. Les cantons disposent dans ces domaines d'attributions propres et durables. Les cantons restent en effet compétents dans la première hypothèse pour édicter toute règle, tant de principe que de détail, et, dans la seconde, pour adopter la législation allant au-delà des seuls principes.

Même lorsque la Confédération a légiféré de manière *exhaustive*, il n'est pas cependant exclu que les cantons conservent certaines compétences. Dans ce cas, on observe des chevauchements susceptibles de poser des problèmes de coordination, permettant parfois aux cantons de s'opposer à des projets pour lesquelles la Confédération est pourtant potentiellement pleinement compétente.

Ainsi, statuant sur un *dépôt souterrain de déchets radioactifs*, le Tribunal fédéral a jugé que le caractère exhaustif de la législation fédérale dans le domaine nucléaire n'empêchait pas un canton de légiférer dans cette même matière. L'obligation d'obtenir une concession découlant du droit de l'aménagement du territoire ou d'une régle minière cantonale est compatible avec la législation fédérale sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique⁵⁶. Selon le droit civil, la propriété du sol ne s'étend en effet au-dessus et au-dessous que dans toute la hauteur et la profondeur utiles à son exercice (art. 667 I CC). Au-delà, on se trouve dans le domaine public, soumis à la « haute police » du canton (art. 664 I CC). Le canton peut ainsi disposer de la partie restante inférieure, sans que l'on soit toutefois en mesure de fixer une mesure abstraite chiffrée⁵⁷. Disposant de la souveraineté sur le sous-sol, le canton peut en déterminer l'utilisation tout en jouissant d'une situation de monopole quant aux activités économiques selon le Tribunal fédéral⁵⁸.

La doctrine récente nuance cette affirmation : si un monopole est admissible pour le stockage de carbone (séquestration du CO₂), il ne le serait pas de manière générale pour *tout stockage en sous-sol* ; il ne le serait en particulier pas si le but était d'éviter l'implantation d'un dépôt de déchets radioactifs, car le fait d'empêcher la Confédération d'accomplir l'une de ses tâches ne satisferait

⁵⁶ ATF 119 Ia 390, 402 et 406 ; 111 Ia 303, 307 ; rappelés in ATF 138 I 435, 450. Cf. ég. WIEDERKEHR/ABEGG (2014), p. 647. L'arrêt 119 Ia 390 doit cependant être replacé dans les circonstances particulières du cas d'espèce, notamment l'existence d'une ordonnance fédérale qui réservait alors explicitement les autorisations cantonales et un problème dans la définition de la tâche fédérale exacte (CARREL 2015, p. 84) ; les compétences cantonales sont dorénavant très réduites dans la procédure de réalisation des dépôts de stockage de déchets radioactifs (CARREL 2015, p. 307 s.).

⁵⁷ POLTIER/PIOTET (2015), p. 459 ss ; CARREL (2015), p. 10 ss.

⁵⁸ ATF 119 Ia 390, 400.

pas à l'exigence de l'intérêt public, nécessaire pour la création d'un nouveau monopole⁵⁹.

Par ailleurs, la Confédération est en droit de créer une compétence strictement fédérale supprimant d'éventuelles compétences cantonales résiduelles que les cantons fonderaient sur leur maîtrise régaliennne du sous-sol ou hors propriété, de même que sur les eaux souterraines : tel est désormais le cas pour la construction de dépôts de déchets radioactifs depuis la réforme de la loi sur l'énergie nucléaire⁶⁰ ; le droit fédéral ayant supprimé les compétences cantonales résiduelles en police des eaux et aménagement du territoire, les cantons ne peuvent plus s'opposer comme par le passé à la construction de tels dépôts en invoquant leur souveraineté sur le sous-sol⁶¹. La doctrine récente en déduit qu'en réduisant pareillement le pouvoir des cantons sur ce point, la législation sur l'énergie nucléaire pourrait avoir créé de fait un *domaine public fédéral souterrain*⁶². Dès lors la disposition constitutionnelle genevoise selon laquelle « les autorités cantonales s'opposent par tous les moyens à leur disposition et dans la limite de leurs compétences aux installations de centrales nucléaires, de dépôts de déchets radioactifs et d'usines de retraitement sur le territoire et au voisinage du canton » (art. 169 Cst.GE) déploie une portée encore plus limitée compte tenu de ce nouveau contexte⁶³. Les autorités fédérales ont rappelé ce point au moment de l'octroi de la garantie, sans pour autant fixer des conditions explicites : « l'art. 169 Cst. GE peut être jugé conforme au droit fédéral parce cette disposition comporte une réserve explicite en vertu de laquelle les autorités cantonales ne peuvent et ne doivent agir que dans la limite de leurs compétences (notamment de celles définies dans la LENU) »⁶⁴.

On retrouvait la même configuration conflictuelle, en surface cette fois, entre une autorisation que la Confédération avait prévu de délivrer pour l'*emplacement d'une centrale nucléaire* à Verbois dans le canton de Genève sur un terrain qui n'était pas classé en zone industrielle. Selon le Tribunal fédéral, la Confédération avait jugé à tort qu'un déclassement, de compétence cantonale, n'était pas nécessaire⁶⁵. La situation juridique est aujourd'hui différente, car

⁵⁹ CARREL (2015), p. 57, qui considère que le stockage en sous-sol doit obéir aux conditions de création d'un nouveau monopole (dont l'intérêt public fait partie) et ne saurait être considéré comme une extension de la régle des mines. WEN KOEBEL (2015), p. 115 ss admet en revanche dans le sillage de la jurisprudence qu'un tel stockage entre dans la régle des mines.

⁶⁰ RS 732.1.

⁶¹ CARREL (2015), p. 310 s ; WEN KOEBEL (2015), p. 163 et 165. Sur la marge de manœuvre, limitée, qui reste aux cantons de s'opposer à de tels dépôts, cf. WEN KOEBEL (2015), p. 167 ss ; CARREL (2015), p. 310 s.

⁶² CARREL 2015, p. 307 ss, rappelant que la doctrine ne reconnaît pas de manière générale l'existence d'un domaine public fédéral, à l'exception des routes nationales (cf. aussi HOTTETIER 2002, N. 17).

⁶³ WEN KOEBEL (2015), p. 168 s. et 180.

⁶⁴ FF 2013 8317.

⁶⁵ ATF 103 Ia 329, 339.

aucune autorisation ni plan de droit cantonal ne sont dorénavant requis pour construire une centrale nucléaire ; le droit cantonal n'étant « pris en compte » que « dans la mesure où il n'entrave pas le projet de manière disproportionnée » (art. 49 III LENu)⁶⁶.

Le monopole sur les *matières premières énergétiques* (charbon, houille, pétrole, gaz naturel, uranium) est quant à lui admissible, car ces sources d'énergie peuvent être comprises dans la régle des mines⁶⁷. Tous les cantons ne comprennent cependant pas forcément les *hydrocarbures* (pétrole, gaz naturel) dans leur loi minière, car les techniques d'extraction se distinguent de celle des minerais (pompage, éruption ou fracturation hydraulique [*fracking*]), excluant dans ce cas tout monopole étatique sur de telles sources énergétiques⁶⁸.

La nouvelle Constitution genevoise stipule que le canton a le droit exclusif d'exploiter le sous-sol et la *géothermie* et qu'il peut l'exercer lui-même ou le confier à des tiers (art. 170 Cst.-GE). La doctrine récente est d'avis que la géothermie profonde est susceptible d'être monopolisée de même que la géothermie domestique qui nécessite une construction dans le sous-sol « hors propriété privée »⁶⁹ (pompes à chaleur susceptibles d'exiger des forages jusqu'à 400 m de profondeur)⁷⁰. Par ailleurs toute la géothermie utilisant les eaux souterraines devrait être soumise à concession⁷¹. Dès lors, la géothermie hydrothermale, même si elle opère dans la profondeur utile de la propriété privée, est une prérogative régalienn⁷². En conclusion, la combinaison du monopole de fait du sous-sol au-delà de la propriété privée avec le monopole régalien couvre toutes les formes de géothermie sans qu'un monopole de droit ordinaire ne soit nécessaire⁷³. Relevons toutefois que la géothermie hydrothermale pourrait potentiellement être réglementée dans ses principes par la Confédération dans la mesure où cette dernière dispose d'une compétence concurrente

⁶⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 646 s.

⁶⁷ CARREL (2015), p. 45. Cf. ég. POLTIER/PIOTET (2015), p. 465.

⁶⁸ CARREL (2015), p. 45 s.

⁶⁹ Le sous-sol hors propriété est celui qui n'est soumis ni à la propriété privée ni à la propriété régalienn des cantons. Les cantons en conservent la maîtrise et disposent du pouvoir normatif (art. 3 Cst. *cum* art. 6 CC ; CARREL 2015, p. 68 s.).

⁷⁰ CARREL (2015), p. 18 s, 56 et 134 ss. Pour MATTHEY (1986), p. 208, l'extension du monopole régalien à l'utilisation de la « chaleur souterraine » (sans distinction de profondeur) serait admissible. Pour POLTIER/PIOTET (2015), p. 465 s, si l'inclusion de la géothermie dans la régle des mines dépend de l'interprétation plus ou moins souple de la notion de régle, l'hydro-géothermie, qui peut se pratiquer même à faible profondeur, entre incontestablement dans la régle du sel, car l'eau thermale est toujours saline.

⁷¹ CARREL (2015), p. 62 ; MATTHEY (1986), p. 37 ; POLTIER (1983), p. 67.

⁷² POLTIER/PIOTET (2015), p. 467.

⁷³ POLTIER/PIOTET (2015), p. 467.

limitée aux principes s'agissant de « l'utilisation de l'eau pour la production d'énergie » (art. 76 II LEaux)⁷⁴.

En attendant la révision de la loi genevoise sur les mines du 8 mai 1940⁷⁵, le règlement d'application a fait l'objet d'une révision en 2013 pour introduire un corpus de règles relatives à la prospection en matière de géothermie profonde⁷⁶. A la suite d'une motion du Grand Conseil⁷⁷, le Conseil d'Etat propose d'interdire tant l'exploration que l'exploitation des *gaz de schiste* dans le cadre de la révision de la loi sur les mines⁷⁸.

La doctrine précise toutefois que le pouvoir de maîtrise du canton tant sur ses régales que sur le sous-sol hors propriété ne doit pas empêcher la réalisation de tâches fédérales ; l'atteinte portée à la souveraineté cantonale ne conférant par ailleurs aucun droit du canton à être indemnisé⁷⁹. Comme l'exemple des dépôts de déchets radioactifs le montre, tout dépend de la manière dont le droit fédéral est concrètement agencé dans le domaine concerné pour que l'on soit en mesure de déterminer la marge cantonale d'opposition possible. Si la Confédération veut éviter qu'un canton ne se fonde sur son pouvoir de maîtrise sur le sous-sol pour empêcher la réalisation d'une tâche pour laquelle elle est constitutionnellement compétente, elle devra exclure toute compétence cantonale résiduelle sur le modèle des dépôts souterrains de déchets radioactifs⁸⁰.

Sur le plan intercantonal, à la suite de l'abrogation du *concordat concernant la prospection et l'exploitation du pétrole* du 24 septembre 1955, les cantons du nord-est de la Suisse ont adopté une loi type, acte de *soft law*, prélude à régler l'utilisation du sous-sol de manière plus générale (*Mustergesetz über die Nutzung des Untergrundes* du 2 décembre 2013)⁸¹.

⁷⁴ Dans ce sens, cf. POLTIER/PIOTET (2015), p. 451 (qui évoquent par erreur une compétence *parallèle* limitée aux principes ; *recte* : *ibid.*, p. 452). Cf. ég. la compétence concurrente limitée aux principes de l'article 89 II Cst. relative à l'utilisation des énergies indigènes et des énergies renouvelables in : POLTIER/PIOTET (2015), p. 451 s.

⁷⁵ L 3 05.

⁷⁶ Titre III du règlement d'application de la loi sur les mines du 11 juin 1940 (L 3 05.01).

⁷⁷ Motion M 2066 Protégeons notre canton et nos ressources en eau des pollutions irrémédiables occasionnées par l'exploitation du gaz de schiste, du 6 mars 2012.

⁷⁸ CONSEIL D'ETAT, point de presse du 26 juin 2013.

⁷⁹ CARREL (2015), p. 83, se référant par analogie aux ATF 101 Ib 56 (régale de la chasse) et 109 Ib 26 (concession d'une gravière).

⁸⁰ Sur ce raisonnement appliqué en matière de séquestration de CO₂, cf. CARREL 2015, p. 335.

⁸¹ ZH, SG, AG, TG, AR, AI, SH, GL, ZG et SZ (Rapport du Conseil fédéral du 5 décembre 2014 sur l'utilisation du sous-sol faisant suite au postulat 11.3229 de la Conseillère nationale Kathy Riklin datant du 17 mars 2011, p. 7) ; POLTIER/PIOTET (2015), p. 457 ; HÜRLIMANN-KAUP/OSWALD (2015), p. 335.

Sur le plan fédéral, la Commission fédérale de géologie a répondu en 2014 par deux actes de *soft law* : une recommandation concernant l'utilisation du sous-sol profond⁸² et une recommandation relative à la fracturation hydraulique (*fracking*), technique utilisée pour extraire du gaz naturel et du pétrole et pour exploiter l'énergie géothermique⁸³. Les deux textes demandent en particulier de réviser l'article 667 CC « en introduisant une règle qui réponde aux possibilités techniques et aux impératifs économiques actuels » de même que la Constitution fédérale : « Il faut examiner l'introduction d'une réglementation nationale s'appliquant au sous-sol profond qui revêtirait la forme d'un article constitutionnel (portant sur l'exploitation de la géothermie et des eaux souterraines), tout en sachant que ce sont les cantons qui détiennent la souveraineté sur le sous-sol. Les ressources du sous-sol ignorent les limites communales, cantonales et nationales »⁸⁴.

La seconde recommandation de la Commission fédérale de géologie exige explicitement de ne pas interdire la fracturation hydraulique : « Le fracking ou stimulation hydraulique est une technique. Les techniques ne doivent pas être interdites ni soumises à un moratoire »⁸⁵. Le Conseil fédéral ne paraît pourtant pas convaincu de la nécessité d'un tel renforcement des compétences de la Confédération⁸⁶, laissant la question de la fracturation hydraulique provisoirement ouverte⁸⁷.

Quant à la construction de *centrales thermiques à combustible fossile*, les cantons peuvent prendre des mesures générales de planification, telles qu'interdire leur emplacement dans certaines zones d'affectation, ou les soumettre à des conditions plus strictes que le droit fédéral, en présence d'intérêts publics comme la protection de l'environnement. La *loi fédérale sur la réduction des émissions de CO₂*⁸⁸ ne l'interdit pas. Les cantons et les communes ne peuvent en revanche pas exiger un rendement trop difficilement rentable économiquement, auquel cas ils porteraient atteinte à la garantie de la propriété (art. 26 Cst.) et à la liberté économique (art. 27 Cst.)⁸⁹.

⁸² COMMISSION FÉDÉRALE DE GÉOLOGIE, *Recommandations concernant l'utilisation du sous-sol profond*, Berne, 22 janvier 2014.

⁸³ COMMISSION FÉDÉRALE DE GÉOLOGIE, *Risques, potentiels et opportunités liés à la fracturation hydraulique (fracking) : Evaluation et actions*, 24 novembre 2014.

⁸⁴ Recommandation 10 et 9.

⁸⁵ Recommandation 1.

⁸⁶ Rapport du Conseil fédéral du 5 décembre 2014 sur l'utilisation du sous-sol faisant suite au postulat 11.3229 de la conseillère nationale Kathy Riklin datant du 17 mars 2011, p. 8 s.

⁸⁷ L'examen est prévu dans le cadre du rapport qui fera suite au postulat 13.3108 Aline Trede «Fracturation hydraulique en Suisse » (Rapport du Conseil fédéral du 5 décembre 2014 sur l'utilisation du sous-sol faisant suite au postulat 11.3229 de la conseillère nationale Kathy Riklin datant du 17 mars 2011, p. 18).

⁸⁸ RS 641.71.

⁸⁹ TF, arrêt 1C_36/2011 du 8 février 2012, c. 5.4.

En hauteur enfin, la question s'est posée de savoir qui pouvait règlementer l'exploitation des *vents* pour produire de l'électricité. La Confédération dispose d'une compétence limitée aux principes pour l'utilisation des énergies indigènes et renouvelables (art. 89 II Cst.)⁹⁰. Les cantons ayant ainsi « une grande latitude pour choisir les mesures de politique énergétique qu'ils entendent mettre en œuvre dans le domaine des nouvelles énergies renouvelables », le Tribunal fédéral a jugé qu'il appartenait au seul droit cantonal de régler les conditions d'autorisation pour une installation de production d'énergie éolienne, ajoutant au passage de manière lapidaire que l'utilisation du vent n'est « au demeurant pas soumise à l'exigence d'une concession »⁹¹. Si l'on peut suivre le raisonnement relatif aux conditions d'autorisation en l'état actuel du droit fédéral, on hésitera cependant sur le point de la concession. La question mériterait d'être réexaminée dans la mesure où l'offre en emplacements favorables est restreinte ; la concession pourrait être dans ce cas un moyen approprié pour trancher entre les demandes, comme le soutient à juste titre un avis exprimé en doctrine⁹².

D. L'harmonisation des réglementations

1. Introduction

Si les chevauchements de compétence que nous venons d'examiner contrecarrent parfois la Confédération dans ses projets, une trop grande diversité réglementaire, bien qu'exprimant la richesse du fédéralisme, peut empêcher, suivant les circonstances, les collectivités publiques de mettre sur pied des politiques publiques légitimes, cohérentes et efficaces.

Nous examinerons dès lors dans cette section les différents moyens utilisés pour parvenir à harmoniser les réglementations dans le domaine de la politique énergétique.

⁹⁰ Sur la difficulté de déterminer la base constitutionnelle sur laquelle la Confédération a fondé sa compétence pour introduire le nouveau régime juridique de promotion des énergies renouvelables dans la LEne (protection de l'environnement, énergie ou/et transport d'électricité), cf. JEANNERAT (2012), note de bas de page 3.

⁹¹ ATF 132 II 408, 420.

⁹² Jean-Baptiste ZUFFEREY, DEP 2015, p. 168, recensant la thèse de Fabian KLABER, *Öffentlichrechtliche Vorgaben für Windenergieanlagen*, Zurich 2014.

2. L'harmonisation des réglementations par voie constitutionnelle ou législative

a) Les divers procédés

L'adoption d'une nouvelle norme constitutionnelle attributive de compétence est le procédé classique pour autoriser la Confédération à légiférer dans un certain domaine (art. 3 et 42 Cst.) afin de lui permettre d'assumer des tâches excédant les possibilités des cantons ou nécessitant une réglementation uniforme (art. 5a et 43a I Cst.).

L'appropriation de compétences peut également s'exercer dans le cadre de l'ordre constitutionnel existant, sans modification de ce dernier. L'illustration traditionnelle est celle des compétences *concurrentes*, globales ou limitées aux principes, par lesquelles les cantons ne conservent leurs compétences propres que de manière *provisoire* tant que la Confédération n'a pas légiféré. Ces compétences cantonales concurrentes provisoires se rétrécissent, sans modification constitutionnelle et dans le parfait respect de l'ordre juridique, au fur et à mesure que le législateur fédéral étend son emprise (let. b).

La Confédération peut aussi réglementer de nouveaux domaines à droit constitutionnel constant par exemple en interprétant *de manière large la notion de principes* lorsque sa compétence est limitée à ces derniers (let. c), *de manière restrictive les réserves cantonales* proprement dites (let. d) ou en fondant la mesure législative sur une *autre compétence, plus généreuse* pour la Confédération, lorsque plusieurs fondements sont possibles (let. e).

b) La fin des compétences cantonales provisoires

La différence principale entre la compétence fédérale exclusive et la compétence concurrente globale réside dans la faculté offerte aux cantons, dans la seconde, de légiférer à leur guise tant que la Confédération demeure inactive. Une fois que celle-ci se décide à agir, elle met fin à la compétence cantonale, qui n'était admissible qu'à titre provisoire.

On trouve un bel exemple en matière de distribution d'électricité (compétence concurrente globale selon l'article 91 Cst.). Les monopoles d'approvisionnement fondés dans la législation cantonale n'ont conservé leur validité que jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'approvisionnement en électricité en 2009⁹³. Le Tribunal fédéral a confirmé dans une affaire genevoise que le fait d'instaurer un monopole de droit en fa-

⁹³ « D'éventuels monopoles d'approvisionnement et obligations d'achat inscrits directement ou indirectement dans la législation cantonale seront, dans la mesure où ils touchent des personnes ou entreprises jouissant du droit d'utiliser le réseau en vertu de la loi sur l'approvisionnement en électricité (art. 13), nuls et nonavenus dès l'entrée en vigueur de la loi » (Message LApEI 2005, FF ...)

veur des Services industriels pour la distribution d'électricité avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité n'était « pas manifestement contraire au droit supérieur »⁹⁴. Par la suite, l'Assemblée fédérale a accordé en 2008 une garantie temporaire à la disposition de la Constitution genevoise précisant que « l'approvisionnement et la distribution d'électricité sont un monopole public exercé par les Services industriels de Genève »⁹⁵.

La nouvelle Constitution cantonale maintient le principe du monopole en l'assortissant cependant d'une réserve explicite en faveur du droit fédéral : « L'approvisionnement et la distribution d'eau et d'électricité, ainsi que l'évacuation et le traitement des eaux usées, constituent un monopole cantonal dans la mesure permise par le droit fédéral. » (art. 168 I Cst.-GE). En 2013, l'Assemblée fédérale a accordé sa garantie à cette disposition sans l'assortir de conditions, en estimant que cette règle « peut être interprétée dans le sens où le monopole cantonal ne s'applique entièrement qu'à l'évacuation et au traitement des eaux usées, mais non à l'approvisionnement en électricité »⁹⁶. Pour être précis, la phrase « peut être interprétée » doit être à notre avis lue comme « doit être interprétée ».

L'instauration d'un monopole cantonal de la fourniture de gaz est en revanche contraire au droit fédéral⁹⁷.

c) *L'interprétation étendue de la compétence limitée aux principes*

Lorsque la Confédération dispose d'une compétence concurrente « limitée aux principes », elle est tentée d'interpréter de manière étendue la notion de « principe » chaque fois qu'elle compte uniformiser un domaine. Le procédé a mauvaise presse auprès des cantons, car il donne, politiquement du moins, l'impression d'un empiètement illégitime. Juridiquement parlant, la critique doit être précisée, car, avec la caution du Tribunal fédéral, la notion de « principe » a déjà été, en elle-même, interprétée bien au-delà de sa lettre.

A l'origine, en effet, les constitutionnalistes tentaient à juste titre de distinguer entre la compétence d'édicter une loi-cadre et une loi limitée aux principes. La première, calquée sur le modèle du droit allemand, devait permettre au législateur de régler en détail certains points à condition de laisser une marge de manœuvre substantielle aux cantons sur d'autres points. La seconde était en revanche incompatible avec une législation de détail comme l'avait

⁹⁴ ATF 132 I 282, 285 ss.

⁹⁵ La disposition a été garantie par l'Assemblée fédérale en 2008 avec limitation jusqu'à l'entrée au 1^{er} janvier 2009 de la nouvelle loi interdisant un tel monopole (FF 2009 465 ; 2008 5497, 5506 s).

⁹⁶ FF 2013 8313, 8316 ; FF 2014 2907.

⁹⁷ ATF 132 I 282, 284.

démontré une partie de la doctrine sous l'empire de l'ancienne constitution : « La notion de « loi-cadre », ou de « prescription-cadre », qui est celle du droit allemand actuel, et qu'a reprise l'avant-projet de révision totale de la constitution fédérale, de 1977 [...], présente une plus grande flexibilité. La loi reste une loi-cadre même si elle règle en détail certains points, pourvu que, dans l'ensemble, elle laisse un pouvoir substantiel aux législateurs des cantons. L'idée de « principe » est, en revanche, inconciliable avec une réglementation de détail »⁹⁸.

Très tôt cependant la Confédération a été d'un autre avis⁹⁹, suivie par le Tribunal fédéral qui juge aujourd'hui qu'une compétence limitée aux principes autorise le législateur à régler certains aspects de manière détaillée selon les circonstances (« *unter Umständen ins Detail gehen* »)¹⁰⁰. La jurisprudence¹⁰¹ et la doctrine¹⁰² semblent traiter désormais les deux expressions comme synonymes. Il nous paraîtrait toutefois plus transparent de reconnaître que la pratique s'est éloignée de la lettre et qu'elle a dorénavant substitué le terme de « législation-cadre » à celui de « législation limitée aux principes ».

Même si la Confédération peut par ce procédé réglementer des points détaillés, la doctrine s'accorde sur le fait qu'il faut laisser aux législateurs cantonaux une certaine marge de manœuvre. En quoi une loi ordinaire se distinguerait-elle d'une loi-cadre si la seconde devait réglementer tous les aspects, ou presque, du domaine considéré de manière précise ? La difficulté interprétative consiste dans ces conditions à déterminer s'il existe un seuil à partir duquel la réglementation deviendrait trop exhaustive pour pouvoir encore être qualifiée de loi-cadre.

Une autre complication est de déterminer quels points le législateur fédéral est autorisé à retenir pour une réglementation en profondeur. Le critère de l'importance de la matière¹⁰³ ainsi que celui de la subsidiarité (art. 5a Cst.) - en particulier l'exigence de détailler les seuls aspects « qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération » au sens de l'article 43a I Cst. - devraient être les principaux guides pour y répondre. Dans le domaine spécifique de la politique énergétique,

⁹⁸ AUBERT (1982), p. 73.

⁹⁹ DIVISION DE LA JUSTICE, avis du 30 décembre 1977, JAAC 1978, N. 95, p. 420-421, se fondant sur l'interprétation historique au détriment de la lettre.

¹⁰⁰ Précisément au sujet de l'article 89 II Cst. (ATF 138 I 454, 458).

¹⁰¹ Cf. Par exemple ATF 128 I 254, 265 : « Eingriffe des Bundesgesetzgebers in die kantonale Organisationsautonomie sind auch bei einer Grundsatz- oder Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes nicht von vornherein ausgeschlossen ».

¹⁰² Cf. par exemple TSCHANNEN (2011), § 20 N. 37.

¹⁰³ «Es ist anerkannt, dass der Bundesgesetzgeber, wo besonders wichtige Probleme zu entscheiden sind oder klare Abgrenzungen auf eidgenössischer Ebene vorgenommen werden müssen, auch detaillierte Regeln erlassen darf» (ATF 128 I 254, 265).

l'exigence de subsidiarité est rappelée spécialement : « la Confédération tient compte des efforts des cantons, des communes et des milieux économiques ; elle prend en considération les réalités de chaque région et les limites de ce qui est économiquement supportable » (art. 89 V Cst.). Il serait également pertinent de sélectionner ces pans législatifs en fonction du gain d'efficacité (art. 170 Cst.¹⁰⁴) et de rationalité (art. 43a V Cst.¹⁰⁵) qu'une solution centralisée offrirait. Une évaluation menée selon les règles de l'art¹⁰⁶ serait certainement une voie à suivre pour objectiver les positions trop souvent doctrinales entre centralisateurs effrénés et fédéralistes à tout crin.

De toute manière, il revient aux autorités politiques de trancher ces questions « au plus près de leur conscience » comme le précise Jean-François Aubert ; le corps électoral pourra toujours sanctionner une interprétation centralisatrice qu'il jugerait trop audacieuse ou au contraire la soutenir s'il devait la considérer adaptée : « Quand le constituant n'entend pas donner au législateur fédéral une compétence exhaustive ou globale, il a pris l'habitude de la réduire à l'édition de "principes" [...]. La notion n'est, il est vrai, pas très claire. De quelle règle peut-on dire qu'elle est un principe ? Au-dessous de quel degré d'importance doit-on cesser de lui reconnaître cette qualité ? Ici encore, ce sont les autorités politiques qui décident, au plus près de leur conscience ; et, s'il y a un référendum, c'est le corps électoral qui tranche »¹⁰⁷.

Le droit de l'énergie offre quelques illustrations de la difficulté :

- Dans le cadre de la révision de la loi sur l'énergie proposée pour mettre en œuvre la stratégie énergétique 2050, le Conseil fédéral propose que les cantons élaborent avec le soutien de la Confédération un concept de développement des énergies renouvelables, notamment de la force hydraulique et de la force éolienne, dans lequel ils devront désigner pour l'ensemble de la Suisse les zones qui se prêtent à l'utilisation de ces énergies (art. 11 LEne [projet]). La sanction suivante est prévue en cas de mise en œuvre cantonale déficiente : « L'élaboration du concept est placée sous la conduite de la Confédération si, trois ans après l'entrée en vigueur de la présente loi, aucun concept tenant suffisamment compte des objectifs de développement n'a été élaboré » (art. 12 III LEne [projet]). Dans une prise de position commune, les cantons se réfèrent à leur compétence fédérale de principe en matière d'énergies indigènes et renouvelables (art 89 II Cst.) et

¹⁰⁴ Exigeant que l'Assemblée fédérale veille à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation.

¹⁰⁵ Exigeant que les tâches de l'Etat soient être accomplies de manière rationnelle et adéquate.

¹⁰⁶ Sur l'évaluation législative dans le cadre du droit public et administratif en particulier, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 498 ss.

¹⁰⁷ AUBERT (1982), p. 73.

d'aménagement du territoire (art. 75 Cst.) pour critiquer tant le caractère obligatoire du plan que la sanction en cas d'inexécution. Seul un plan dépourvu de force obligatoire pour les cantons resterait selon eux dans le cadre constitutionnel¹⁰⁸. Vu sous l'angle de l'efficacité et de la rationalité, proposer un concept dépassant les frontières cantonales n'est à notre avis pas dénué de pertinence s'agissant de l'utilisation du vent et de l'eau. Si le caractère obligatoire du plan peut prêter à discussion sous l'angle cumulé de l'énergie, de l'aménagement du territoire¹⁰⁹ ou des eaux¹¹⁰, il ne nous paraît pas forcément admissible par le fait que ces installations présentent une face électrique également. La Confédération dispose certes d'une compétence concurrente globale en cette matière (art. 91 I Cst.), mais pour le transport et la livraison d'électricité, à l'exception de la construction¹¹¹. Quant à la critique sur la sanction en cas d'inexécution, elle doit être relativisée, car le plan en ce cas n'est que subsidiaire et n'a pas à être formellement adopté par la Confédération ; celle-ci se bornant à piloter l'élaboration du plan.

- Dans le cadre de la révision récente de la loi sur l'aménagement du territoire, la loi sur l'énergie a prévu qu'un dépassement de 20 cm au plus ne devait pas être pris en compte lors du calcul des mesures de renforcement de l'efficacité énergétique du bâtiment¹¹². La constitutionnalité de cette disposition a été mise en doute tant au sein du Parlement que par les cantons¹¹³. Si cette disposition dépasse indubitablement le degré de « principe » pris dans son sens littéral, elle peut éventuellement trouver sa place dans une législation-cadre. Cette norme reste cependant critiquable, mais en raison de son degré de détail et de la cohérence dans l'ordre juridique. La précision selon laquelle le nombre de centimètres pour déterminer si les installations solaires sont suffisamment adaptées aux toits devrait en effet plutôt être

¹⁰⁸ CONFÉRENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX, Prise de position commune des cantons du 1^{er} février 2013 sur la stratégie énergétique 2050, p. 9.

¹⁰⁹ KLABER 2014, p. 44 et réf. cit.

¹¹⁰ Compétence fédérale de principe pour l'utilisation de l'eau pour la production d'énergie (art. 76 II Cst.) mais non pour la sécurité des barrages et le maintien de débits résiduels notamment (art. 76 II Cst.).

¹¹¹ KLABER (2014), p. 45 s. et 47, qui admet en revanche la compétence fédérale pour édicter un tel plan obligatoire pour l'énergie éolienne au sens de l'article 22 I OAT.

¹¹² « Dans les bâtiments chauffés satisfaisant au moins aux normes Minergie ou MoPEC ou à une norme analogue, un dépassement de 20 cm au plus pour l'isolation thermique ou l'installation visant une meilleure utilisation des énergies renouvelables indigènes n'est pas pris en compte lors du calcul notamment de la hauteur du bâtiment, de la distance entre les bâtiments, de la distance à la limite, de la distance aux eaux publiques, de la distance à la route ou de la distance à la place de parc, ni dans le cadre de l'alignement des constructions. » (Art. 9 III let. e LEne).

¹¹³ CONFÉRENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX, Prise de position commune des cantons du 1^{er} février 2013 sur la stratégie énergétique 2050, p. 15.

ancrée au niveau réglementaire, comme c'est le cas de la règle correspondante en droit de l'aménagement du territoire où la précision centimétrique relève, à juste titre, de la loi au sens matérielle¹¹⁴.

d) *L'interprétation restrictive des réserves cantonales proprement dites*

Pour étendre sa compétence, la Confédération peut décider d'interpréter de manière restrictive les réserves cantonales proprement dites (dérogation en faveur des cantons dans un secteur généralement placé dans la compétence fédérale¹¹⁵) à l'exemple de l'article 89 IV Cst. On rappelle que les mesures concernant la consommation d'énergie dans les bâtiments sont du ressort des cantons, mais – et l'expression est singulière – seulement « au premier chef » («*vor allem*» ; «*in primo luogo*»)¹¹⁶.

Toute la question est de savoir dans quelle mesure la Confédération conserve une compétence « au second chef » : est-ce une compétence analogue à la compétence limitée aux principes, *i.e.* une compétence de loi-cadre l'autorisant à régir de manière détaillée certains points ? Est-ce une compétence limitée aux principes, pris dans son sens littéral, *i.e.* excluant l'édiction de règles détaillées ? Confère-t-elle une compétence globale, mais provisoire ou subsidiaire, en cas d'inaction des cantons ou d'exécution imparfaite ? Aucune réponse définitive ne peut être donnée à ces questions¹¹⁷, si bien qu'il revient au législateur fédéral de donner un sens à ce mot, le cas échéant sous le contrôle du peuple en référendum.

L'administration fédérale vient de suggérer une révision constitutionnelle pour substituer à cette singularité une plus classique compétence fédérale concurrente limitée aux principes. Le but serait de permettre « à la Confédération de promulguer des normes ou d'opérer une harmonisation, ceci toutefois seulement en cas de besoin spécifique », car « la répartition des compétences, notamment pour ce qui est du domaine du bâtiment, est définie de manière peu claire à l'art. 89 Cst. » et l'hétérogénéité des normes actuelles est « peu satisfaisante pour l'atteinte des objectifs d'efficacité énergétique » et « complique les

¹¹⁴ « Dans les zones à bâtir et les zones agricoles, les installations solaires suffisamment adaptées aux toits ne nécessitent pas d'autorisation » (art. 18a I LAT) ; « Les installations solaires sont considérées suffisamment adaptées aux toits (art. 18a, al. 1, LAT) si les conditions suivantes sont réunies : ... elles ne dépassent pas les pans du toit perpendiculairement de plus de 20 cm » (art. 32a let. a OAT).

¹¹⁵ AUBERT (2003), N. 12 (note).

¹¹⁶ La Confédération est « un petit peu compétente » (« *ein bisschen* ») aussi (SCHAFFHAUSER/UHLMANN 2014, Art. 89, N. 14).

¹¹⁷ En faveur d'une compétence « subsidiaire », cf. AUBERT (2003), Art. 89, N. 15. En faveur d'une législation de principe (« Grundsatzgesetzgebung »), cf. KERN (2015), Art. 89, N. 19. Pour SCHAFFHAUSER/UHLMANN (2014), Art. 89, N. 14, la Confédération serait - un petit peu tente - « wohl im Wesentlichen über seine Grundsatzkompetenz ».

activités de l'économie et de l'industrie du bâtiment »¹¹⁸. Les cantons eux-mêmes sont obligés de reconnaître que la trop grande hétérogénéité des normes actuelles en la matière complique la situation des propriétaires et des professionnels : « assurer une grande harmonisation au plan légal » permet de simplifier « le travail des propriétaires et des professionnels actifs dans plusieurs cantons en ce qui concerne la conception des bâtiments et les demandes d'autorisation »¹¹⁹.

Cette proposition d'instaurer une compétence limitée aux principes, aussi louable soit-elle, ne permettra cependant pas d'atteindre les buts de clarification et d'harmonisation qu'elle se fixe étant donné que la compétence de principe n'est, d'une part, pas plus simple à interpréter et que, d'autre part, elle impose par nature une certaine diversité normative. Seule une compétence globale serait vraiment efficace et légitime pour harmoniser le secteur de l'énergie dans le bâtiment selon des standards fédéraux. Une révision constitutionnelle s'imposerait dans ce cas puisque cela reviendrait à priver les cantons de la marge de manœuvre substantielle qui leur revient en droit positif¹²⁰.

En pratique, le législateur fédéral a légiféré en impartissant quelques injonctions laissant une certaine latitude aux cantons dans le domaine du bâtiment : ils doivent édicter des dispositions sur la part maximale d'énergies non renouvelables destinée au chauffage et à l'eau chaude, sur l'installation et le remplacement de chauffages électriques, sur la définition d'objectifs avec des grands consommateurs, sur le décompte individuel des frais de chauffage et d'eau chaude pour les nouvelles constructions et les rénovations d'envergure, sur la production d'énergies renouvelables (art. 9 III LEne), sur l'efficacité énergétique et sur l'indication de la consommation d'énergie des bâtiments (art. 9 IV LEne).

Sur le fond, le Conseil fédéral est allé pourtant beaucoup plus loin en précisant que ces normes se « fondent sur les exigences cantonales harmonisées »¹²¹, ne laissant aux éventuels cantons récalcitrants qu'une marge de manœuvre infime (indiquée par l'utilisation du verbe « se fonder sur » et non « respecter »). Le procédé nous semble contraire à la Constitution fédérale, car il revient en quelque sorte à étendre à tous les cantons - y compris à ceux qui seraient possiblement réfractaires - des règles harmonisées non pas par la Con-

¹¹⁸ DFF, DETEC, OFEN, OFEV, Rapport explicatif sur l'avant-projet : disposition constitutionnelle concernant un système incitatif en matière climatique et énergétique, Berne 2015, p. 11 s.

¹¹⁹ MoPEC 2014, p. 9.

¹²⁰ La doctrine avait déjà proposé en son temps une compétence concurrente fédérale non limitée aux principes (MALINVERNI 1977, p. 259 et 262).

¹²¹ « Lorsqu'ils édicte les dispositions visées à l'art. 9, al. 3, de la loi, les cantons se fondent sur les exigences cantonales harmonisées. » (art. 11a I OEne).

fédération certes (le procédé eût été dans ce cas encore plus illégitime), mais par d'autres cantons.

Or, pour obliger les cantons à harmoniser leurs législations selon des règles qu'ils choisissent entre eux, la Constitution fédérale prévoit une procédure en deux temps : la conclusion d'une convention intercantonale d'abord et, si tous les cantons n'adhèrent pas, un moyen de contrainte formel pour étendre la validité de la convention à l'ensemble des cantons : la déclaration de force obligatoire générale ou l'obligation d'adhérer à des conventions (art. 48a Cst. ; art. 14 et 15 de la *loi fédérale sur la péréquation financière et la compensation des charges*¹²²). On ne saurait appliquer ces règles en l'espèce, d'une part car l'harmonisation cantonale est aujourd'hui opérée par des actes de *soft law* - et non par voie concordataire comme on le verra plus loin - et d'autre part parce que la Constitution fédérale n'autorise pas un tel procédé dans le domaine de l'énergie (art. 48a I Cst. *a contrario*).

Si les cantons ne semblent pas remettre en cause la concrétisation de la clause de compétence de l'article 89 IV Cst. en droit positif¹²³, il n'en va pas de même de la proposition de révision de la loi sur l'énergie pour mettre en œuvre la stratégie énergétique 2050. Celle-ci demande notamment que « les mesures dans le domaine du bâtiment ne bénéficient d'un soutien que si le programme d'encouragement cantonal prescrit la réalisation d'un certificat énergétique pour les bâtiments assorti d'un rapport de conseil » (art. 58 III LEné [projet]). Les cantons estiment que la Confédération outre passe ici sa compétence de « second chef » : « Cette disposition contredit l'art. 42 al. 4 du projet [=9 IV LEné en vigueur] ainsi que l'art. 89 al. 4 de la Constitution fédérale. Le cofinancement de la Confédération est lié à une condition qui ne relève pas de sa compétence. Formellement, il peut être argué que les cantons ont toujours le choix d'introduire une telle réglementation ou non. Dans les faits, cette réglementation limite toutefois la marge de manœuvre des cantons dans la prise de décision correspondante via des incitations financières. Les cantons sont en droit d'attendre un concept réglementaire holistique et sans contradiction qui respecte le principe de subsidiarité selon les art. 5a et 43a Cst. Les cantons doivent être libres de choisir s'ils souhaitent lier les encouragements au Certificat énergétique cantonal des bâtiments (CECB®) ou non dans le futur »¹²⁴.

Cette mesure renforce incontestablement la pression de la Confédération pour influencer la législation cantonale par des moyens financiers fédéraux. La

¹²² RS 613.2.

¹²³ CONFÉRENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX, Prise de position commune des cantons du 1^{er} février 2013 sur la stratégie énergétique 2050, p. 15.

¹²⁴ CONFÉRENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX, Prise de position commune des cantons du 1^{er} février 2013 sur la stratégie énergétique 2050, p. 17.

souplesse rédactionnelle offerte par le terme de compétence cantonale « au premier chef » n'exclut à notre avis pas que la Confédération intervienne financièrement « au second chef », mais pour soutenir quelques impulsions ponctuelles des cantons dans le sens des objectifs constitutionnels énergétiques. Le Conseil fédéral s'impose à ce sujet une limite en estimant qu'il ne serait pas admissible selon l'article 15 LEne, ni même judiciaire, que la Confédération n'accorde des contributions aux cantons que si ces derniers introduisaient des normes uniformes pour les bâtiments¹²⁵.

e) *Le fondement parallèle sur une compétence plus large*

La législation fédérale peut-elle aller au-delà de la compétence de principe ou en deçà d'une réserve cantonale si elle devait parallèlement se fonder sur une compétence plus large dans un domaine connexe, par exemple en protection de l'environnement (compétence concurrente globale - art. 74 Cst.) ?

La réponse est à notre sens en principe négative si la mesure relève de manière prépondérante du domaine de compétence le plus étroit, ce dernier pouvant être considéré comme une *lex specialis* par rapport au domaine ouvrant des compétences plus généreuses à la Confédération¹²⁶. Le Conseil fédéral semble être en revanche plus ouvert dans son message relatif à la loi sur l'énergie : « Etant donné la relation entre d'une part, l'approvisionnement et la consommation d'énergie et d'autre part, la pollution de l'environnement, l'article sur la protection de l'environnement donne à la Confédération de notables possibilités d'intervenir même dans le domaine de l'énergie (FF 1989 I 520) »¹²⁷. Il s'ensuit qu'il faut interpréter la situation en fonction de chaque espèce.

La doctrine a repéré plusieurs cas limites.

- Nous avons déjà évoqué le premier touchant à l'intégration des panneaux solaires dans les bâtiments (art. 18a LAT) fondé sur la compétence en aménagement du territoire (art. 75 Cst.) plutôt que sur celle de la consommation d'énergie dans les bâtiments (art. 89 IV Cst.)¹²⁸. Cette controverse reste toutefois académique puisque l'on ne connaît

¹²⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, Réponse du 14 mai 2014 à l'interpellation Jean-François Steiert, Secteur des bâtiments : halte au gaspillage d'énergie qui dure depuis trente ans (14.3249). Cf. ég. ci-dessous let. E.

¹²⁶ Sur l'argument de la loi spéciale, cf. STUTZ 2008, p. 25 considérant que l'art. 76 est une *lex specialis* par rapport à l'article 74 Cst. et que l'on ne saurait tirer de cette dernière norme des compétences fédérales plus étendues dans le domaine des eaux. L'art. 89 IV sur la consommation d'énergie dans les bâtiments devrait être considéré comme une *lex specialis* par rapport à la compétence globale en environnement (art. 74 Cst.) (KERN, Art. 89 IV, N. 19).

¹²⁷ FF 1996 IV, 1158. Le Conseil fédéral était par le passé d'une opinion opposée (MATTHEY 1986, p. 168).

¹²⁸ SCHAFFHAUSER/UHLMANN (2014), Art. 89, N. 14.

pas vraiment l'éventuelle différence entre une compétence de principe et une de « second chef ».

- Les règles relatives à l'isolation thermique des bâtiments sont-elles fondées sur la compétence (globale) de la protection de l'environnement (art. 74 Cst.) ou celle, plus restreinte, de l'article 89 IV Cst. ? La loi sur la protection de l'environnement prévoit que les émissions doivent être limitées « par l'application des valeurs limites d'émission [y compris pour les immeubles] [...] des prescriptions sur l'isolation thermique des immeubles» (art. 12 I a et d LPE). Ces mesures se fondent sur l'article 74 Cst.¹²⁹ laissant toute latitude à la Confédération alors que si elles l'étaient sur l'article 89 IV Cst., elles seraient constitutionnellement plus discutables.
- La loi sur le CO₂ se fonde selon son préambule à la fois sur les articles 74 et 89 de la Constitution fédérale. Elle prévoit des mesures de réduction de CO₂ applicables aux bâtiments, conduisant la Confédération à piloter un domaine compris directement dans les compétences cantonales selon l'article 89 IV Cst.¹³⁰. La Confédération demande ainsi aux cantons d'édicter des normes pour les bâtiments en tenant compte de l'état actuel de la technique et de faire rapport annuellement un rapport à la Confédération (art. 9 LCO₂). Un tiers du produit de la taxe sur le CO₂ est affecté au financement des mesures de réduction des émissions de CO₂ des bâtiments et la Confédération accorde sur cette base aux cantons des aides financières globales pour assainir les bâtiments chauffés et promouvoir les énergies renouvelables notamment (art. 34 LCO₂).
- Enfin, la doctrine justifie de conférer une force obligatoire aux conceptions et plans sectoriels fédéraux (art. 22 I OAT) lorsque la Confédération dispose, en plus de sa compétence en aménagement du territoire, d'une compétence, même partielle, dans le domaine spécifique¹³¹. La question est discutée s'agissant de la constitutionnalité d'un possible plan sectoriel fédéral sur l'énergie éolienne comme nous l'avons vu¹³².

3. L'harmonisation des réglementations par des actes non obligatoires

Les collectivités publiques recourent volontiers à des actes juridiquement non obligatoires lorsqu'elles ne disposent pas d'une compétence d'édicter des règles de droit dans un domaine déterminé¹³³. Le procédé est habile en ce sens

¹²⁹ SCHAFFHAUSER/UHLMANN (2014), Art. 89, N. 14.

¹³⁰ Critiqué par SCHAFFHAUSER/UHLMANN (2014), Art. 89, N. 14.

¹³¹ KLABER (2014), p. 47 et réf. cit.

¹³² KLABER (2014), p. 47 et réf. cit. Cf. ci-dessus, ch. D ch. 2 let. c.

¹³³ FLÜCKIGER (2004), p. 173 s.

qu'il peut être suivi d'effets tangibles, posant dans ce cas la question de la légitimité de tels instruments. La *soft law* permet d'habituer progressivement et en douceur les acteurs avant son éventuelle maturation en *hard law* (théorie de la *soft law* comme droit « vert »)¹³⁴. Le droit de l'énergie contient un vivier d'exemples tant au niveau fédéral que cantonal.

La politique fédérale de l'énergie s'est ainsi mise en place sur l'impulsion d'une série d'actes de planification non obligatoires avant de trouver sa consécration dans la Constitution fédérale : Commission fédérale pour une conception globale de l'énergie (1974)¹³⁵ ; Programme de politique énergétique (1985) ; Programme Energie 2000 ; Programme SuisseEnergie 2001 puis 2010 ; Perspectives énergétiques 2035 (2007) ; Stratégie énergétique 2007 puis 2050¹³⁶.

Cette construction du droit en pyramide inversée est attestée par le Conseil fédéral qui reconnaît que « la collaboration entre la Confédération et les cantons en politique énergétique repose sur le Programme de politique énergétique convenu en 1985 » et que « les principes qui y sont inscrits, pour la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons [...] ont [...] été précisés dans l'article constitutionnel sur l'énergie [adopté en 1990] »¹³⁷. Ces actes trouvent eux-mêmes leur fondement dans des textes de *soft law* internationale. Le Conseil fédéral l'admet explicitement pour sa Stratégie énergétique 2050 : celle-ci « repose sur le résumé du « World Energy Outlook » ainsi que sur d'autres analyses de l'AIE [Agence internationale de l'énergie] et sur des recommandations de celle-ci à l'intention des gouvernements pour la conception d'une politique énergétique sûre »¹³⁸.

L'Office fédéral de l'énergie reconnaît l'impact de ces actes sur le processus législatif, préparant le terrain à la reprise du droit européen et à la transformation des recommandations en actes juridiques obligatoires. Il accrédite ainsi la thèse de la *soft law* comme droit « vert » : « De nombreuses initiatives prises dans le cadre d'Energie 2000 et de SuisseEnergie sont devenues des modèles de réussite au rayonnement international. [...] En Suisse, [...] la norme MINERGIE® [...] standard suisse de construction destiné aux bâtiments neufs ou rénovés à haute performance énergétique [...] montre la voie pour la mise en œuvre de la directive européenne 2010/31/UE sur la performance énergétique des bâtiments. [...] Outre l'obligation de déclarer la consommation d'énergie de certains produits, la Suisse connaît, à la différence de l'Union européenne, la déclaration facultative de consommation. Les étiquettes-énergie

¹³⁴ FLÜCKIGER (2004), p. 175 et réf. cit.

¹³⁵ DELLEY/MADER (1986), p. 17.

¹³⁶ Sur l'évolution de ces plans, cf. FF 2013 6789, 6804. Sur la stratégie 2050 et le programme Suisse Energie, cf. WAGNER PFEIFER (2013), p. 350 s.

¹³⁷ FF 1996 IV 1038.

¹³⁸ FF 2013 6797.

facultatives que SuisseEnergie introduit sur le marché suisse en collaboration avec les associations sectorielles ouvrent souvent la voie aux étiquettes obligatoires »¹³⁹.

L'instrument de la *soft law* permet ainsi d'adapter le droit cantonal en douceur, directement et de manière autonome, au droit de l'Union européenne qui tend à renforcer les exigences concernant la performance énergétique des bâtiments. Le *Modèle de prescriptions énergétiques des cantons* (MoPEC), réglementation type intercantonale sans force obligatoire que nous évoquerons plus bas, justifie sa quatrième édition de 2014 non seulement en se fondant sur des motifs d'efficacité, mais également sur les « nouvelles exigences pour suivre l'évolution de l'UE »¹⁴⁰.

L'histoire du droit de l'énergie est jalonnée de *directives*, de *recommandations* et autres *réglementations types* : Circulaire adressée aux cantons sur les mesures à introduire dans les cantons en matière d'économie d'énergie (1977) ; articles de loi modèle et recommandations pour les cantons en matière d'isolation et de chauffage (1979) ; articles de loi modèle, loi cantonale modèle sur l'énergie et Manuel pour l'amélioration thermique des bâtiments (1980) ; recommandations tarifaires sur la consommation d'électricité dans les bâtiments (1989), etc.¹⁴¹.

Ce mouvement de maturation est plus que jamais d'actualité. Une organisation intercantonale, la *Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie*, demande de faire évoluer les réglementations types intercantionales actuelles vers un concordat – acte juridiquement obligatoire. Compte tenu de la compétence fédérale limitée en matière d'énergie dans les bâtiments (art. 89 IV Cst.) et du besoin visiblement avéré d'une harmonisation des réglementations, la Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie recommande depuis longtemps aux cantons de suivre les standards qu'elle souhaite voir repris dans le droit de chaque canton, plus particulièrement le *Modèle de prescriptions énergétiques des cantons* (MoPEC)¹⁴². Visiblement lasse de ne pas être en mesure d'imposer à ses troupes une exécution aussi fidèle qu'espérée, la Conférence s'est adressée aux cantons sur un ton plutôt énergique tranchant avec le caractère purement facultatif des mesures : « La CDCE recommande aux cantons de reprendre le MoPEC complètement et sans modifications dans leurs législations. »¹⁴³ Plus

¹³⁹ Office fédéral de l'énergie, SuisseEnergie : Le programme du Conseil fédéral en faveur de l'efficacité énergétique et des énergies renouvelables, Berne 2015, p. 3.

¹⁴⁰ MoPEC 2014, p. 9.

¹⁴¹ Pour une description de cette évolution, cf. DELLEY/MADER (1986,) p. 24 s.

¹⁴² Datant de 1992 et révisé en 2000, 2008 et 2014. Sur la version 2008 et sa révision, cf. GMÜR (2012). Sur l'instrument de la loi-modèle, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 407.

¹⁴³ Site web de la Conférence (www.endk.ch/fr/politique-nergtique/MoPEC consulté le 30 septembre 2015).

martial encore, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication « enjoint » les cantons à intégrer cette recommandation dans leur législation : « La Confédération enjoint les cantons à intégrer les mesures suivantes dans le module obligatoire du MoPEC 2014 [...] »¹⁴⁴. Faisant un pas en direction du caractère obligatoire, le département précédent « enjoint » les cantons à « adopter le MoPEC 2014 sous la forme d'un concordat et à le mettre en œuvre dans son intégralité dans la législation cantonale d'ici 2018 au plus tard »¹⁴⁵. Plus diplomate, le Conseil fédéral se contente d'« inviter » les cantons à adopter un concordat dans son message relatif à la révision du droit de l'énergie : « La Confédération invite les cantons à adopter le MoPEC dans la forme contraignante d'un concordat, et à intégrer les mesures suivantes dans le module obligatoire du modèle cantonal »¹⁴⁶. Quoi qu'il en soit, le législateur fédéral renvoie déjà aux normes Minergie et MoPEC en rapport avec les obligations cantonales relatives à la production d'énergies renouvelables et l'efficacité énergétique (art. 9 III let. e LEne).

Complétant le MoPEC, le *Modèle d'encouragement harmonisé des cantons* (ModEnHa)¹⁴⁷ sert à harmoniser les critères d'encouragement et définit les encouragements pouvant bénéficier de contributions globales provenant de l'affectation partielle des recettes de la taxe sur le CO₂ (art. 34 II LCO₂ - Réduction des émissions de CO₂ des bâtiments). Il « constitue une recommandation aux cantons. Ainsi, il ne représente pas un programme d'encouragement financier type, mais offre des éléments considérés comme pertinents pour harmoniser ce genre de programmes entre les cantons »¹⁴⁸.

Le développement de cet étage administratif intercantonal supplémentaire est une conséquence directe de l'absence de compétence fédérale globale pour réguler l'énergie dans les bâtiments. Il exprime la nécessité d'harmoniser la matière découlant tant de considérations d'efficacité que de reprise autonome du droit de l'Union européenne.

Or, la Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie n'est pas un organe légitimé démocratiquement et les recommandations qu'il édicte souffrent du même défaut¹⁴⁹.

¹⁴⁴ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES TRANSPORTS, DE L'ÉNERGIE ET DE LA COMMUNICATION, Stratégie énergétique 2050 : premier paquet de mesures, Berne, 13 septembre 2012, p. 19.

¹⁴⁵ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES TRANSPORTS, DE L'ÉNERGIE ET DE LA COMMUNICATION, Stratégie énergétique 2050 : premier paquet de mesures, Berne, 13 septembre 2012, p. 19.

¹⁴⁶ FF 2013 6826.

¹⁴⁷ Datant de 2003 et révisé en 2007, 2009 et 2015.

¹⁴⁸ Modèle d'encouragement harmonisé des cantons (ModEnHa 2009), p. 9.

¹⁴⁹ Sur les problèmes de légitimité posés par la *soft law*, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 419 s.

S'agissant des principes de l'Etat de droit, on découvre une véritable curiosité, peu connue : le standard Minergie, étalon de référence du MoPEC, est une marque protégée (MINERGIE®) bien qu'élaborée par les cantons¹⁵⁰ et financée par la Confédération également¹⁵¹. Les propriétaires en sont les cantons de Zurich et de Berne en vertu du ch. 1.2 du *Règlement d'utilisation de la marque de qualité MINERGIE®* - dont, peu confédéralement, seule la version allemande fait foi¹⁵².

Les cantons propriétaires mettent le label Minergie à la disposition de l'*Association Minergie / Verein Minergie* (AMI) à des fins d'exploitation (art. 1.2 du règlement). Cette association comprend tous les cantons, le Liechtenstein, l'Office fédéral de l'énergie et « d'autres personnes physiques et morales intéressées par les buts de l'association ainsi que des institutions, des organismes, resp. des offices spécialisés et des collectivités de droit public » (art. 1.3 du règlement). Une obligation de « discrétion » est imposée (ch. 7 du règlement) et les propriétaires de la marque ainsi que l'association s'exonèrent de toute responsabilité en interdisant « aux utilisateurs ou à des tiers le droit d'intenter une action en dommages et intérêts » (art. 6 du règlement). Si le procédé consistant pour les cantons de légiférer par normes « privées » sujettes à la « propriété industrielle » des cantons est particulièrement extravagant, on ne voit pourtant pas comment ces derniers pourraient se soustraire tant au principe de transparence que des régimes de responsabilité de droit public notamment.

La situation est analogue pour le *Certificat énergétique cantonal des bâtiments* (CECB®), propriété cette fois de la Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie¹⁵³, auquel le législateur fédéral renvoie également (art. 9 IV LEne).

4. L'harmonisation des réglementations par des normes privées

Cette légifération par le bas-côté est symptomatique de ce besoin d'harmonisation concrétisé très tôt par la branche professionnelle qui a agi en édictant des *normes privées*, progressivement incorporées au droit étatique par diverses techniques de renvoi¹⁵⁴. On découvre ainsi dès 1975 des propositions

¹⁵⁰ MoPEC 2014, p. 9.

¹⁵¹ FF 2013 6821.

¹⁵² Édition de janvier 2014 (www.minergie.ch/documents_minergie.html). On retrouve le même problème s'agissant des langues officielles avec le *Modèle de prescriptions énergétiques des cantons* qui prévoit qu'« en cas de litige entre les versions allemande, française et italienne, la version allemande fait foi. » (MoPEC 2014, p. 2). Or, s'il s'agissait d'un acte normatif fédéral, le principe d'égalité des versions linguistiques prévaudrait, qui stipule que les trois versions des langues officielles font également foi (art. 14 I de la *loi sur les publications officielles* [RS 170.512]).

¹⁵³ www.cecb.ch (consulté le 2 octobre 2015).

¹⁵⁴ Cf. DELLEY/MADER (1986), p. 58. Sur l'admissibilité des renvois, cf. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 227 ss et 319 ss. ; UHLMANN/GILI (2015), p. 7 ss ; STUTZ (2015), p. 71 ss (dans le domaine de l'environnement et du droit de la construction).

de la Société suisse des ingénieurs et architectes (SIA) pour une recommandation relative à l'utilisation rationnelle de l'énergie dans les bâtiments, en 1977 une recommandation SIA 180/1 en matière d'isolation thermique des bâtiments, en 1988 une nouvelle recommandation SIA 380/1 Energie dans le bâtiment et en 1995 une recommandation SIA 380/4 Energie électrique dans le bâtiment notamment¹⁵⁵. Tant les autorités que la doctrine reconnaissent depuis longtemps l'influence prépondérante de tels textes sur la législation : en 1996, le Conseil fédéral admettait par exemple que dans les bases légales relatives au secteur des bâtiments, « la majorité des cantons se réfèrent à l'actuelle Recommandation SIA 380/1 »¹⁵⁶ ; le MoPEC se réfère pour sa part à maintes reprises aux normes SIA en matière énergétique¹⁵⁷.

Parfois même, la Confédération contribue à façonner de son propre chef la norme privée de manière déterminante en participant à l'élaboration de celle-ci, norme provoquant par ce détour l'harmonisation souhaitée au niveau cantonal dans un domaine où la compétence fédérale n'est que subsidiaire. Le Conseil fédéral l'avoue de façon transparente : « Depuis une quinzaine d'années, la Confédération a fourni des apports intéressants dans ce domaine [consommation d'énergie dans le bâtiment] : en 1988 a été publiée la recommandation de la Société suisse des ingénieurs et des architectes « L'énergie dans le bâtiment » (recommandation SIA 380/1), à l'élaboration de laquelle l'OFEN [Office fédéral de l'énergie] a largement contribué sur les plans personnel et financier. Dans l'intervalle, le Comité Européen de Normalisation (CEN) a repris l'essentiel de cet ouvrage remarquable. [...] A l'automne de 1995 est parue la recommandation SIA 380/4 « L'énergie électrique dans le bâtiment », elle aussi très innovatrice. Là encore, la Confédération a largement participé à l'élaboration : d'une part, elle a fait faire des travaux qui ont fourni des données essentielles pour fixer des valeurs limites et des valeurs-cibles ; d'autre part, l'OFEN a fait en sorte que lesdites valeurs soient de nature à provoquer un effet d'annonce »¹⁵⁸.

En synthèse, le constat posé en 1986 par la doctrine selon lequel l'action des cantons est « largement déterminée par les impulsions de la Confédération (recommandations, modèles de prescriptions) et par l'évolution des normes professionnelles »¹⁵⁹ nous paraît toujours être d'actualité.

¹⁵⁵ Sur l'historique, cf. DELLEY/MADER (1986), p. 56 ss. Pour une actualisation, cf. l'exposé de Jean-Baptiste ZUFFEREY sur l'essor des normes techniques dans le présent ouvrage.

¹⁵⁶ FF 1996 IV 1039.

¹⁵⁷ DÉFAGO GAUDIN (2014), p. 182.

¹⁵⁸ FF 1996 IV 1114.

¹⁵⁹ DELLEY/MADER (1986), p. 73.

E. Une répartition des compétences à réexaminer ?

L'harmonisation des règles dans le domaine de l'énergie semble être une tendance forte. Si l'on admet qu'elle est justifiée, il importe de se demander si la répartition actuelle des compétences ne devrait pas être réexaminée. La question se pose plus spécifiquement là où la Confédération tend à étendre son emprise par une interprétation généreuse de ses compétences limitée, à l'instar de la consommation d'énergie dans les bâtiments (réserve cantonale selon l'art. 89 IV Cst.), de l'utilisation des énergies indigènes et des énergies renouvelables ou de la consommation énergétique économe et rationnelle (compétence limitée aux principes selon l'art. 89 II Cst.).

Les compétences fédérales de principe et les réserves cantonales doivent laisser subsister une certaine marge de manœuvre aux cantons, qui ne saurait être réduite à l'envi même si le gain d'efficacité (art. 170 Cst.) et de rationalité (art. 43a V Cst.) étaient démontrés. Selon le Conseil fédéral, la compétence « au second chef » de la Confédération (art. 89 IV Cst.) ne l'autoriserait ainsi pas à rendre le standard Minergie obligatoire pour toute nouvelle construction en Suisse¹⁶⁰. Elle ne saurait non plus sur cette base soumettre les subventions aux cantons à la condition que ceux-ci uniformisent tout le secteur de l'énergie des bâtiments, en particulier selon ses propres standards¹⁶¹. Par un tel procédé, la Confédération opérerait sinon, de fait, un pilotage au premier chef, particulièrement efficace en période de crise des budgets publics.

Le principe de subsidiarité autorise pourtant d'adopter une réglementation fédérale si les possibilités des cantons sont dépassées ou si une réglementation fédérale uniforme est nécessaire (art. 5a, 43a I et 89 V Cst.). Or selon les experts, notre parc immobilier suisse est un « gouffre énergétique »¹⁶² dans la mesure où il consomme quelque 40 % de l'énergie finale¹⁶³. Dès lors « l'assainissement de notre parc immobilier représente donc l'un des éléments centraux de la stratégie énergétique puisqu'une contribution massive peut être apportée aux objectifs de sortie du nucléaire, de baisse des émissions de CO₂ et d'accroissement de notre niveau d'indépendance énergétique. Malgré cela, le taux d'assainissement des bâtiments en Suisse reste aujourd'hui très faible »¹⁶⁴.

Ces conditions justifient à notre avis une réglementation uniforme qui permettrait notamment d'imposer dans toute la Suisse l'étiquetage énergétique des bâtiments et d'exiger de ne construire dans un futur proche que des bâti-

¹⁶⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Réponse du 25 mai 2011 à la motion du groupe du Parti bourgeois-démocratique, Rendre le standard Minergie obligatoire pour toute nouvelle construction (11.3421).

¹⁶¹ Cf. ci-dessus let. D ch. 4.

¹⁶² VUILLE/FAVRAT/ERKMAN (2015), p. 82.

¹⁶³ VUILLE/FAVRAT/ERKMAN (2015), p. 192.

¹⁶⁴ VUILLE/FAVRAT/ERKMAN (2015), p. 80.

ments énergétiquement autonomes¹⁶⁵. Une révision constitutionnelle s'imposerait dans ce cas soit pour conférer une compétence globale à la Confédération en matière de politique énergétique (art. 89 Cst.), soit pour autoriser la Confédération à obliger les cantons récalcitrants à adhérer à un concordat ou à déclarer celui-ci de force obligatoire générale (art. 48a Cst.).

IV. Conclusion

La *pesée des intérêts* en matière énergétique se modifie au cours du temps. Si les préoccupations économiques pèsent aujourd'hui toujours de leur poids, les buts écologiques liés au développement durable sont de plus en plus présents. Or l'équilibre reste des plus instables dans la balance, notamment parce que les buts environnementaux ne sont pas homogènes. Le développement des éoliennes ou des panneaux solaires cristallise précisément ce conflit, entre les buts de protection du paysage et le développement des énergies renouvelables. Le potentiel de telles énergies pour assurer la transition énergétique est pourtant substantiel.

La *répartition fédéraliste des compétences* dans le droit de l'énergie confère quant à elle une impression de complexité en raison de son caractère très diversifié. On y observe une forte tendance à l'harmonisation et à la centralisation des compétences. Si les moyens classiques pour centraliser une tâche consistent à réviser la Constitution fédérale pour attribuer une compétence nouvelle à la Confédération et à adopter une réglementation fédérale exhaustive, d'autres méthodes restent âprement discutées. Tel est le cas des procédés interprétatifs à l'exemple de l'interprétation étendue de la compétence limitée aux principes, de l'interprétation restrictive des réserves cantonales proprement dites ou du fondement parallèle sur une compétence plus généreuse. Par ailleurs, les actes non obligatoires et les normes privées - dont la légitimité démocratique reste problématique malgré leur efficacité potentielle - ont depuis plusieurs décennies progressivement et durablement contribué à harmoniser la politique énergétique helvétique, tout en intégrant peu à peu le droit positif.

Dès lors, réviser la Constitution fédérale pour conférer une compétence globale à la Confédération en matière politique énergétique ne devrait aujourd'hui plus être un tabou. Le puzzle incertain de la répartition actuelle des compétences doit être réorganisé pour mettre en œuvre de manière efficace la

¹⁶⁵ VUILLE/FAVRAT/ERKMAN (2015), p. 84 qui citent l'exemple californien : « En 2007, la Californie a été le premier Etat à formuler un objectif « zéro énergie » (*Zero Net Energy Buildings*) pour tous les nouveaux bâtiments résidentiels dès 2020 – des 2030 pour les bâtiments commerciaux ». Ils rappellent en passant que la Suisse a été pionnière, avec l'Allemagne, des bâtiments à haute performance énergétique.

transition énergétique dans une optique de développement durable comme la stratégie énergétique 2050 le demande.

Bibliographie

- ABEGG Andreas, *Energiewende im Konflikt mit Natur- und Heimatschutz : Anwendbarkeit des Natur- und Heimatschutzgesetzes des Bundes auf Anlagen zur Erzeugung von erneuerbarer Energie : ein Kommentar zu Art. 2 NHG*, Zurich/St-Gall 2015.
- AUBERT Jean-François 2003, Art. 89 et 91, *Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* (Aubert Jean-François/ Mahon Pascal), Zurich 2003.
- AUBERT Jean-François, *Traité de droit constitutionnel suisse : supplément*, Neuchâtel 1982.
- AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse : L'Etat*, vol. I, 3^e éd., Berne 2013.
- BENOÎT Anne, *Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain*, Zurich 2009.
- BIAGGINI Giovanni, Art. 43a, *Bundesverfassung, Basler Kommentar* (Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid éd.), Bâle 2015.
- CARREL Mathieu, *Le régime du sous-sol en droit suisse : planification - exploitation - construction*, Zurich 2015.
- VALÉRIE DÉFAGO Gaudin, Les rénovations en droit public, *18^e Séminaire sur le droit du bail* (François Bohnet, Blaise Carron, éd.), Neuchâtel 2014, p. 175 ss.
- DELLEY Jean-Daniel/MADER Luzius, *L'Etat face au défi énergétique*, Lausanne 1986.
- FLÜCKIGER Alexandre, Régulation, dérégulation, autorégulation : l'émergence des actes étatiques non obligatoires, *RDS 2004 II*, p. 159 ss.
- GMÜR Christoph, Möglichkeiten und Grenzen von Energievorschriften für Gebäude, *DEP 2012*, p. 828ss
- HOTTELIER Michel, La réglementation du domaine public à Genève, *SJ 2002/2*, p. 123 ss.
- HÜRLIMANN-KAUP Bettina/OSWALD Diana, Wer darf über die im Erdreich einer Liegenschaft gespeicherte Erdwärme verfügen : Grundeigentümer oder öffentliche Hand? *Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag* (Eva Maria Belser/ Bernhard Waldmann éd.), Berne 2015, p. 327 ss.
- JEANNERAT Eloi, La limitation des éoliennes au niveau cantonal et communal, *Jusletter* 23 avril 2012.
- KERN Markus, Art. 90, *Bundesverfassung, Basler Kommentar* (Waldmann Bernhard/ Belser, Eva Maria/ Epiney, Astrid éd.), Bâle 2015.

- KLABER Fabian, *Öffentlichrechtliche Vorgaben für Windenergieanlagen*, Zurich 2014.
- MAHON Pascal, Art. 76, *Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* (Aubert Jean-François/ Mahon Pascal), Zurich 2003.
- MALINVERNI Giorgio, Aspects juridiques de la politique suisse de l'énergie, *RDS I 1977*, p. 233 ss.
- MATTHEY Blaise, *Droit et énergies nouvelles*, Lausanne 1986.
- MOOR Pierre/FLÜCKIGER Alexandre/MARTENET Vincent, *Droit administratif, Vol. 1 : Les fondements*, 3^e éd., Berne 2012.
- MÜLLER Georg/ UHLMANN Felix, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3^e éd., Zurich 2013.
- MÜLLER Reto Patrick, Energiewende : Neue Politik in altem Kleid? Verfassungsrechtliche Aspekte eines Ausstiegs aus der Kernenergie, *ZBl* 2013, p. 635 ss.
- PINELLI Davide, *Rechtliche Rahmenbedingungen erneuerbarer Energien im Lichte der Nachhaltigen Entwicklung : eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der kostendeckenden Einspeisevergütung für Strom aus erneuerbaren Energien gemäss Art. 7a Energiegesetz (EnG) vom 26. Juni 1998*, Zurich 2014.
- POLTIER Etienne, *Energie, transports, logement*, Lausanne 1983.
- POLTIER Etienne/ PIOTET Denis, La marge d'autonomie du législateur cantonal dans l'exploitation de la géothermie, *RDS I 2015*, p. 449-492.
- SCHAFFHAUSER René/ UHLMANN Felix, Art. 89 Cst., *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar* (Ehrenzeller Bernhard/ Schindler Benjamin/ Schweizer Rainer J./ Vallender Klaus A. éd.), 3^e éd., Zurich/St-Gall 2014.
- STUTZ Hans W., *Private Normen im Umwelt- und Baurecht, Private Normen und staatliches Recht : 14. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre* (Uhlmann Felix [éd.]), p. 71 ss.
- STUTZ Hans W., *Schweizerisches Abwasserrecht*, Zurich 2008.
- TSCHANNEN Pierre, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3^e éd., Berne 2011.
- UHLMANN Felix/GILI Natassia, *Private Normen und staatliches Recht, Private Normen und staatliches Recht : 14. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre* (Uhlmann Felix [éd.]), p. 7 ss.
- VUILLE François/ FAVRAT Daniel/ ERKMAN Suren, *Les enjeux de la transition énergétique suisse. Comprendre pour choisir : 100 questions-réponses*, Lausanne 2015.

WAGNER PFEIFER Beatrice, *Umweltrecht, Besondere Regelungsbereiche - Handbuch zu Chemikalien, GVO, Altlasten, Gewässerschutz, Energie u.a.*, Zurich/St-Gall 2013.

WEN KOEBEL Michal, *Die Tiefenlagerung radioaktiver Abfälle im Spannungsfeld von Bundesrecht und kantonalem Recht : unter besonderer Berücksichtigung der Sondernutzungskonzession*, Zurich 2015.

WIEDERKEHR René/ ABEGG Andreas, *Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Nutzung des tiefen Untergrundes durch Geothermie* Regelungskompetenz, Nutzungsart, Planungspflicht und Bewilligungen nach Bundesrecht, *ZBl* 2014, p. 639 ss.

ZUFFEREY Jean-Baptiste, Recension KLABER 2014, *DEP* 2015/2, p. 167 ss.

Le traitement de l'énergie en droit de la construction

Une belle illustration des problèmes du renvoi aux normes techniques

JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY¹

*Professeur à l'Université de Fribourg
Président de l'Institut du droit de la construction*

I. Les constats en guise d'introduction

La présente contribution ambitionne une réflexion « *bottom up* » : observer l'état des nombreuses réglementations gouvernant l'interface entre l'énergie et la construction, faire de même avec la jurisprudence et tenter d'en dégager des règles générales et des concepts, afin de proposer l'esquisse d'un « ordre juridique » en droit de la construction énergétique.

Quelques délimitations s'imposent d'emblée :

1. Il s'agit d'une étude de droit suisse. Cela peut paraître étrange à l'heure où la production et la consommation de l'énergie se conçoivent en réseau européen, voire planétaire, mais les règles de construction ne sont pas globalisées. Tout au plus le droit européen pousse à une certaine uniformisation de l'art de bâtir, essentiellement au travers des produits de construction, et ce développement influence aussi le droit suisse de la construction : comme la législation fédérale sur les entraves techniques au commerce ne se préoccupe pas des prescriptions techniques cantonales et communales, le droit cantonal sur l'élimination desdites entraves a pu se développer ; les cantons ont adopté un accord intercantonal du 23 octobre 1998 sur l'élimination des entraves techniques au commerce (AIETC²). Cet accord crée des

¹ Je tiens à remercier mes assistant(e)s de l'aide qu'ils m'ont apportée dans la préparation et la mise au point de cette contribution, en particulier Madame Sarah Bechaalany, Me Valérie Do et Monsieur Manuel Jaquier, tous MLaw de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg.

² Les concordats ne sont désormais plus publiés ; leur version électronique est accessible à travers les recueils systématiques de chaque canton signataire, par exemple à Genève (RSG L 5 07).

règles de droit à effet direct : l’Autorité intercantonale qu’il institue a le pouvoir d’adopter des prescriptions qui ont force obligatoire. L’article 6 alinéa 2 AIETC demande à l’Autorité intercantonale de tenir compte des normes internationales harmonisées ; il s’agit en particulier de la directive européenne sur les produits de construction (93/68/CEE), en vertu de laquelle les Etats membres ne peuvent adopter des mesures restreignant la libre circulation des marchandises fabriquées légalement dans un autre Etat membre, sauf si ces mesures sont nécessaires et aptes à protéger certaines exigences de manière appropriée. Le chapitre relatif aux produits de construction est désormais intégré dans l’accord bilatéral CH-UE du 21 juin 1999 sur la reconnaissance mutuelle en matière d’évaluation de la conformité (annexe 1)³. Or, la directive européenne vise aussi les ouvrages et leur environnement ; elle s’applique aux règles de la police des constructions dans la mesure où elles concernent aussi les produits de construction ; c’est le cas pour les prescriptions en matière de résistance mécanique et stabilité, de sécurité dans l’utilisation, de bruit, de distance entre les bâtiments (prévention contre les incendies) et de consommation d’énergie qui doit rester modérée⁴. Les tribunaux ont déjà eu l’occasion d’examiner si les prescriptions de l’Association des établissements cantonaux d’assurance incendie (AEAI) sur la protection contre le feu – telles qu’adoptées par l’Autorité intercantonale de l’AIETC – valent comme des règles de droit directement applicables ou ne sont que des dispositions corporatives d’une association privée⁵.

2. Au sein du droit suisse, le droit cantonal est primordial, puisque les compétences de la Confédération dans le domaine de la police des constructions ne sont (encore) que très ponctuelles. La présente contribution se focalise sur le droit des cantons latins et ne mentionne les autres que de cas en cas à titre d’illustrations.
3. Le droit de chaque commune est incontournable car la gestion de l’énergie passe désormais aussi par les règles de planification du territoire ; en cette matière, ce sont les plans d’affectation (généraux ou spéciaux) qui jouent un rôle prépondérant. Genève fait exception à cette affirmation, puisque l’autonomie des communes genevoises est très réduite en matière d’aménagement.
4. Cet article est une étude de droit public avant tout. Le droit privé n’est cependant pas très loin des questions d’énergie dans la construction et

³ RS 0.946.526.81.

⁴ Pour plus de détails, cf. ZUFFEREY, Libre circulation, p. 50 ss.

⁵ Arrêt du TF du 1^{er} février 2013, 2C_720/2012. Pour un commentaire, cf. FÜEG.

il fait même désormais « partie de la solution ». Trois illustrations : une façon d'optimiser les installations et la consommation d'énergie pour les maîtres de l'ouvrage consiste à passer des contrats de services globaux avec les producteurs/distributeurs d'énergie (*contracting, leasing immobilier*) ; ces solutions sont de plus en plus imposées dans les programmes qui gouvernent les appels d'offres, en particulier lorsqu'il s'agit de concours d'investisseurs dans le contexte de « PPP » (partenariats public-privé) ; la mise en œuvre de labels énergétiques comme « site 2000 watts » ou « *One Planet Living* » et l'organisation d'écoquartiers imposent le recours à des instruments du droit des contrats (bail, vente) et du droit corporatif (association, société coopérative).

En annexe à cette contribution figure un tableau de la jurisprudence rendue ces dix dernières années environ (2005-2015) sur les questions concrètes que pose l'énergie dans la construction. Les enseignements à en tirer sont nombreux : (1) de manière générale, cette jurisprudence est en croissance quantitative : les tribunaux sont de plus en plus confrontés au secteur de l'énergie d'une part parce que les prescriptions en la matière se multiplient et d'autre part parce que les constructeurs prennent de plus en plus d'initiatives techniques spontanées afin de réduire leurs coûts et d'améliorer l'attractivité des ouvrages. (2) Dans le détail des cas concrets, on voit que les problèmes à résoudre sont très variés, avec cependant des « thèmes phares » ; en particulier :

1. Le label « Minergie » (dans ses diverses déclinaisons) et les autres labels similaires : arrêts N. 2, 4, 12, 20, 30, 34 et 44. En lien avec ces labels, les questions techniques sont multiples, par exemple pour ce qui est de l'isolation renforcée des bâtiments : arrêt N. 37.
2. Très liée aux labels, la question du « bonus énergétique » et notamment la façon de le calculer : arrêts N. 5, 9 et 29. Ce thème devrait alimenter la jurisprudence à l'avenir car l'instrument du bonus est à la mode chez les législateurs et sa mise en œuvre n'est pas aussi simple que ce que l'on veut bien croire.
3. On a dit très rapidement que les pompes à chaleur représentaient l'une des solutions au problème de l'énergie. C'est peut-être le cas d'un point de vue technique et environnemental ; juridiquement, elles génèrent aussi leurs litiges, notamment avec les voisins : arrêts N. 1, 14, 16, 32, 33, 36, 38 et 48.
4. Il en va de même des installations solaires, qui notamment brillent intensément : arrêts N. 3, 6, 7, 8, 23, 27 et 28.

5. Le chauffage à distance est déjà connu des tribunaux : arrêt N. 11. Il devrait connaître un bel avenir jurisprudentiel, car il se développe partout et l'on entend qu'il préoccupe les autorités administratives compétentes pour se prononcer sur les projets de construction et leur équipement, décider de leur mise à l'enquête publique ou encore il s'invite devant les autorités pénales en cas de dénonciation pour refus de se raccorder à un thermoréseau disponible dans le secteur.
6. Les éoliennes individuelles et les parcs éoliens sont à l'évidence des constructions, qui plus est très litigieuses : arrêts N. 10, 13, 18, 21, 22, 25, 26, 39, 43, 46, 47 et 49. Il ne s'agit cependant pas d'ouvrages au sens classique (bâtiments) ; elles ne font pas l'objet de la présente contribution.
7. La jurisprudence fournit enfin des arrêts sur des questions diverses, parfois presque exotiques comme les *Heizpilze* (parasols chauffants) et leurs nuisances induites sur le voisinage : arrêt N. 35.

La bibliographie sélective utilisée dans cette contribution confirme que désormais la doctrine juridique s'est emparée du secteur de l'énergie, en général bien sûr mais aussi dans la construction spécifiquement : les monographies sont en augmentation et les ouvrages généraux de droit de la construction développent leurs chapitres sur l'équipement et la gestion de l'énergie. Cette tendance va continuer à l'avenir : les facultés de droit créent des chaires de droit de l'énergie (par exemple à Lucerne) et elles collaborent avec des centres de compétence en la matière (ainsi le CREST : *Center for Research in Energy, Society and Transition* à St-Gall ou encore le programme de recherche *Smart Living Lab* à Fribourg, issu d'un partenariat entre l'EPFL, l'Université et la Haute école d'ingénierie et d'architecture, qui tente de définir l'habitat de 2050⁶).

Fort de ces constats, cet article ambitionne de répondre aux trois questions suivantes : quel est l'état du droit de l'énergie dans le domaine de la construction ? (II), peut-on déjà parler d'un droit de la construction énergétique ? (III) et quel rôle y joue la normalisation ? (IV).

II. Le droit de l'énergie

A. L'état des bases légales

Le Professeur Alexandre Flückiger aborde en détail les bases légales fédérales dans sa contribution ; il constate que les articles ayant une certaine portée en matière d'énergie sont nombreux et qu'ils ne se limitent pas à l'article 73 Cst.

⁶ Pour plus d'informations : www.smartlivinglab.ch.

(développement durable) et à l'article 89 Cst. (politique énergétique). Il qualifie la répartition actuelle des compétences d'« extrêmement complexe » et plaide pour une harmonisation. On ne peut que souscrire à ses constats. Pour ce qui est de la construction *stricto sensu*, l'arsenal fédéral n'est d'application directe que de manière très ponctuelle : les dispositions ne retiennent pas les bâtiments comme point de rattachement et les mesures relatives à la consommation d'énergie en ce qui les concerne sont au premier chef du ressort des cantons (art. 89 al. 4 Cst.).

Il n'est donc pas étonnant que les législations cantonales soient bien développées en la matière : (1) les constitutions cantonales indiquent la direction générale sous la forme de programmes. Un exemple pour Vaud : l'article 56 alinéa 3 Cst. VD⁷ donne à l'Etat et aux communes le mandat de favoriser le développement des énergies renouvelables. (2) En matière de l'énergie *stricto sensu*, les législations cantonales formelles ou matérielles mettent en œuvre ces constitutions cantonales ainsi que les mandats issus de la loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'énergie (LEne⁸). On y trouve ainsi des instruments comme « l'exemplarité », à savoir l'obligation pour l'Etat et les communes d'être des *leaders* en matière d'énergie dans l'ensemble de leurs activités législatives, administratives et d'exploitation de leurs biens (cf. art. 5 al. 2 de la loi fribourgeoise du 9 juin 2000 sur l'énergie⁹). (3) Le droit de l'aménagement du territoire est utilisé comme un support pour mettre en œuvre les objectifs énergétiques ; exemple très explicite : l'obligation pour les communes fribourgeoises d'établir leur « plan des énergies », dont les éléments peuvent devenir contraignants s'ils sont ensuite introduits dans les plans d'aménagement du territoire (art. 8 al. 3 de la loi précitée). Dans tous les cantons, les plans d'affectation sont de plus en plus le vecteur de toutes les formes de partage et mise en réseau des ressources énergétiques (*crowd energy*) ; le chauffage à distance en est sans doute la concrétisation la plus courante¹⁰. (4) C'est dans la police des constructions (lois et règlements d'exécution) que viennent s'insérer les prescriptions techniques liées à l'énergie dans les bâtiments : coefficient thermique, isolation, matériaux, types de chauffage et de production d'eau chaude, bonus énergétique, etc. C'est aussi dans ces réglementations que l'on trouve les renvois fréquents aux normes privées (ci-après ch. IV). (5) Les politiques énergétiques cantonales dans la construction empruntent encore d'autres vecteurs juridiques ; c'est ainsi qu'elles s'expriment à travers le régime des subventions (en faveur des mesures constructives d'économie d'énergie) et le droit fiscal (dé-

⁷ RSV 101.01.

⁸ RS 730.0.

⁹ RSF 770.1.

¹⁰ Cf. p. ex. art. 10 de la loi valaisanne du 15 janvier 2004 sur l'énergie (RS/VS 730.1) ; art. 20 de loi neuchâteloise du 18 juin 2001 sur l'énergie (LCEn ; RSN 740.1).

duction des frais de transformation) ou encore le droit du logement (conditions pour qu'un bâtiment bénéficie d'une aide à l'acquisition).

A constater enfin que le droit de la protection de l'environnement au sens technique n'a pas pour objectif de gérer la consommation d'énergie dans les bâtiments, mais de lutter contre les nuisances ; à cet effet, il est même parfois un obstacle au développement des installations productrices d'énergie renouvelable. Ainsi pour le bruit des pompes à chaleur ou le rayonnement lumineux des panneaux solaires (cf. les arrêts cités au ch. I ci-dessus). Dans les années nonante, il n'y avait pas une révision de loi à incidence spatiale qui ne prenne pas en compte la nécessité de protéger l'équilibre écologique ; on retrouve désormais le même leitmotiv pour les questions d'énergie.

B. Un (dés)ordre juridique ?

Si l'on prend un peu de hauteur dans l'observation légistique, une vue panoramique alimente un constat assez critique : toutes ces interventions légales en matière d'énergie composent un ordre juridique qui n'est guère constitué, pas organisé, voire confus, tant dans ses buts que dans ses vecteurs ; on peut même oser le néologisme de « désordre » juridique. Les développements qui suivent nourrissent cette affirmation de plusieurs points de vue.

On peut d'abord suggérer que la police de l'énergie dans la construction est opportuniste : les législateurs de tous les domaines touchant à la construction modifient ponctuellement leurs prescriptions lorsqu'ils entrevoient une possibilité de poser un jalon énergétique (cf. ci-après ch. III à propos du droit de la construction énergétique). Ce mode de faire est sans doute inévitable en raison de l'éclatement (vertical et horizontal) des compétences législatives, mais il aboutit à des solutions éclatées, des interventions à court terme et une augmentation des conflits de lois ; on en veut pour exemple le bonus énergétique : le législateur est enthousiaste car la solution est politiquement porteuse, mais sa mise en œuvre soulève quantité de problèmes connexes auxquels personne n'a vraiment pensé ou voulu penser. Parfois, l'intervention législative tient plus du gadget que d'une politique régulatoire sérieuse ; ainsi, lorsqu'on impose aux propriétaires de résidences secondaires une commande par téléphone de leur chauffage à énergie fossile afin d'éviter qu'ils le laissent en activité en permanence plutôt que d'avoir froid pendant quelques heures à leur arrivée¹¹.

Dès le moment où les événements la contraignent à agir (ainsi l'accident de Fukushima), la police de l'énergie dans la construction n'a pas de mémoire et

¹¹ Art. 22 de l'ordonnance valaisanne du 9 février 2011 sur l'utilisation rationnelle de l'énergie dans les constructions et les installations (OURE ; RS/V5 730.100).

n'a pas de scrupules à ne pas en avoir. L'exemple des chauffages électriques est percutant : pendant des années, ils ont été promus par les autorités comme « la » solution (à la crise pétrolière) ; ils sont aujourd'hui fortement déconseillés, voire simplement interdits ; ce changement s'inscrit dans le cours normal des choses en droit public : les circonstances changent, elles induisent un changement de réglementation ou un changement de la pratique administrative. Le problème apparaît lorsque l'on veut intervenir sur des bâtiments déjà construits : (1) la construction est très chère et les temps d'amortissement des investissements sont très longs. Ou même, les bâtiments en Suisse ne sont pas amortis, mais doivent au contraire prendre continuellement de la valeur afin de soutenir le système des crédits hypothécaires. (2) Ces données de base rendent les propriétaires allergiques à toute rétroactivité de la réglementation. C'est la raison pour laquelle le peuple fribourgeois a accepté en 2012 le référendum contre la modification de la loi cantonale sur l'énergie qui voulait introduire une obligation de supprimer les chauffages électriques existants dans les vingt ans ; la nouvelle mouture de la loi a renoncé à cette obligation et privilégie le rythme naturel des modernisations, sous la pression du marché immobilier¹². (3) Le principe de la proportionnalité permet aux propriétaires de préserver leurs constructions en leur état initial (et autorisé), de les reconstruire dans cet état en cas de destruction, de les moderniser pour en maintenir la substance, voire de l'accroître (modérément) ; cette « garantie de la situation acquise » – principe jurisprudentiel désormais souvent codifié¹³ – vaut aussi pour les installations d'énergie et de chauffage des bâtiments ; elle est un frein à la rapidité des mises aux normes.

Malgré ses intentions plus que louables, la police de l'énergie dans la construction se heurte aux mêmes problèmes que toute autre réglementation et n'échappe pas à la difficulté de fixer son champ d'application :

1. Champ d'application matériel : (1) quelles sont les constructions qui sont assujetties à la réglementation ? Un exemple : lorsque le législateur exige que les « bâtiments publics » montrent l'exemple (cf. ci-dessus ch. II.A), quels ouvrages désigne-t-il ? Ceux qui sont ouverts au public (comme les centres commerciaux) ? Ceux qui appartiennent à la collectivité publique uniquement ou aussi les immeubles des fondations de droit public et autres institutions du même type ? Ceux qui sont inscrits dans un patrimoine administratif ou aussi dans un patri-

¹² L'article 15 de la loi sur l'énergie (RSF 770.1) est donc resté inchangé. Le canton de Vaud a également modifié sa loi sur l'énergie (RSV 730.01) au 1^{er} janvier 2014. Suite à l'affaire fribourgeoise et aux menaces de référendum d'une association locale d'influence, il a finalement aussi renoncé à ancrer dans la loi une échéance pour l'obligation de modifier les chauffages (art. 30a de la loi vaudoise).

¹³ Exemple : art. 80 de la loi vaudoise du 4 décembre 1985 sur l'aménagement du territoire et les constructions (LATC ; RSV 700.11).

moins financier ? Un deuxième exemple : les prescriptions sur la consommation d'énergie sont-elles aussi applicables aux constructions modulaires, par exemple les « cabanes » de chantier ? La Confédération serait-elle compétente pour imposer des normes aux cantons ? Sans doute que non en l'état de l'article 89 alinéa 4 Cst. (cf. ci-dessus ch. II.A). Les règles de la police cantonale des constructions ne sont pas non plus applicables si ces constructions ne sont pas assujetties à autorisation ; c'est la raison pour laquelle certains cantons ont adopté une disposition tendant à combler cette lacune en matière d'énergie ; ainsi l'article 63 de la loi bernoise du 15 mai 2011 sur l'énergie (LCEn¹⁴) : « Le maître d'ouvrage doit veiller lui-même au respect des exigences minimales en matière d'utilisation de l'énergie lors de l'exécution d'un projet non soumis à l'octroi du permis de construire ». (2) En cas de modification d'un bâtiment, peut-on en profiter pour lui imposer une mise aux normes sur ses éléments énergétiques ? Le législateur devrait répondre à cette question car les immeubles sont régulièrement rénovés ou transformés ; il pourrait s'inspirer du régime utilisé en matière de protection contre les nuisances ou de prévention des risques sismiques : la nouvelle norme (énergétique) s'applique à l'ensemble de la construction si l'impact de l'intervention technique est tel – du point de vue de l'aspect traité par ladite norme (l'énergie) – qu'il se justifie de considérer le projet comme une nouvelle construction (cf. par exemple art. 8 de l'ordonnance fribourgeoise du 17 mars 2009 d'exécution de l'ordonnance fédérale sur la protection contre le bruit [OEOPB]¹⁵). L'article 9 alinéa 3 lettre d LEne semble adopter cette approche lorsqu'il impose aux cantons d'adopter des prescriptions pour des « rénovations d'envergure ».

2. Champ d'application temporel : on connaît le problème des lois de protection de l'environnement qui changent en cours de procédure d'autorisation (y compris devant les instances de recours) ; le Tribunal fédéral a développé une pratique constante : elles sont d'application immédiate dès l'instant où elles obéissent à un intérêt public prépondérant¹⁶. Peut-on dire que tel est aussi le cas pour les prescriptions qui imposent aux bâtiments de rationaliser leur consommation d'énergie, de donner la priorité aux énergies renouvelables ou de se mettre en réseau ?

La police des constructions est et a toujours été de compétence cantonale ; on sent cependant que le thème de l'énergie est un moyen d'outrepasser cette

¹⁴ RSB 741.1.

¹⁵ RSF 814.11.

¹⁶ Cf. parmi d'autres ATF 125 II 591 cons. 5e/aa, JdT 2000 I 761.

compétence : les interventions du législateur fédéral sont encore ponctuelles, mais elles se multiplient et dérogent ainsi à chaque fois un peu plus au principe constitutionnel rappelé plus haut (ch. II.A) : trois exemples : (1) l'article 18a de la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT¹⁷) permet depuis le 1^{er} mai 2014 aux propriétaires de bâtiments de construire sur le toit de ces derniers des installations solaires sans autorisation (al. 1) et l'intérêt à l'utilisation de l'énergie solaire sur des constructions existantes ou nouvelles l'emporte en principe sur les aspects esthétiques (al. 3). (2) En vertu de l'article 16a alinéa 1bis LAT, les installations de production d'énergie à partir de la biomasse peuvent être déclarées conformes à la zone agricole et autorisées dans une exploitation agricole si la biomasse utilisée est en rapport étroit avec l'agriculture et avec l'exploitation ; ce qui pour la petite histoire pousse à se demander si la production d'énergie renouvelable peut être considérée comme un produit agricole au sens de la législation sur le droit foncier rural¹⁸ ! (3) L'article 9 LEne impose aux cantons d'édicter des prescriptions sur l'utilisation de l'énergie dans les bâtiments ; parmi celles-ci, le législateur fédéral va jusqu'à spécifier que pour les bâtiments qui satisfont aux exigences des labels Minergie ou analogues, une isolation périphérique jusqu'à 20 cm peut ne pas être prise en compte dans l'application des règles de hauteur et de distance (al. 3 lit. e). Plus ces impulsions du législateur fédéral se multiplient, plus le nombre de juristes qui se demandent si le temps n'est pas venu d'édicter une loi fédérale sur les constructions augmentera¹⁹.

III. Le droit de la construction énergétique

Voilà un néologisme qui peut paraître étrange ; il entend exprimer l'idée que le souci de bonne gestion de l'énergie est de plus en plus présent dans tous les chapitres du droit matériel de la construction. Il ne s'agit par contre pas de suggérer que les autorités de police de la construction devraient se montrer plus énergiques ou que ces normes sont à même de dynamiser la branche économique de la construction.

A. Un multiphénomène de droit matériel

Il suffit de se référer au tableau de jurisprudence déjà présenté (ch. I ci-dessus) pour se convaincre que, du point de vue du droit matériel, le droit de la construction énergétique se manifeste en de multiples occasions, voire dans plusieurs aspects d'un même ouvrage ou projet d'ouvrage. En voici quelques illustrations, présentées dans un ordre quasi chronologique.

¹⁷ RS 700.

¹⁸ Cf. l'étude de HENNY, p. 3 ss.

¹⁹ Pour un plaidoyer en faveur d'une loi fédérale sur la construction il y a quinze ans déjà, cf. LENDI.

La première étape de tout projet de construction consiste à définir les droits à bâtir à disposition :

1. Ici, c'est clairement la question du bonus énergétique qui domine désormais le débat juridique. Sans prétendre à l'exhaustivité : (1) le bonus génère d'abord une question de légalité : exige-t-il une base légale formelle ou peut-il se contenter de figurer dans un règlement d'exécution ? Un ancrage de son principe dans la loi cantonale est sans aucun doute nécessaire ; c'est ainsi que l'article 130 alinéa 2 de la loi fribourgeoise sur l'aménagement du territoire et les constructions (moderne : du 2 décembre 2008 ; LATeC²⁰) enjoint le Conseil d'Etat de « prévoir des valeurs particulières pour promouvoir des modes de construction durables ». On ne saurait ici écouter les voix scandalisées par l'idée même d'un « bonus » pour la raison que tous les droits à bâtir sur un bien-fonds appartiendraient de toute façon déjà naturellement à son propriétaire ; si l'on peut comprendre la conception politique sous-jacente à cette pétition, elle ne résiste pas à l'évolution de l'ordre juridique : la propriété n'est plus un droit absolu et doit au contraire se comprendre comme une simple maîtrise passagère sur un élément limité d'un ensemble géographique global beaucoup plus vaste²¹. (2) Le bonus pose ensuite très souvent un problème de répartition des compétences entre le canton et la commune concernés : le droit cantonal le prévoit *in abstracto* et crée ainsi un droit subjectif en faveur des propriétaires, qu'ils revendiquent à l'encontre des communes et quelles que soient les prescriptions qu'elles ont établies – parfois depuis longtemps – dans leur réglementation des zones ; c'est ainsi que l'article 80 alinéa 6 du règlement fribourgeois d'exécution de la loi précitée (ReLATeC²²) accorde un bonus de 10 % sur l'indice brut d'utilisation du sol qui est fixé par le règlement communal d'urbanisme lorsqu'il s'agit de bâtiments respectant au moins la classification C du certificat énergétique cantonal des bâtiments. Le conflit entre le bonus et la planification est encore plus immédiat lorsque les droits à bâtir sont fixés dans un plan spécial (tel qu'un plan de quartier) et que l'application du bonus fait sortir le bâtiment projeté du gabarit prévu à cet endroit (particulièrement en hauteur) ou du périmètre d'implantation du bâtiment tracé dans le plan.
2. Sous l'angle des droits à bâtir toujours, la question de l'isolation des bâtiments est devenue importante : une isolation renforcée est l'une des mesures pour réduire la consommation d'énergie et satisfaire aux

²⁰ RSF 710.1.

²¹ Cette conception sous-tend la thèse d'habilitation du Professeur DUBEY.

²² RSF 710.11.

labels de type Minergie. Presque tous les législateurs ont désormais introduit des incitations à plus d'isolation : l'article 9 alinéa 3 lettre e LEné précité dicte aux cantons une limite de 20 cm qu'ils ne peuvent dépasser lorsqu'ils instaurent un bonus de hauteur ou de distance à la limite, aux bâtiments voisins, à la route, à la place de parc, aux eaux publiques ou encore dans le cadre de l'alignement des constructions (ci-dessus ch. II.B *in fine*). Les cantons semblent vouloir exploiter complètement ce maximum ; ainsi en droit valaisan²³.

La réalisation de la construction envisagée puis ses transformations au cours du temps posent ensuite forcément aussi des questions d'énergie, en lien avec l'art de bâtir. Trois manifestations légales de cette dimension, parmi les plus fréquentes : (1) l'obligation de changer les chaudières (tout au moins leur brûleur) lorsqu'elles ne sont plus aux normes, en particulier les exigences de l'ordonnance du 16 décembre 1985 sur la protection de l'air (OPair²⁴). (2) L'obligation de changer les vitrages des bâtiments au profit de fenêtres doubles ; un programme à cet effet est en cours par exemple dans le canton de Genève²⁵. (3) L'obligation d'installer des panneaux solaires sur les nouvelles maisons afin de compenser au moins 10 % de l'énergie fossile consommée ; la Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie a pris une décision dans ce sens lors de sa séance du 14 janvier 2015, mais sa transposition dans les cantons semble générer un combat entre les représentants des divers groupes d'intérêts²⁶.

Qui dit construction dit traditionnellement équipement. Le « droit de l'équipement » est en plein bouleversement ; les conceptions qui sous-tendent l'article 19 LAT et les règlements communaux qui en résultent sont dépassées : en particulier, la régulation environnementale (les lois et les normes comme celles de la VSS) vise à réduire le trafic automobile et les places de parc privées au profit des transports publics et des parkings mutualisés. Un tel changement radical d'orientation s'observe aussi pour ce qui est des raccordements : (1) la mise en réseau de l'énergie et de la chaleur passe par des équipements collectifs et pose la question de savoir si et comment l'ordre juridique peut les impo-

²³ Art. 29 al. 3 à 5 de la loi du 8 février 1996 sur les constructions (RS/VS 705.1), alinéas entrés en vigueur le 1^{er} juin 2015. Cf. ég. art. 5 al. 2 bis et 6 al. 2 de l'ordonnance du 2 octobre 1996 sur les constructions (RS/VS 705.100).

²⁴ RS 814.318.142.1. Les exigences techniques pour les chauffages centraux se trouvent dans l'annexe 3 (limitation complémentaire et dérogatoire des émissions pour les installations de combustion).

²⁵ Art. 56A du règlement d'application du 27 février 1978 de la loi sur les constructions et les installations diverses (RSG L 5 05.01) : les propriétaires disposaient d'un délai au 31 janvier 2016 à cet effet. L'Etat a dû assouplir ces exigences, face aux difficultés qu'il a lui-même rencontrées pour assainir ses bâtiments à l'échéance fixée.

²⁶ Cf. ses communiqués de presse de cette date ainsi que le projet de Modèle de prescriptions énergétiques des cantons (MoPEC) 2014, section E.

ser aux propriétaires privés ; suivant les circonstances, on peut même désormais se demander si la collectivité ne risque pas d'abuser de sa position dominante (cf. ci-après ch. B). Cette préoccupation transparait dans certaines affaires qui ont d'ores et déjà fait jurisprudence ; ainsi lorsqu'une commune punit d'une amende très importante pour « refus de raccordement » et « branchement illégal » des propriétaires qui n'ont pas raccordé leurs bâtiments au thermoréseau de l'usine d'incinération des déchets, malgré que le règlement de la zone communale en question le prescrit conformément à ce que permet la loi cantonale sur l'énergie²⁷ ; autre exemple à Lignièrès, où un référendum a été lancé contre un règlement adopté par le Conseil général qui oblige les propriétaires à raccorder leur bâtiment au réseau de chauffage à distance en cas de nouvelle construction ou de changement des installations techniques existantes, sur la base de l'article 20 de la loi cantonale sur l'énergie²⁸. (2) Qui dit raccordement dit taxes ; les réglementations introduisent des barèmes avantageux lorsque l'équipement choisi permet des améliorations énergétiques.

Enfin, même l'exploitation des bâtiments peut être un vecteur de la politique énergétique ; ainsi lorsque la réglementation dispense les propriétaires de bâtiments Minergie (ou autres labels analogues) de l'obligation de tenir un décompte individuel des frais de chauffage et d'eau chaude²⁹.

B. Les effets juridiques secondaires

Introduire dans la police des constructions des prescriptions relatives à l'énergie ne suffit pas : le développement des nouvelles techniques de production et consommation d'énergie a des conséquences pratiques/économiques qui appellent à leur tour des réglementations nouvelles ou l'application aux systèmes énergétiques de réglementations déjà existantes ; ces interventions juridiques sont nécessaires pour gérer les effets secondaires de la politique énergétique et arbitrer les conflits qu'elle génère. En voici quelques illustrations concrètes ; elles suggèrent que le « législateur énergétique » n'est pas toujours conscient des tenants et aboutissants de son action.

Les bâtiments énergétiques génèrent des immissions accrues, qui peuvent s'avérer excessives suivant les circonstances. Deux exemples :

1. Le bonus énergétique : il a pour effet que les dimensions du bâtiment bénéficiaire augmentent, surtout en hauteur dans les villes où l'ordre des constructions est très souvent contigu ; il en résulte pour les voi-

²⁷ Affaire relatée dans le quotidien 24 heures du 12 août 2015 (www.24heures.ch).

²⁸ RSN 740.1 ; affaire relatée dans le quotidien Le Matin du 17 février 2016 (www.lematin.ch).

²⁹ Cf. p. ex. art. 22E al. 2 de la loi genevoise du 18 septembre 1986 sur l'énergie (RSG L 2 30), art. 19 lit. b du règlement fribourgeois du 5 mars 2001 sur l'énergie (RSF 770.11) et art. 37 al. 1 lit. b OURE VS (RS/VS 730.100).

sins immédiats un impact négatif sur leur vue et leur ensoleillement (ombre portée). On comprend qu'ils soient particulièrement réactifs : ils ont admis ou contesté en vain le règlement de la zone et voilà qu'au stade de l'autorisation, ce régime n'est plus respecté, très souvent à leur détriment et qui plus est sans passer par la procédure prévue pour les dérogations. Le problème s'aggrave encore lorsqu'il y a cumul de bonus : cumul entre le bonus énergétique cantonal et le bonus énergétique communal (le droit vaudois admet ce cumul ; cf. arrêt N. 5) ; cumul entre le bonus énergétique et un autre bonus, par exemple pour la construction de logements à loyer bas ou modéré³⁰.

2. Les panneaux solaires : lorsqu'ils sont installés en toiture et suivant les circonstances, ils réfléchissent fortement la lumière du soleil et ce rayonnement génère un effet éblouissant pour le voisinage. La jurisprudence a déjà établi qu'il s'agit là d'une nuisance au sens de l'article 7 alinéa 1 de la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE³¹), que la réglementation fédérale ne fixe pas de valeur limite et qu'il convient donc d'apprécier le caractère éventuellement nuisible ou incommodant de l'installation querellée en se fondant directement sur la loi (art. 13 et 15 LPE), qu'à cet effet l'autorité doit instruire l'état de fait d'office (arrêt N. 23).

Qui dit infrastructures énergétiques et mise en réseau dit presque inévitablement (physiquement) sollicitation du domaine public : les réseaux se composent notamment de canalisations pour relier les consommateurs (bâtiments individuels) aux producteurs d'énergie et de chaleur (les centrales respectivement les autres bâtiments lorsqu'ils alimentent aussi le réseau comme c'est le cas avec le système de la « RPC » [rétribution à prix coûtant] que la législation fédérale sur l'énergie a organisé). Or le domaine est public (toujours) et les centrales de production sont (très souvent) en main de la collectivité publique. Il en résulte pour elle une position de monopole (de fait), qui devient indirectement un monopole de droit lorsque le législateur cimente cette position au travers des prescriptions d'aménagement du territoire et de police des constructions ; ainsi lorsque le règlement d'une zone impose aux bâtiments de se raccorder à un chauffage à distance. Cette juridification d'un avantage de fait pose encore plus de questions lorsque dite collectivité est propriétaire économique (en tout ou partie) de l'entité qui produit respectivement distribue l'énergie et la chaleur : (1) faut-il envisager un éventuel « abus de position dominante » au sens de la législation qui protège la concurrence (art. 7 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence

³⁰ Le Conseil d'Etat vaudois a notamment proposé d'octroyer des bonus de droit à bâtir aux propriétaires qui construisent des logements à loyer abordable, dans un contre-projet du gouvernement à une initiative de l'ASLOCA adoptée en septembre 2014.

³¹ RS 814.01.

[LCart³²) ? On rappellera que les entreprises publiques sont aussi assujetties à cette réglementation (art. 2 al. 1 LCart), qu'elles ne sont immunisées contre ces exigences qu'en présence d'un ordre de marché de droit public, ce qui requiert une base légale claire ordonnant ou autorisant un comportement anticoncurrentiel (art. 3 al. 1 lit. a LCart) et qu'un accord entre partenaires sur un marché est illicite s'il supprime toute concurrence efficace et n'est pas justifié par exemple par l'objectif d'exploiter plus rationnellement des ressources (art. 5 al. 1 et 2 lit. a LCart). Il y a fort à parier que les tribunaux auront à traiter de ces questions à l'avenir, si l'on en juge par l'accroissement important de la concurrence dans la branche de l'énergie ; on voit mal que les collectivités publiques puissent conserver leur monopole à long terme ; nombre d'entre elles pratiquent ou envisagent d'ailleurs déjà des « PPP » (cf. ci-dessus ch. I). (2) Faut-il organiser des procédures officielles de mise en concurrence entre tous les fournisseurs d'énergie et de chaleur intéressés ? Le droit suisse est ici encore balbutiant : le droit des marchés publics ne s'applique pas aux concessions de travaux et de services ; l'article 2 alinéa 7 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI³³) est une disposition extrêmement controversée ; les législations cantonales qui imposent une mise en concurrence lorsque les collectivités publiques entendent déléguer leurs tâches à des tiers ne sont que rarement respectées³⁴. On peut penser que la révision en cours du droit suisse des marchés publics changera la donne : elle se propose d'étendre le champ d'application de la législation (fédérale et cantonale) aux concessions de services publics.

Dans une perspective économique encore, qu'on ne se fasse pas d'illusion : les progrès et solutions techniques en matière d'énergie ne sont pas (ou pas seulement) le résultat d'investissements par des entreprises qui poursuivent un but idéal ; elles cherchent aussi à en tirer un profit financier. Cet objectif s'exprime dans leur action politique : leurs lobbies sont très actifs auprès des régulateurs, qu'il s'agisse des législateurs ou plus encore des organismes de normalisation et certification. L'Etat se doit d'en être conscient lorsqu'il réceptonne ces normes au sein de l'ordre juridique et les impose aux propriétaires comme des règles de l'art de bâtir (cf. ch. IV).

En définitive, on aboutit au même point que dans bien d'autres domaines du droit public : l'obligation de coordonner des intérêts divergents, respectivement d'arbitrer entre eux et de fixer lesquels sont prioritaires. Dans sa contribution, Monsieur Eric Brandt explique comment l'autorité puis le juge doit accomplir cette tâche ; il illustre son propos avec des jurisprudences spécifiques à la construction énergétique, en particulier un arrêt à propos de la réa-

³² RS 251.

³³ RS 943.02.

³⁴ Exemple : art. 107 al. 3 de la loi valaisanne du 5 février 2004 sur les communes (RS/VS 175.1).

lisation d'un immeuble solaire actif dont la toiture avait à cette fin une forme arrondie et que la commune considérait comme incompatible avec la réglementation³⁵. Qu'il soit ici suggéré aux législateurs énergétiques de donner des indications concrètes sur la façon d'arbitrer les divers intérêts en présence, lorsqu'ils sont contradictoires au lieu de simplement empiler les objectifs d'intérêt public et de se laver ensuite les mains des problèmes que crée la mise en œuvre de la réglementation ; un exemple qui montre que c'est possible : les alinéas 3 et 4 de l'article 18a LAT à propos des panneaux solaires sur les toits fixent l'ordre de priorité entre la promotion de l'énergie solaire et la protection du patrimoine bâti ainsi que l'esthétique des constructions.

IV. La normalisation

Le phénomène de normalisation n'est pas propre au traitement de l'énergie dans la construction ; il s'y joue une partition bien connue en droit industriel en général et dans d'autres domaines techniques comme le droit financier, le droit sanitaire ou le droit pharmaceutique. Le secteur de l'énergie attire l'attention en raison de sa médiatisation actuelle et des procédures de labellisation qui se sont mises en place.

A. Le phénomène

Normalisation, autoréglementation, autorégulation et *soft law* sont des néologismes qui désignent tous le même mécanisme (qui n'a rien à voir avec la régulation de la température des habitations au moyen de vanes thermostatiques !) : l'édiction de « normes » (prescriptions, codes, directives, standards, *rules*) par des organismes privés (associations professionnelles, groupes d'intérêts) ou semi-publics (associations d'autorités) qui énoncent des règles de comportement, de fabrication ou d'utilisation. La normalisation est devenue institutionnelle : l'Union européenne a donné mandat à des organismes comme le CEN (Comité européen de normalisation) et le CENELEC (Comité européen de normalisation en électronique et en électrotechnique) de gérer et développer le processus de normalisation comme l'un des vecteurs de l'unification des régulations nécessaire à la réalisation du marché commun et de la globalisation ; depuis les années huitante, près de 20'000 normes ont été adoptées dans le secteur de la construction au sens le plus large (produits et techniques) ; la Suisse reprend les normes européennes dès qu'elles existent, par l'intermédiaire de l'ASN (Association suisse de normalisation) et remplace les normes suisses en vigueur sur les mêmes sujets³⁶.

³⁵ Arrêt de la CDAP VD du 31 décembre 2014, affaire AC.2013.0151.

³⁶ Pour plus de détails : www.snv.ch.

Désormais, la normalisation se double souvent d'un mécanisme de certification (ou labellisation), à savoir d'une procédure à l'issue de laquelle le candidat obtient pour son produit, son procédé de fabrication ou son bâtiment une reconnaissance officielle par un organisme auquel l'Etat a délégué le pouvoir de vérifier le respect des normes techniques applicables. Pour le traitement de l'énergie dans la construction, les labels Minergie jouent désormais un rôle central ; ce sont des standards de construction destinés aux bâtiments neufs ou rénovés, qui promeuvent le confort d'habitat et de travail pour les usagers des bâtiments et fixent des valeurs de référence pour leur consommation énergétique. Ces standards sont développés par l'Association Minergie, association de droit privé qui compte aujourd'hui plus de cinq cents membres (Confédération, cantons, acteurs économiques). L'Association se finance au travers des cotisations ainsi que des émoluments prélevés sur les marques Minergie, Minergie-Eco, Minergie-P, Minergie-P-Eco, Minergie-A et Minergie-A-Eco chaque fois qu'un projet de construction entend les utiliser et se faire certifier. Ces standards sont fortement influencés par les directives et les normes européennes, en particulier la directive 10/31 qui exige des Etats membres qu'ils imposent une consommation d'énergie proche de zéro aux nouveaux bâtiments d'ici à 2020³⁷.

Pour le juriste, la question n'est pas tant la norme en soi (son contenu et son efficacité technique), mais sa réception dans l'ordre juridique et son caractère contraignant. Plusieurs constats sont possibles à ce sujet, en se focalisant sur le domaine de la construction :

1. La réflexion sur la normalisation n'est pas du tout récente : c'était le thème des Journées suisses du droit de la construction en 1993 et les auteurs des contributions se référaient alors aux travaux de la doctrine suisse depuis les années septante³⁸ ; depuis lors, ce même thème est revenu régulièrement³⁹.
2. Divers vecteurs peuvent être utilisés pour réceptionner les normes techniques dans la police des constructions : (1) le cas le plus évident est le renvoi exprès : le législateur mentionne dans son texte légal la norme technique considérée ou tout au moins l'organisme de normalisation. Les exemples de ce procédé sont multiples : l'article 32 de l'ordonnance du 15 décembre 1986 sur la protection contre le bruit (OPB⁴⁰) impose en matière d'isolation acoustique des nouveaux bâtiments le respect des exigences contenues dans la norme SIA 181 ; en

³⁷ Ainsi le produit Minergie-A.

³⁸ Cf. BRUNNER, p. 20 ss et les références bibliographiques proposées, en particulier la thèse de Thomas FLEINER-GERSTER.

³⁹ Ainsi : PICHONNAZ/ZUFFEREY, p. 23 ss à propos du rôle des normes en droit public.

⁴⁰ RS 814.41.

vertu du chiffre 512 de l'annexe 2 de l'OPair, la construction d'installations d'élevage n'est possible qu'aux distances minimales figurant dans les recommandations de la Station fédérale de recherche d'économie d'entreprise et de génie rural (gestion des odeurs); jusqu'en 2006, l'article 41 du règlement d'application du 19 septembre 1986 de la loi vaudoise sur l'aménagement du territoire et les constructions (RLATC⁴¹) déclarait obligatoires les règles relatives à la protection thermique des bâtiments en hiver établies par la SIA (document 380/1); cette disposition a été abrogée par le règlement d'application du 4 octobre 2006 de la loi sur l'énergie (RLVLEne⁴²).

Si l'on passe en revue les réglementations énergétiques des cantons latins, on constate que les références aux standards Minergie sont omniprésentes : pour la définition des niveaux de performance énergétique ; pour le standard que les bâtiments publics doivent atteindre ; pour la construction de bâtiments neufs ou leur entière rénovation ; pour l'octroi de subventions à des bâtiments spécifiques comme les écoles et les hôpitaux ou à l'assainissement des habitations en général ; pour les mesures d'encouragement à l'acquisition de logements ; pour l'octroi du bonus d'indice d'utilisation du sol ; pour l'autorisation d'utiliser gratuitement les eaux souterraines à des fins thermoénergétiques⁴³. En un mot : ces dernières années, les législateurs cantonaux ont cherché à promouvoir les économies d'énergie dans la construction par tous les moyens et ils se sont systématiquement appuyé sur les labels qu'ils ont eux-mêmes créés : ceux de l'association Minergie.

(2) Le renvoi aux normes techniques peut ensuite être implicite, au travers de notions juridiques indéterminées ou de clauses générales contenues dans des expressions comme « règles de l'art », « état de la technique », « standard énergétique », « standard de haute performance » ; on trouve ce type d'approche à l'article 11 alinéa 2 LPE ou à l'article 9 alinéa 2 LEn. La norme technique visée n'est pas mentionnée, mais le législateur sait pertinemment que l'application de la loi ne pourra se faire sans que l'autorité, le juge ou l'expert s'y réfère pour déterminer la portée à attribuer à la disposition légale applicable dans le cas concret considéré.

⁴¹ RSV 700.11.1.

⁴² RSV 730.01.1.

⁴³ Cf. p. ex. pour FR : art. 34b lit. e et d du règlement sur l'énergie (RSF 770.11) ; pour GE : art. 6 al. 11 de la loi sur l'énergie (RSG L 2 30), art. 12B al. 1 et 5 et art. 12C al. 1 et 3 de son règlement d'application (RSG L 2 30.01) ; pour NE : art. 3 lit. d et e et 4 al. 4 et 5 de l'arrêté du 18 août 2004 concernant les subventions sur l'énergie (RSN 740.100), art. 38 al. 1 et 3 du règlement d'exécution du 22 décembre 2008 de la loi cantonale sur l'énergie (RSN 740.10), art. 13 lit. a de la loi du 30 janvier 2008 sur l'aide au logement (RSN 841.00) ; pour VS : art. 39, 40 et 41 OURE VS (RS/VS 730.100).

3. La validité juridique de ces mécanismes de renvoi a déjà été testée par la jurisprudence : (1) le Tribunal fédéral considère depuis longtemps ce type de délégation comme admissible dans son principe, aussi longtemps que le renvoi correspond à l'objectif de la loi en question, favorise sa mise en œuvre et n'a pas pour effet d'entériner une dérogation à des règles édictées dans l'intérêt public ; ainsi pour les normes de l'Association suisse des électriciens qu'applique l'Inspectorat fédéral des installations électriques, les normes de l'association Carbura pour les dépôts d'hydrocarbures ou encore certaines normes techniques de la SIA⁴⁴. (2) Le renvoi exprès « statique » ne pose guère de problème de légalité : la disposition légale de renvoi désigne expressément la norme technique choisie. Les normes changent cependant très régulièrement ; du coup, la question se pose de savoir si le renvoi n'est pas « dynamique » à savoir que la norme technique mentionnée doit automatiquement être remplacée par la nouvelle norme, sans que le législateur n'ait besoin de modifier son renvoi. Exemple : en vertu de l'article 40a RLATC⁴⁵, les communes vaudoises ont l'obligation d'insérer dans leur planification des prescriptions qui limitent les places de parc ; si elles ne le font pas, c'est alors la norme VSS qui s'applique. Cette dernière a changé depuis l'adoption de l'article 40a en 2001 ; les juges vaudois ont considéré que le renvoi était dynamique et devait donc prendre en compte le changement de norme⁴⁶. Depuis lors, l'article 40a se réfère aux « normes en vigueur » de l'Association suisse des professionnels de la route et des transports. Dans un arrêt de principe où le Tribunal fédéral a voulu apporter des clarifications sur le rapport entre le droit étatique et les normes privées⁴⁷, il a fixé les conditions de validité du renvoi dynamique : seules des dispositions de moindre importance peuvent être déléguées au privé et la norme de délégation – elle doit être une loi formelle (cf. art. 178 al. 3 Cst.) – doit respecter les principes constitutionnels de la délégation législative, en particulier contenir tous les éléments essentiels de la réglementation et désigner les administrés qui seront assujettis à la délégation. Depuis cet arrêt, le Tribunal fédéral a appliqué ce régime dans d'autres domaines du droit, par exemple lorsqu'il a déclaré non contraignant pour des tiers le règlement de cotation d'une bourse⁴⁸.

⁴⁴ Cf. parmi d'autres ATF 107 Ib 125 ; 105 IV 264, JdT 1980 145.

⁴⁵ RSV 700.11.1.

⁴⁶ Arrêt de la CDAP VD du 21 décembre 2007, affaire AC.2007.0110.

⁴⁷ ATF 136 I 316, JdT 2011 I 38 (litige relatif à des taxes de raccordement calculées sur la base du cubage SIA ; or en 2003, la SIA a changé sa norme [passage de la norme 116 à la norme 416, avec une réduction consécutive de 10 % du volume des bâtiments en mètres cubes en moyenne]).

⁴⁸ ATF 137 III 37, JdT 2012 II 279.

B. Une appréciation : une certaine prudence est de mise

Est-ce que le droit étatique peut renvoyer à l'application de normes privées ? Oui, mais seulement de manière limitée. C'est bien ainsi car ce renvoi n'est pas sans risque pour l'ordre juridique, dans la construction comme dans les autres domaines du droit public :

1. Il y a d'abord un risque de « prostitution » – le mot est fort – de l'Etat face à l'industrie. Comme déjà exposé (ci-dessus ch. III.B), les normes techniques sont établies par des organismes qui représentent des groupes d'intérêts, au sein de l'industrie ; c'est particulièrement le cas en Suisse où le processus de normalisation repose largement sur des organisations de milice. La certification tend ensuite à cimenter cette situation. Face à ce risque, il faut saluer les cas de normalisation par des organismes où les collectivités publiques sont très présentes, comme l'association Minergie.
2. Dans d'autres domaines juridiques, un risque de « *closed shop* » et de distorsion de concurrence s'est parfois matérialisé : l'organisme de normalisation déléataire introduit des restrictions à l'accès au marché.
3. Ou encore un risque de « *race to the bottom* » : ledit organisme veut être compétitif (afin de conserver ses membres) et il adopte des normes qui protègent leurs intérêts avant tout.

Face à ces risques de nature presque institutionnelle, le législateur fera bien de mettre en place certaines cautions ; elles sont en fait des exigences du principe de légalité qui fonde tout le droit public :

1. Une représentativité suffisante des divers intérêts au sein des organismes déléataires. Dans les autres domaines du droit qui connaissent une forte normalisation (par exemple en droit de la surveillance financière), la doctrine suggère de mettre en place un processus de transparence et de validation des normes privées, au cours duquel tous les destinataires de ces dernières sont consultés et peuvent faire valoir leurs intérêts⁴⁹. Dans certains pays, la normalisation est une tâche officielle d'organismes quasi étatiques (DIN : *Deutsches Institut für Normen* ; AFNOR : Association française de normalisation) ; un tel appareil serait sans doute très lourd pour la Suisse, mais il est une réponse aux risques décrits ci-dessus.

⁴⁹ Pour plus de détails, THÉVENOZ.

2. Une accessibilité appropriée des normes techniques auxquelles la législation renvoie ; faute de quoi, ce renvoi reviendrait à contourner l'obligation de publier le droit étatique⁵⁰. Ici, l'ordre juridique suisse peut faire des progrès : l'administré ordinaire a bien de la peine à se procurer le texte des normes techniques européennes – auxquelles le droit suisse renvoie de plus en plus – sans l'aide d'organismes comme l'Office suisse d'expansion commerciale.

Ces précautions n'exigent pas une loi fédérale sur la normalisation technique. Si une loi fédérale sur les constructions devait voir le jour (cf. ci-dessus ch. II.B *in fine*), elle pourrait énoncer les principes à respecter lorsque le législateur entend renvoyer à des normes techniques ou imposer le respect de labels et une certification des bâtiments.

⁵⁰ Expressément : UHLMANN, Le droit étatique.

V. Panorama de la jurisprudence disponible en droit de l'énergie de la construction

1.	TA ZH VB.2014.00237 (18.12.2014) ; BEZ 2015 N. 1 ; DC 2015 p. 284 N. 505	Assainissement d'une maison familiale individuelle et réduction du bruit. Principe de précaution. L'autorité de recours précise l'autorisation de construire par une disposition accessoire qui restreint l'exploitation nocturne de la pompe à chaleur.
2.	TF 1C_883/2013 (10.6.2014) ; DC 2014 p. 249 N. 499	Demande de permis de construire pour un immeuble Minergie de vingt logements, moyennant démolition de bâtiments existants et abattage de trente arbres. Autorisation refusée dans la mesure où certains arbres devaient être maintenus.
3.	TA ZH VB.2014.00035 (8.5.2014) ; BEZ 2014 N. 27 ; DC 2015 p. 103 N. 161	Autorisation de construire des installations solaires surélevées sur des bâtiments à toit plat. Exigences en matière d'esthétique.
4.	TA SG B 2013/15 (11.3.2014) ; DC 2014 p. 244 N. 453	Rénovation d'un immeuble, frais supplémentaires pour la contribution au raccordement des égouts (en particulier en raison des standards Minergie). Aucune réduction possible. Violation du principe de la couverture des frais non prouvée.
5.	CDAP VD AC.2013.0222 (18.11.2013)	Lorsque le règlement communal autorise un dépassement de 10 % en raison des performances énergétiques du projet, ce « bonus » est cumulable avec celui de 5 % prévu à l'art. 97 al. 4 LATC (confirmation de jurisprudence).
6.	TF 1C_311/2012 (28.8.2013) ; ZBl 2014 p. 207 ss ; DC 2014 p. 242 N. 430	1. Espace libre de constructions qualifié de zone à protéger selon l'art. 17 LAT. 2. Une installation solaire sur un abri à bateau n'est pas fixe et donc son autorisation ne peut reposer sur l'art. 24 LAT.
7.	TA AI V 21-2012 (21.5.2013) ; GBAI 2013 p. 27 ; DC 2014 p. 252 s. N. 539	Intégration harmonieuse d'installations solaires sur les toits et façades de manière à ne pas léser les biens culturels et sites naturels d'importance cantonale ou nationale (art. 18a LAT). En l'espèce, contestation d'un système photovoltaïque sur le toit d'une église. Le rendement global ne nuit pas à l'image de l'église en question.

8.	TA GR R 12 143 (16.4.2013) ; ZGRG 2014 p. 44 ; PVG 2013 p. 190 ; DC 2014 p. 41 s. N. 429	Pas de droit à obtenir une autorisation automatique d'installations solaires sur les toits, lorsqu'elle ne concerne aucun bien culturel ou naturel. Appréciation au cas par cas.
9.	CDAP VD AC.2012.0092 (10.4.2013) ; RDAF 2014 I p. 163 s.	On ne voit pas ce qui empêcherait l'autorité intimée, dans le cadre de son autonomie en matière de densité des constructions, de prévoir un bonus destiné à encourager l'utilisation rationnelle de l'énergie (en sus du bonus prévu par la LTAC, et cumulable avec celui-ci).
10.	Standeskommissi- ons-beschluss AI N. 143 (29.1.2013) ; GBAI 2013 p. 49 ; DC 2014 p. 241 N. 424	Les éoliennes sont souvent érigées hors de la zone à bâtir. En l'espèce, mise en balance de tous les intérêts concernés, en particulier celui de garder le paysage intact et celui d'assurer une sécurité énergétique élevée.
11.	TF 1C_441/2011 (9.3.2012) ; DC 2012 p. 167 N. 240	Modification partielle d'un plan d'affectation des zones et du règlement des constructions ; création d'un secteur de chauffage à distance.
12.	CE TI 6283 (6.11.2012) ; RtiD II 2013 p. 150 ; DC 2014 p. 110 N. 239	La perte de la certification Minergie a pour conséquence la révocation de la décision de subvention que l'administré perçoit.
13.	TF 1C_178/2012 (22.8.2012) ; RSJ 2013 p. 467 ; DEP 2012 p. 904 ; DC 2013 p. 275 N. 455 ; DC 2014 p. 103 N. 186	Pas besoin d'apporter une preuve claire du dépassement des valeurs de planification pendant la nuit, étant donné que l'éolienne occasionne manifestement plus de bruit que les valeurs indiquées par le fabricant. L'obligation de procéder à la maintenance de l'installation est une mesure proportionnée (art. 11 al. 2 LPE).
14.	Departement Bau, Verkehr und Umwelt AG 12.185, (11.7.2012) ; AGVE 2012 p. 344 s. ; DC 2014 p. 102 N. 183	Une installation bruyante en plein air, telle une pompe à chaleur air-eau, est soumise à l'exigence d'un permis de construire, même lorsqu'elle est de petite dimension.

15.	Baurekursgericht ZH N. 0091/2012 (11.7.2012) ; BEZ 2012 N. 71 ; DC 2013 p. 277 N. 469	Limitation d'émissions de polluants dans l'air provenant d'une centrale à énergie totale équipée (installations à carburateurs à bois avec des moteurs à gaz) et d'installations de postcombustion de charbon.
16.	CdE ZG (1.5.2012) ; GVP- ZG 2012 p. 270 ss ; DC 2014 p. 102 N. 184	Installation d'une pompe à chaleur air-eau sur la façade d'une maison d'habitation. Le Conseil d'Etat se demande si cette installation est soumise à autorisation de construire et si elle doit observer les valeurs de planification de l'OPB. Il répond que oui.
17.	TF 1C_416/2011 (2.4.2012) ; DC 2013 p. 74 N. 55	Installations pour la production d'énergie à partir de biomasse en conformité avec la zone agricole ; rattachement à l'exploitation agricole.
18.	CdE AG 2012-000373 (21.3.2012) ; AGVE 2012 p. 328 ss ; DC 2/2014 p. 101 s. N. 180	Construction d'une installation éolienne contestée. Le plan directeur n'impose pas de norme spatiale contraignante. En l'espèce, les juges laissent ouverte la question de savoir si l'obligation de planifier vaut pour une installation éolienne qui ne doit pas faire l'objet d'une étude d'impact : l'octroi d'une dérogation fondée sur l'art. 24 LAT ne se justifie pas.
19.	TF 1C_36/2011 (8.2.2012) ; DEP 2013 p. 441 ss ; ZBI 2012 p. 381 ss (avec commentaire d'A. MARTI) ; DC 2012 p. 165 N. 227 ; DC 2014 p. 103 N. 190	Edification de centrales thermiques à combustibles fossiles. Autonomie communale. Application de la loi sur le CO ₂ . La prescription communale d'affectation litigieuse viole la garantie de la propriété et la liberté économique, parce que seules sont admises dans la zone d'affectation concernée les centrales thermiques difficilement rentables économiquement. Une telle prescription n'est ni proportionnée, ni dans l'intérêt public.
20.	CdE LU N. 18 (10.1.2012) ; LGVE 2012 III N. 18 ; DC 2013 p. 261 N. 313	Autonomie communale en matière de planification. Plan d'aménagement local. Planification spéciale intercommunale entre deux communes. Nécessité d'appliquer des exigences énergétiques identiques sur l'ensemble du territoire.
21.	TF 1C_251/2011 (21.7.2011) ; DC 2012 p. 18 N. 60	Le préavis d'une municipalité en réponse à une motion du législatif communal concernant un projet de parc éolien ne constitue pas une décision sujette à recours. Ce préavis ne saurait avoir un quelconque effet contraignant.

22.	TF 1C_33/2011 (12.7.2011) ; ZBI 2011 p. 620 s. ; DC 2012 p. 17 N. 49	Parc éolien « Dents du Midi » ; adoption d'un plan d'affectation de détail ; qualité pour recourir.
23.	Baurekursgericht ZH (17.5.2011) ; BEZ 2011, N. 47 ; DC 2012 p. 26 N. 132	Effets d'éblouissement d'une installation photovoltaïque. Les réflexions des rayons du soleil peuvent constituer des atteintes au sens de l'art. 7 al. 1 LPE. Le droit de l'environnement ne connaît pas de règle pour déterminer quand et par quels moyens il sied de vérifier si de tels effets d'éblouissement se produisent vraiment.
24.	TA TG TVR 2011 N. 19 (27.4.2011) ; DC 2013 p. 281 s. N. 489	Installation photovoltaïque. Art. 18a LAT. Nécessité de procéder à une pondération des intérêts en présence pour chaque projet de construction. Prise en compte possible des intérêts relatifs aux monuments naturels et historiques. En l'espèce, ceux-ci ne sont pas prépondérants par rapport à l'intérêt privé et public à ériger l'installation énergétique.
25.	TC JU ADM 117/2010 ADM 118/2010 (8.2.2011) ; DC 2013 p. 202 N. 256	Un conseil communal donne mandat à titre gratuit à un développeur de parc éolien d'élaborer une étude en vue d'établir un plan spécial pour l'implantation d'éoliennes. Cette décision ne constitue pas un marché public, dès lors que l'élément de la rémunération fait défaut.
26.	TC FR 602 2010-56, (26.1.2011) ; RDAF 2011 I p. 78 ss ; DC 2012 p. 163 N. 311	1. A défaut d'indication expresse, les prescriptions relatives à la hauteur des constructions sont inapplicables aux éoliennes individuelles. 2. Par le biais de la clause d'esthétique, il est possible de refuser un permis de construire à une éolienne privée dont l'implantation porte atteinte à l'environnement bâti ou au paysage.
27.	TF 1C_391/2010 (19.1.2011) ; DEP 2011 p. 203 ss ; DC 2011 p. 161 N. 295	Les cellules solaires et les capteurs thermiques isolés, installés à même le sol à côté d'un mayen et n'ayant pas de lien physique avec le bâtiment principal, ne peuvent pas être autorisés en l'espèce.
28.	TC JU ADM 72/2010 (16.12.2010) ; RJJ 2010 p. 321 ; DC 2012 p. 24 N. 119	1. Autorisation de construire des capteurs solaires photovoltaïques sur le toit d'un immeuble dans une localité sise en zone de protection A de l'Inventaire fédéral des sites construits à protéger (ISOS). 2. Il n'est pas interdit de modifier un projet au stade du recours, sans effectuer une nouvelle publication, si cette modi-

		<p>fication permet une meilleure intégration au site. En l'espèce cependant, la pose de panneaux solaires engendrerait une atteinte significative au patrimoine au sens de l'art. 18a LAT, que l'intérêt privé des requérants ne saurait justifier.</p>
29.	<p>TA LU V 10 267 (4.8.2011) ; LGVE 2011 II N. 10 ; DC 2012 p. 168 N. 258</p>	<p>Principe d'égalité de traitement entre les propriétaires fonciers. Zones constructibles. Bonus Minergie de 5 %.</p>
30.	<p>Baurekursgericht ZH (1.7.2010) ; BEZ 2010 N. 50 ; DC 2011 p. 34 s. N. 126</p>	<p>Bâtiments avec locaux sensibles au bruit. Valeurs limites d'immission dépassées. Les prescriptions Minergie ne constituent pas des mesures appropriées pour faire respecter les valeurs limites d'immission.</p>
31.	<p>TF 1C_437/2009 (16.6.2010) ; ZBl 2011 p. 209 ; DC 2011 p. 158 N. 264</p>	<p>Implantation d'une installation de biogaz. Pondération des intérêts en présence nécessaire de manière étendue. Doivent être pris en considération : la nécessité de l'emplacement prévu, l'intérêt public que représente l'édification de l'installation, la distance jusqu'à la prochaine zone à bâtir, les autres emplacements possibles. Les intérêts relatifs à la protection de l'environnement doivent aussi être pris en compte.</p>
32.	<p>Standeskommissionsbeschluss AI (5.1.2010) ; GBAI 2010 p. 1 (annexe) ; DC 2012 p. 27 N. 138</p>	<p>La pose d'une sonde géothermique pour exploiter une pompe à chaleur exige une autorisation de construire cantonale quand la parcelle se situe à un endroit où le forage peut représenter un danger particulier pour les eaux superficielles et souterraines.</p>
33.	<p>TA TI (8.9.2009) ; RtiD I 2010 p. 263 ; DC 2010 p. 147 N. 287</p>	<p>L'obligation d'installer une pompe à chaleur à l'intérieur du bâtiment peut s'imposer si l'état de la technique et les conditions d'exploitation le permettent et pour autant que cela soit économiquement supportable.</p>
34.	<p>TF 2C_847/2008 (8.9.2009) ; DEP 2010 p. 106 ss ; DC 2010 p. 153 N. 328</p>	<p>Si l'on renonce à un calcul schématique des taxes de raccordement au réseau d'évacuation des eaux usées pour les maisons Minergie et passives, il sied de procéder de même pour les bâtiments équipés d'un système de chauffage particulier (énergie solaire, géothermie et autres). Réductions de taxes de 20 ou 60 % pour les maisons Minergie et les maisons passives contraires au principe de l'égalité de traitement.</p>

35.	BRKE I ZH N. 0198/2009 (7.8.2009) ; BEZ 2009 N. 66 ; DC 2010 p. 140 N. 216	En tant qu'équipement qui sert à exploiter un restaurant à l'extérieur, les parasols chauffants doivent obtenir une autorisation.
36.	TF 1C_506/2008 (12.5.2009) ; DEP 2009 p. 541 ; DC 2010 p. 29 N. 97	Emissions sonores d'une pompe à chaleur. Obligation de respecter cumulativement les valeurs limites de planification et la limitation préventive des émissions. Dans ce contexte, plusieurs mesures de protection contre le bruit peuvent se cumuler.
37.	TF 1C_270/2008 (6.2.2009) ; PBG- aktuell 2/2009 p. 29 ss ; DC 2009 p. 129 N. 298	Les autorités doivent tenir compte du principe de proportionnalité et ne peuvent en l'espèce pas requérir la remise en état complète de la construction édifée sans autorisation (isolation d'une façade d'une maison sise en zone de centre), notamment pour des raisons d'économie énergétique.
38.	TA LU V 08 377 (5.2.2009) ; LGVE 2009 II N. 11 ; DC 2011 p. 25 N. 36	Une sonde géothermique nécessite une autorisation lorsqu'elle fait partie du chauffage et ainsi du projet de construction.
39.	TC JU ADM 4/07 (4.10.2007)	Plan d'aménagement local prévoyant des secteurs d'implantation d'éoliennes situés partiellement dans un périmètre de protection du paysage. Il existe un intérêt public à installer trois éoliennes de cent mètres de hauteur qui permettent d'approvisionner en électricité près de 10 % des ménages du canton. Examen de l'impact des éoliennes sur le paysage.
40.	Departement Bau und Umwelt AR (3.9.2007) ; GVP-AR 2007 p. 10 ss N. 1450 ; DC 2009 p. 129 N. 303	L'art. 11 al. 2 et 3 LPE ne permet pas de fixer des limites d'émissions plus sévères lorsque le producteur d'un chauffage à copeau de bois garantit que celui-ci respecte les limites (préventives) de l'OPair, à moins que l'installation ne cause des immissions excessives.
41.	TF 1A.198/2006 (16.8.2007) ; DEP 2008 p. 37 ss ; DC 2008 p. 142 N. 268	Le détenteur d'une usine d'incinération des ordures ménagères doit la construire et l'exploiter de manière à utiliser la chaleur produite au cours de l'incinération. Pour ce faire, les modalités d'utilisation de la chaleur doivent être considérées dans leur ensemble.

42.	ATF 132 I 282 (18.10.2006) ; DC 2007 p. 136 N. 350	Dans la mesure où il s'agit d'assurer la sécurité de l'approvisionnement, une distribution et une utilisation de l'énergie fondées sur les principes d'économie, le développement prioritaire des énergies renouvelables et le respect de l'environnement, l'initiative respecte les objectifs constitutionnels et n'est pas contraire au droit supérieur.
43.	ATF 132 II 408 (31.8.2006) ; RDAF 2008 I p. 338 ; DEP 2006 p. 873 ss ; DC 2007 p. 15 N. 14	Parc éolien du Crêt-Meuron. Qualité pour recourir des voisins. Il appartient au seul droit cantonal de régler les conditions d'autorisation pour une installation de production d'énergie éolienne. Au demeurant, l'utilisation du vent n'est pas soumise à l'exigence d'une concession.
44.	TC NE TA.2005.343 (10.4.2006) ; RDAF 2007 I p. 83 ; DC 2007 p. 134 N. 332	Constitue une décision sujette à recours – et non pas un simple renseignement – la communication par laquelle l'Etat indique que l'aggravation de sa situation financière ne lui permet pas de verser la subvention demandée (pour la construction de deux bâtiments conformes aux exigences du label Minergie).
45.	TA SO VWBES.2005.323 (6.4.2006) ; SOG 2006 p. 118 ; DC 2008 p. 24 s. N. 75	Selon l'expertise officielle, la centrale électrique à bois annexée au centre de transformation produit de l'énergie qui remplace le mazout.
46.	TC ZG V 2004/108 (26.4.2005)	Changement d'affectation d'une tour de collimation d'une ancienne place d'armes en éolienne.
47.	TC VD AC.2004.0234 (16.12.2005) ; RDAF 2006 I p. 202 s. ; RDAF 2008 I p. 326	Procédure de défrichement : implantation d'éoliennes sur un pâturage boisé.
48.	Direction des travaux publics, des trans- ports et de l'énergie BE RA N. 140/ 2002/14009 (30.7.2003) ; JAB 2004 p. 521 ss ; DC 2005 p. 37 N. 141	La construction d'une pompe à chaleur géothermique ne nécessite pas d'autorisation. Octroi d'une concession en l'espèce ; pas de danger pour l'eau potable ni la nappe phréatique.

49.	Décision du Département de la gestion et du territoire en la cause R. (NE) (12.06.02) ; RJN 2002 p. 329 ss ; DC 2004 p. 19 s. N. 51	Le projet porte sur la construction de sept éoliennes réparties en deux parcs. En présence d'immissions de nature purement idéale ou « immatérielle », les conditions de la qualité pour s'opposer doivent être examinées de manière plus stricte que pour les immissions dites « matérielles ».
-----	---	--

VI. Quelques références de doctrine

- Jürg BALLY, Revision des CO₂-Gesetzes, *in* DEP 2010 p. 848 ss.
- Christian BOCK, Metrologische Aspekte der öffentlichen Beschaffung von Versorgungszählern, *in* DC 2013 p. 248 ss.
- Cléa BOUCHAT, L'effet suspensif en procédure administrative, thèse Lausanne, Bâle 2014.
- Andreas BRUNNER, Die technische Baunormen, *in* Baurechtstagungen 1993 II, p. 20 ss.
- Curdin CONRAD, Die umweltrechtlichen Regelungsbereiche bei der Nutzung des Untergrunds, *in* DEP 2014 p. 396 ss.
- Jacques DUBEY, Espace - Temps - Propriété. Définition et restriction de la propriété privée du sol à l'heure du développement durable et de l'aménagement du territoire, thèse d'habilitation Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2012.
- Raphaël EGGS, Chantier et expropriation temporaire : les contours du dommage, *in* DC 2014 p. 271 ss.
- Anne-Christine FAVRE, Assainissement d'immeubles destinés au séjour de personnes et mise en conformité au regard de la législation environnementale, *in* Les rénovations d'immeubles (Bénédict FOËX, éd.), Genève 2012, p. 89 ss.
- Thomas FLEINER-GERSTER, Die Delegation als Problem des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, thèse, Fribourg 1972.
- Regina FÜEG, Brandschutzvorschriften der VKF : Private Regeln oder unmittelbar anwendbarer Erlass eines interkantonalen Organs ?, *in* DC 2013 p. 70 ss.
- Emmanuelle GAIDE, Valérie DÉFAGO GAUDIN, La LDTR. Démolition, transformation, rénovation, changement d'affectation et aliénation immeubles de logements et appartements, Berne 2014.
- George M. GANZ, Nachhaltigkeit : eine Herausforderung auch für Bauwirtschaft und Baugewerbe, *in* PBG-aktuell 2/2003 p. 5 ss.
- Gregor GEISSER, Installation einer Solaranlage in einer Schutzzone, *in* PBG-aktuell 1/2014 p. 24 ss.
- Christoph GMÜR, Möglichkeiten und Grenzen von Energievorschriften für Gebäude, *in* DEP 2012 p. 828 ss.
- Jean GOTTESMANN, Rechtliche Probleme der Erschliessung, Gewinnung und Nutzung der Erdwärme, Thèse, Zurich 1985.
- Claudia GUGGISBERG, Die Planung von Standorten zur Nutzung erneuerbarer Energien, *in* DEP 2012 p. 755 ss.

- Jean-Michel HENNY, *L'énergie renouvelable est-elle un produit agricole ? Que peut-on faire dans la zone agricole ?*, in *Communications de droit agraire* 2014 p. 3 ss.
- Stephanie HRUBESCH-MILLAUER, *Die sachenrechtliche Einordnung von (gebäudeintegrierten und additiven) Solarenergieanlagen*, in *PJA* 2015 p. 351 ss.
- Bettina HÜRLIMANN-KAUP, Diana OSWALD, *Die Fotovoltaikdienstbarkeit – ausgewählte sachenrechtliche Fragen*, in *RJB* 2014 p. 679 ss.
- Christoph JAEGER, *Installations solaires : un premier commentaire du nouvel art. 18a LAT*, in *Territoire & Environnement* 6/2014 p. 2 ss.
- Eloi JEANNERAT, *La limitation des éoliennes au niveau cantonal et communal*, in *Jusletter* du 23 avril 2012.
- Martin LENDI, *Bundesbaugesetz -- eine Notwendigkeit*, in *RSJ* 2001 p. 189 ss.
- Alexandra MÄRKLI, *Energieproduktion aus Biomasse : Stolpersteine in der Planung und Realisierung plus*, in *DEP* 2010 p. 57 ss.
- Blaise MATTHEY, *Droit et énergies nouvelles*, Lausanne 1986.
- René PAHUD DE MORTANGES, Raimund SÜESS, *Nein zu Solarpanels auf den Dächern von Walliser Kirchen – eine juristische Einschätzung*, in *DC* 2013 p. 97 s.
- Pascal PICHONNAZ, Jean-Baptiste ZUFFEREY, *Les normes de la construction : un état des lieux*, in *Journées suisses du droit de la construction* 2005, p. 1 ss.
- Christophe PIGUET, Alexandre DYENS, *Analyse critique de l'art. 18a LAT révisé : genèse, conditions d'application et portée*, in *RDAF* 2014 I p. 499 ss.
- Davide PINELLI, *Rechtliche Rahmenbedingungen erneuerbarer Energien im Lichte der Nachhaltigen Entwicklung. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der kostendeckenden Einspeisevergütung für Strom aus erneuerbaren Energien gemäss Art. 7a Energiegesetz (EnG) vom 26. Juni 1998*, thèse, Zurich 2014.
- Rudolf RECHSTEINER, *Wie kann der Gesetzgeber die Rahmenbedingungen für erneuerbare Energien verbessern ?*, in *DEP* 2012 p. 770 ss.
- Reto M. RIGASSI, *Windenergie : Umweltgerecht, aber nicht unbestritten*, in *DEP* 2010 p. 45 ss.
- Isabelle ROMY, *Construction et développement durable. Aspects choisis en matière de protection contre le radon, le risque sismique et l'amiante ainsi que de mesures d'économie d'énergie*, in *Journées du droit de la construction* 2011, p. 155 ss.
- Stephan SCHEIDEGGER, *Teilrevision des Raumplanungsgesetzes (RPG) – Neue Möglichkeiten für Paralandwirtschaft und Energieproduktion*, in *Communications de droit agraire* 2007 p. 213 ss.

- Claudia SCHNEIDER HEUSI, Katharina BOSSERT, Blendwirkung von Solaranlagen – Besprechung des Bundesgerichtsentscheids 1C_177/2011 vom 9. Februar 2012, *PBG-aktuell* 3/2012 p. 47 ss.
- Jörg SCHMID, Marlène BERNARDI, Auslegung eines Überbaurechts : Zulässigkeit einer Photovoltaikanlage als Dachgestaltung, *in* DC 2013 p. 127 s.
- Fridolin STÖRI, Energie sparen beim Umbauen, *in* *PBG-aktuell* 4/2008 p. 5 ss.
- Luc THÉVENOZ, Pas d'autoréglementation sans consultation, *in* *De lege ferenda. Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Prof. Alain Hirsch (Héritier LACHAT, Laurent HIRSCH, éd.)*, Genève 2004, p. 300 ss.
- Felix UHLMANN, Le droit étatique peut-il renvoyer à l'application de normes privées ?, *in* *Plaidoyer* 2/15 p. 9.
- Felix UHLMANN (éd.), *Private Normen und staatliches Recht*, Zurich, St-Gall 2015.
- René WIEDERKEHR, Andreas ABEGG, Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Nutzung des tiefen Untergrundes durch Geothermie. Regelungskompetenz, Nutzungsart, Planungspflicht und Bewilligungen nach Bundesrecht, *in* *ZBI* 2014 p. 639 ss.
- Jean-Baptiste ZUFFEREY, Les nouveautés en « régulation » des marchés publics et les tendances, *in* *Marchés publics 2014* (Jean-Bapiste ZUFFEREY, Hubert STÖCKLI, éd.), Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 57 ss.
- Jean-Baptiste ZUFFEREY, Eoliennes : mesures économiquement supportables de protection contre le bruit, *in* DC 2013 p. 63 s.
- Jean-Baptiste ZUFFEREY, Le bonus d'indice en cas de label énergétique : une mise en œuvre difficile, *in* DC 2013 p. 301 ss.
- Jean-Baptiste ZUFFEREY, Libre circulation des constructions ? Contribution à l'unification des réglementations cantonales et à la simplification des procédures d'autorisation, *in* DC 2008 p. 48 ss.
- Jean-Baptiste ZUFFEREY, Matthieu CARREL, Grandes installations de production d'énergie renouvelable (éoliennes) : Propositions pour accroître l'efficacité des procédures de construction, *in* DC 2012 p. 156 ss.

La coordination des intérêts divergents

ERIC BRANDT

*Juge à la Cour de droit administratif et public du
Tribunal cantonal du canton de Vaud*

I. Introduction

La pesée des intérêts joue un rôle essentiel en droit public et fait partie intégrante du raisonnement juridique dans les décisions que les tribunaux sont appelés à rendre. Elle se distingue du syllogisme judiciaire et de la subsumption par la multiplicité des données à prendre en considération dans les décisions touchant notamment l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement au sens large, qui comprend la protection des eaux, des forêts, de la nature et du paysage etc.

II. La notion d'intérêts divergents

La notion d'intérêts divergents a évolué avec le temps. A l'origine, la jurisprudence opposait l'intérêt public à l'intérêt privé dans les litiges concernant l'admissibilité des restrictions aux droits fondamentaux¹. Par la suite, il s'est avéré que tant les intérêts publics que les intérêts privés pouvaient être opposés entre eux, de sorte que la pesée des intérêts s'est enrichie pour atteindre un niveau plus élaboré. Les intérêts divergents sont ainsi devenus à la fois des intérêts publics qui s'opposent entre eux et des intérêts privés qui s'opposent à des intérêts publics ou à d'autres intérêts privés contraires².

C'est avec les premiers arrêts du Tribunal fédéral rendus en application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1980, en particulier avec les arrêts concernant les litiges sur

¹ Pour des exemples historiques d'intérêt public justifiant des restrictions à la garantie de la propriété, voir JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. II, Neuchâtel 1967, p. 761 n° 2183 à 2186.

² Pour un cas complexe de pesée d'intérêts divergents voir l'arrêt CDAP AC.2008.0130 du 28 décembre 2012, consid. 4c.

la délimitation des zones à bâtir, que la notion de pesée générale des intérêts en présence a pris de l'ampleur.

L'article 15 LAT régit la délimitation des zones à bâtir. Cette disposition prévoyait à l'origine, dans sa version adoptée le 22 juin 1979, que les zones à bâtir comprennent les terrains propres à la construction et qui sont largement bâtis (let. a) ou probablement nécessaires à la construction dans les quinze ans à venir et seront équipés dans ce laps de temps (let. b).

La notion de terrain largement bâti (let. a) peut être clairement définie et a été précisée par la jurisprudence³. En revanche, il était nécessaire d'interpréter les termes « probablement nécessaire à la construction dans les quinze ans à venir » (let. b). Fallait-il simplement tenir compte de la demande en terrains à bâtir selon les lois du marché, de l'offre et de la demande, ou une autre démarche était-elle nécessaire ?

Le Tribunal fédéral a retenu cette seconde hypothèse, en jugeant que la demande privée ne suffisait pas à justifier l'extension de zones à bâtir⁴. Une planification orientée uniquement selon le critère du besoin était contraire à l'objectif principal visé par la loi fédérale, consistant à veiller à une utilisation mesurée du sol au sens de l'article 1^{er} alinéa 1 LAT. Les zones à bâtir ne pouvaient continuellement s'agrandir en fonction des besoins et dans l'intérêt des propriétaires, au détriment des autres intérêts, même si leur intérêt devait aussi être pris en compte⁵. Il fallait donc procéder à « une pesée de l'ensemble des intérêts en présence »⁶.

³ Selon la jurisprudence, le terrain largement bâti au sens de l'article 15 lettre a LAT comprend un territoire construit de manière regroupée avec ses brèches dans la continuité du tissu bâti (Baulücken) (ATF 119 Ib 136 consid. 4b). Il doit appartenir de manière cohérente au milieu bâti et en partager les qualités (ATF 117 Ia 437). En revanche, les parties de territoire situées à la périphérie, même partiellement bâties, ainsi que les périmètres non construits qui ont une fonction autonome par rapport à l'environnement construit ne peuvent pas être considérés comme des terrains largement bâtis. De même, les brèches importantes dans le milieu bâti, qui servent à l'aération du tissu urbain ainsi qu'à la création d'aires de déassement ne font pas partie du milieu déjà largement bâti (ATF 121 II 424 consid. 5a). Ainsi, pour qualifier un terrain de largement bâti, l'on doit se trouver en présence d'un groupement de constructions formant un noyau (ATF 116 Ia 335 consid. 4a p. 337), soit un milieu bâti de manière compacte comportant des accès et des infrastructures, comprenant également des surfaces non bâties, formant des brèches dans le tissu bâti ; mais il doit s'agir de surfaces de peu d'importance par rapport à l'étendue du milieu bâti dans lequel elles s'insèrent (ATF 122 II 462 consid. 6a).

⁴ ATF 116 Ia 339 consid. 3b/aa p.341-342 ; 114 Ia 364 consid. 4 p. 368 à 370.

⁵ ATF 114 Ia 364 consid. 4 p. 370.

⁶ ATF 117 Ia 434 consid. 3f p. 438 – 439 ; 116 Ia 221 consid. 3b p. 230 à 233. Le Tribunal fédéral a clairement précisé que l'article 15 LAT n'était pas le seul élément déterminant et que les mesures de planification étaient conformes à la Constitution que si l'autorité prend en considération, à côté des critères de l'article 15 LAT, les autres exigences déterminantes pour la résolution du cas, car l'aménagement du territoire n'avait pas pour seul but d'assurer la réalisation d'un milieu bâti harmonieusement aménagé et le maintien de surfaces cultivables suffisantes, mais devait se mettre au service d'autres intérêts publics mentionnés aux articles 1er, 2 alinéa 1^{er} et 3 LAT (ATF 113 Ia 457 consid. 5a p 461-462).

La pesée des intérêts requise par la jurisprudence est en rapport avec la question de la *parité de rang des normes constitutionnelles*. L'étendue de la garantie de la propriété foncière est déterminée non seulement par le droit privé, mais encore par l'ordre constitutionnel et par le droit public édicté sur la base de la Constitution, considéré comme un tout. La propriété n'est donc pas garantie de façon illimitée mais seulement dans les limites tracées par l'ordre juridique dans l'intérêt public. Il faut notamment respecter les exigences du maintien de l'aire forestière (art. 77 Cst.), de la protection des eaux (art. 76 Cst.), de la protection de l'environnement (art. 74 Cst.), ainsi que ceux de l'aménagement du territoire (art. 75 Cst.) et de la politique énergétique de la Confédération (art. 89 Cst.). Les intérêts publics importants, dont ces normes constitutionnelles exigent la sauvegarde, sont de même niveau que la garantie de la propriété⁷. Elles sont aussi de même niveau entre elles.

La garantie de la propriété n'empêche donc pas le législateur d'organiser objectivement la propriété dans le cadre des besoins de la communauté. Toutefois, il doit alors sauvegarder la valeur essentielle de la propriété, source de liberté, qui ne doit pas être comprise comme complément statique, mais qui reste sujette à des développements futurs de la part du juge constitutionnel. Ainsi, pour décider si des mesures restrictives de propriété découlant de l'aménagement du territoire et de l'environnement sont admissibles, il faut comparer les intérêts en cause avec ceux de la garantie de la propriété⁸.

Le raisonnement de la comparaison des intérêts publics d'ordre constitutionnel avec la garantie de la propriété sert de base à l'ensemble du concept de pesée des intérêts ou de coordination d'intérêts divergents. Les intérêts publics des différentes normes constitutionnelles mentionnées ci-dessus, (art. 74, 75, 76, 77, 78 et 89 Cst.⁹), sont de même niveau. Il n'y a pas de prééminence de l'un par rapport aux autres. Ces normes ont la même légitimité démocratique (art. 140 al. 1 let. a Cst.). L'adoption de chacune de ces normes a donné lieu à des votations qui ont suscité des débats, des prises de positions, des confrontations d'avis opposés et qui ont finalement abouti à une acceptation par le peuple et les cantons. Elles ont chacune leur propre valeur, qui impose la prise en considération des intérêts qu'elles défendent.

Et ces intérêts sont aussi de même niveau que ceux de l'économie privée, qui résultent de la garantie de la propriété (art. 26 Cst.), de la liberté économique (art. 27 Cst.) ainsi que ceux relatifs à la sauvegarde des intérêts de

⁷ ATF 105 Ia 330 consid. 3c p. 336.

⁸ ATF précité 105 Ia 330 consid. 3c p. 336.

⁹ Intérêts de la protection de l'environnement (art. 74 Cst.), de l'aménagement du territoire (art. 75 Cst.), de la protection des eaux (art. 76 Cst.), du maintien de l'aire forestière (art. 77 Cst.), ainsi que ceux de la politique énergétique de la Confédération (art. 89 Cst.).

l'économie nationale (art. 94 Cst.). Ces intérêts d'ordre constitutionnel entrent également en ligne de compte dans la pesée des intérêts.

On a vu que la notion de la pesée des intérêts découle largement de la jurisprudence fédérale sur la délimitation des zones à bâtir et sur l'application de l'article 15 LAT. Cette disposition a été modifiée récemment. Le nouvel article 15 LAT, entré en vigueur le 1^{er} mai 2014, reprend la règle du besoin prévisible dans les 15 ans à venir (al. 1) en ajoutant néanmoins ce qui suit : les zones à bâtir surdimensionnées doivent être réduites (al. 2), une coordination au-delà de l'échelle communale est nécessaire (al. 3) et les conditions requises pour la création d'une nouvelle zone à bâtir sont précisées (al. 4)¹⁰. Mais l'ensemble de ces règles et principes résultait déjà de la jurisprudence relative à l'ancien article 15 LAT.

Pour le nouvel alinéa 2 (zones à bâtir surdimensionnées), la jurisprudence avait confirmé depuis longtemps et à de nombreuses reprises qu'il existait un intérêt public important à réduire les zones à bâtir surdimensionnées¹¹ ; il en va de même pour l'alinéa 3 (coordination au-delà des frontières communales)¹² puisque le Tribunal fédéral avait déjà précisé que : « *le développement des constructions dans une commune dépend également de l'offre de terrains à bâtir dans les communes voisines et donc de facteurs régionaux* »¹³. En ce qui concerne les conditions d'un classement de nouveaux terrains en zone à bâtir précisées à l'alinéa 4, l'exigence d'un terrain propre à la construction (let. a) a été reprise de l'ancien article 15 alinéa 1 LAT. La prise en compte de toutes les possibilités d'utilisation des zones à bâtir réservées (let. b) résultait déjà de la jurisprudence¹⁴, tout comme la nécessité de ne pas morceler les terres cultivables (let. c)¹⁵ ; il en allait de même en ce qui concerne la mise en œuvre du plan di-

¹⁰ Le nouvel alinéa 4 de l'article 15 LAT prévoit que de nouveaux terrains peuvent être classés en zone à bâtir si :

« a) ils sont propres à la construction ;

b) ils seront probablement nécessaires à la construction dans les quinze prochaines années même si toutes les possibilités d'utilisation des zones à bâtir réservées ont été épuisées et ils seront équipés et construits à cette échéance ;

c) les terres cultivables ne sont pas morcelées ;

d) leur disponibilité est garantie sur le plan juridique ;

e) ils permettent de mettre en œuvre le plan directeur. »

¹¹ ATF 103 Ia 253 consid. 2b ; 107 Ib 335 consid. 2b ; 107 Ia 242 consid. 3a ; 111 Ia 22 consid. 2d ; 114 Ia 254 consid. 3e p. 255 ; 114 Ia 364 consid. 4 p. 368-370 ; 115 Ia 397 consid. 4 ; 116 Ia 221 ; 116 Ia 236 ; 117 Ia 434 consid. 3.

¹² ATF 118 Ia 151 consid. 4d p.158 ; 115 Ia 360 consid 3f/bb ; voir aussi RDAF 1999, 392 consid. 3d et 4 b/aa.

¹³ ATF 117 Ia 430 consid. 4b p. 432.

¹⁴ ATF 118 Ia 151 consid. 4d p. 158 et ATF 116 Ia 328 consid. 4b et 4c p. 331, qui imposent de tenir compte dans le calcul de capacité des terrains qui font l'objet de thésaurisation au même titre que les biens fonds disponibles.

¹⁵ ATF 117 Ia 302 consid. 4 p. 306-310.

recteur cantonal (let. e)¹⁶ ; les plans d'affectation doivent en effet de toute manière être conformes au plan directeur cantonal¹⁷.

La seule condition nouvelle qui ne ressortait pas déjà de la jurisprudence est celle de l'exigence d'une disponibilité garantie sur le plan juridique (let. d).

Il ressort de cet examen que le nouvel article 15 LAT ne modifie pas le droit matériel applicable à la délimitation des zones à bâtir, tel qu'il était précisé par la jurisprudence ; cette nouvelle disposition ne fait en définitive que de codifier des principes déjà acquis et appliqués par la jurisprudence du Tribunal fédéral, sous la seule réserve de la condition concernant la disponibilité ; mais cette condition ne touche pas vraiment les critères matériels de délimitation de la zone à bâtir et concerne seulement les conditions de mise en œuvre (voir l'article 15a LAT).

Ainsi, on peut dire que la jurisprudence fédérale concernant la pesée de l'ensemble des intérêts à prendre en considération pour la délimitation des zones à bâtir reste applicable. Le maintien de l'art. 3 de l'ordonnance sur l'aménagement du territoire du 28 juin 2000 après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de la LAT le 1^{er} mai 2014, qui codifie en quelque sorte la jurisprudence sur la pesée des intérêts, confirme que cette jurisprudence conserve toute sa pertinence avec les nouvelles dispositions révisées de la LAT.

Cette question est importante car les installations liées à la mise en œuvre de la politique énergétique de la Confédération nécessitent la délimitation de zones à bâtir spécifiques, comme pour les parcs éoliens¹⁸ ou les usines hydroélectriques ou encore les installations d'incinération des déchets avec système de récupération de l'énergie pour la production d'électricité ou de chaleur pour le chauffage à distance¹⁹. La création de ces nouvelles zones doivent donc respecter les critères de l'article 15 LAT ou ceux des autres zones prévues par le canton selon l'article 18 alinéa 1 LAT, qui impliquent la pesée complète des intérêts requise par la jurisprudence.

Dans cette pesée des intérêts, on se rappelle que la norme constitutionnelle sur la politique énergétique n'a donc pas en elle-même un poids prépondérant sur les normes concernant l'aménagement du territoire, la protection de la nature et du paysage ou encore la protection de l'environnement. En outre, par définition, la politique énergétique du pays est soumise à des variations et des fluctuations en fonction du développement des connaissances scientifiques et techniques, ainsi que des expériences faites dans le pays ou à l'étranger, et des

¹⁶ ATF 117 Ia 434 consid. 3d p. 437 ; RDAF 1999, 392 consid. 3c.

¹⁷ Art. 26 al. 2 LAT.

¹⁸ ATF 1C_33/2011 du 12 juillet 2011.

¹⁹ ATF 1A_169/2000 du 10 octobre 2000.

aspects économiques. Ces différents éléments donnent à la notion de « politique énergétique » un élément dynamique qui en fait un intérêt en constante évolution.

III. Principes de l'obligation de planifier et de coordination

Le principe de coordination est une création jurisprudentielle, intervenue en 1990²⁰ après l'entrée en vigueur de l'ordonnance relative à l'étude de l'impact sur l'environnement du 19 octobre 1988 (OEIE), le 1^{er} janvier 1989, et dont le Tribunal fédéral s'est inspiré.

L'arrêt de principe concerne le projet de décharge de « *Chrüzlen* » sur le territoire de la *commune d'Egg* dans le canton de Zurich. Une entreprise a demandé au Département cantonal des travaux publics les autorisations spéciales pour la création et l'exploitation de la décharge, requises par la législation sur la protection de l'environnement et sur la protection des eaux. Le projet a été mis à l'enquête publique avec une étude d'impact sur l'environnement ; les autorisations ont été délivrées en fixant les conditions et charges conformes aux exigences requises. Le Conseil d'Etat du canton de Zurich a rejeté les recours formés par les opposants au projet de décharge. Parallèlement à ces démarches, l'entreprise a demandé aux communes concernées un permis de construire ainsi que l'autorisation spéciale prévue par l'article 24 LAT pour les constructions hors des zones à bâtir. Le permis de construire et l'autorisation hors zone ont été délivrés et les opposants ont contesté ces décisions auprès de la Commission cantonale de recours en matière de construction.

La décision du Conseil d'Etat rejetant les recours formés contre les autorisations spéciales prévues par les lois sur la protection des eaux et sur la protection de l'environnement a été attaquée au Tribunal fédéral, alors que le recours contre le permis de construire était toujours pendant devant la Commission de recours. L'arrêt du Tribunal fédéral (ATF 116 Ib 50 ss) pose les principes suivants :

A. Obligation de planification

Le mandat constitutionnel de l'article 75 Cst. charge les cantons d'établir des plans d'aménagement en vue d'assurer une utilisation judicieuse et mesurée du sol ainsi qu'une occupation rationnelle du territoire. La LAT prévoit à cet effet les plans directeurs, les plans d'affectation et la procédure d'autorisation de construire. Ces instruments de planification ont un rapport étroit entre eux

²⁰ ATF 116 Ib 50 ss du 14 mars 1990.

et ils doivent former un tout judiciaire au sein duquel chaque élément remplit une fonction spécifique.

Les plans d'affectation sont élaborés dans une procédure assurant la protection juridique des intéressés (art. 33 LAT) et la participation de la population (art. 4 LAT). Ils présentent un caractère contraignant pour les particuliers (art. 21 al. 1 LAT) après pesée et harmonisation de l'ensemble des intérêts en présence (art. 1 al. 1, 2 al. 1 et 3 LAT) et selon les indications des plans directeurs (art. 6 ss et 26 al. 2 LAT).

La procédure de permis de construire sert à vérifier si les constructions et installations sont conformes aux plans d'affectation (art. 22 LAT) ; elle vise à assurer la réalisation du plan de cas en cas, mais ne doit pas créer des mesures de planification indépendantes. Cette procédure ne dispose pas de l'instrument matériel nécessaire et n'est pas apte, sous l'angle de la protection juridique et de la participation de la population, ainsi que la pesée générale des intérêts, à compléter ou modifier le plan d'affectation.

Les constructions et installations hors zone à bâtir et non conformes à la destination de la zone qui, en raison de leur nature, ne peuvent être appréciées de façon adéquate que dans une procédure de planification, ne peuvent faire l'objet d'une dérogation selon l'article 24 LAT. Pour savoir quand un projet non conforme à la destination de la zone est, en raison de ses dimensions et de ses répercussions sur l'aménagement du territoire, si important qu'il ne peut être autorisé qu'après une modification du plan d'affectation ou l'adoption d'un tel plan, il faut prendre en considération l'obligation d'établir de tels plans (art. 2 LAT), les buts et principes de l'aménagement du territoire (art. 1^{er} et 3 LAT), le plan directeur cantonal (art. 6 ss LAT) ainsi que l'importance du projet à la lumière des règles de procédure fixées par la LAT²¹.

Le Tribunal fédéral a constaté que le projet de décharge de Chrüzelen, situé hors zone et non conforme à la destination de la zone, était une décharge régionale importante, d'une capacité de 400'000 à 500'000 m³, destinée à être utilisée pendant une vingtaine d'années avec un trafic de l'ordre d'une centaine de poids lourds par jour, soit une augmentation de 50 camions par rapport à l'ancienne décharge. La végétation devait en outre être supprimée pendant cette période sur une surface s'étendant progressivement à 11'000 m².

Sur la base de ces caractéristiques, le Tribunal fédéral a considéré que même si la décharge régionale était prévue par le plan directeur cantonal, il

²¹ Ce principe a été repris dans les ATF 133 II 181 consid. 5.2.1 p. 196 ; 129 II 63 consid. 2.1 p. 65 ; 120 Ib 207 consid. 5 p. 212 ; 119 Ib 439 consid. 4 p. 444 ; voir aussi les ATF 1C_892/2013 du 1^{er} avril 2015 consid. 2.1 ; 1C_307/2010 du 7 décembre 2010 consid. 2 ; 1C_304/2008 du 30 avril 2009 consid. 4.1.

était nécessaire d'établir un plan d'affectation spécial, de préférence un plan d'affectation cantonal. Seule la procédure du plan d'affectation permettait de procéder à la pesée complète de tous les intérêts en présence, car c'est là, la caractéristique de l'organisation du territoire (art. 1^{er} al. 1^{er} LAT) et la tâche spécifique d'un plan d'aménagement (art. 2 al. 1 LAT). La procédure du plan d'affectation permet en effet d'arrêter la décision sur le choix de l'implantation et de l'affectation en fonction des principes déterminants en matière de protection de l'environnement et de prendre en considération le principe de prévention²².

On peut donc déduire de cette jurisprudence les principes suivants concernant l'obligation de planification :

- La pesée des intérêts est l'une des caractéristiques essentielles et une des tâches centrales de l'aménagement du territoire.
- La procédure du plan d'affectation est particulièrement appropriée pour assurer une pesée complète de tous les intérêts en présence, car elle comporte notamment les décisions sur le choix de l'implantation selon les critères de l'utilisation judicieuse du sol et l'occupation rationnelle du territoire, sur les mesures de protection contre les atteintes nuisibles ou incommodantes, ainsi que sur les mesures préventives de protection de l'environnement²³. L'un des buts essentiels du plan d'affectation est donc d'assurer cette pesée complète des intérêts pour définir le mode d'utilisation du sol en fonction du résultat de cette pesée.
- La procédure de demande de permis de construire, même celle relative aux autorisations exceptionnelles hors des zones à bâtir (art. 24 ss LAT), ne permet pas d'effectuer une pesée complète des intérêts en présence pour les projets d'une certaine importance.
- La procédure du plan directeur cantonal ne permet pas non plus d'effectuer la pesée complète des intérêts en présence, car elle n'est pas apte ni destinée à prendre en compte les intérêts privés des particuliers (art. 11 al. 2 LAT), et elle ne permet pas non plus d'apprécier la situation concrète avec l'évaluation des atteintes à l'environnement et les impacts réels sur les particuliers, la nature et l'environnement, ainsi que sur l'organisation du territoire.

²² ATF 116 Ib 50 consid. 3b p. 54-55 ; voir aussi, ERIC BRANDT/PIERRE MOOR, Commentaire LAT, éd. 1999 art. 18 n° 138.

²³ Sur les différents éléments à prendre en considération dans les plans d'affectation, voir ERIC BRANDT/PIERRE MOOR, Commentaire LAT, éd. 1999 art. 18 n° 138 à 145.

B. Principe de coordination

Dans cette affaire de la décharge de Chrüzelen, le Tribunal fédéral a critiqué le fait que le Département des travaux publics avait statué sans examiner la question de la protection contre le bruit et de la protection de l'air, dans l'idée que cet examen se ferait dans le cadre de la procédure communale de demande de permis de construire ; le département n'avait donc pas été en mesure d'effectuer une pesée complète des intérêts. En outre, deux autorités de recours distinctes traitaient chacune des aspects différents du même projet. La procédure cantonale qui prévoyait expressément ces deux voies de recours contre deux différents types d'autorisation, faisait obstacle à une appréciation d'ensemble du projet.

Face à cette situation, le Tribunal fédéral a posé le principe suivant : lorsque la réalisation d'un projet nécessite l'application de plusieurs dispositions de droit matériel, qui sont à ce point connexes qu'on ne peut les appliquer de façon séparée et indépendante, il faut assurer leur coordination²⁴. Le Tribunal fédéral a distingué ensuite la coordination matérielle de la coordination formelle. Les différentes autorités cantonales et communales coordonnent matériellement l'application du droit en première instance (coordination matérielle), puis, sur le plan procédural, agissent de manière à ce que les différentes décisions prises séparément puissent être attaquées ensemble par une même voie de recours (coordination formelle). Il a précisé que ces principes s'appliquaient aussi bien aux projets soumis à l'exigence d'une étude d'impact sur l'environnement qu'à ceux qui n'y étaient pas soumis²⁵. Cette jurisprudence a été confirmée à de nombreuses reprises²⁶.

On peut donc déduire de cette jurisprudence les principes suivants concernant le principe de coordination :

- Ce principe concerne essentiellement la procédure d'autorisation de construire au sens de l'article 22 LAT, y compris la procédure de permis de construire hors des zones à bâtir, qui implique l'autorisation exceptionnelle dérogatoire des articles 24 ss LAT.
- Il tend à une coordination matérielle entre des différentes autorités chargées de statuer chacune sur un des aspects du projet relevant de la législation qu'elles ont la charge d'appliquer et à une coordination

²⁴ ATF 116 Ib 50 consid. 4a p. 56-57.

²⁵ ATF 116 Ib 50 consid. 4b p. 57-58.

²⁶ ATF 123 II 88 consid. 2 p. 93, 499 consid. 2 p. 502 ; 122 II 81 consid. 6d p. 87 ; 121 II 72 consid. 1d p. 76 ; 120 Ib 207 consid. 6 p. 213 ; 119 Ib 174 consid. 4 p. 178, 179 consid. 2d p. 189 ; 118 Ib 381 consid. 3 p. 393 ss, 326 consid. 2 p. 331 ; 117 Ib 325 consid. 2b p. 329, 42 consid. 4 p. 48 ; 116 Ib 321 consid. 4 p. 327, 260 consid. 1b p. 263, 175 consid. 2c p. 181.

formelle permettant à l'autorité de recours de procéder à une appréciation d'ensemble du projet.

- Le principe de coordination ne concerne pas directement les plans d'affectation car la coordination intervient à ce stade par la pesée de l'ensemble des intérêts à prendre en considération (voir ci-dessus), qui est plus large que la seule coordination d'autorisations. Sont toutefois réservés les cas où une autorisation spéciale est nécessaire pour l'adoption du plan d'affectation, notamment pour les plans d'affectation spéciaux.

C. L'article 25a LAT

L'article 25a LAT a été adopté le 6 octobre 1995 par les Chambres fédérales et il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1997 ; cette disposition codifie en quelque sorte le principe de coordination tel qu'il résulte de l'ATF 116 Ib 50 ss²⁷. L'article 25a LAT prévoit que les cantons désignent une autorité chargée de la coordination lorsque l'implantation ou la transformation d'une construction ou d'une installation nécessite des décisions émanant de plusieurs autorités (al. 1). Cette autorité peut prendre différentes mesures d'instruction et veille à la concordance matérielle ainsi que, en règle générale, à une notification commune ou simultanée des décisions (al. 2). Les décisions ne doivent pas être contradictoires (al. 3), ce qui signifie qu'il faut des réponses identiques aux mêmes questions se posant pour chaque situation, soit l'absence d'incompatibilité logique entre deux décisions²⁸.

Le seul fait que les conditions matérielles d'une autorisation pour un projet donné ne soient pas remplies par rapport aux exigences spécifiques d'une loi spéciale, alors que les autorisations prévues par d'autres lois spéciales peuvent être délivrées pour le même projet, ne constitue pas en soi un défaut de coordination. Il s'agit seulement du constat selon lequel le projet présenté n'est pas conforme à l'une des lois spéciales ; ce projet ne peut alors être autorisé même si les autorisations prévues par d'autres lois spéciales sont délivrées²⁹.

L'article 25a alinéa 4 LAT prévoit que les principes concernant la coordination des autorisations sont applicables par analogie à la procédure des plans d'affectation. Cette condition s'applique uniquement aux plans d'affectation pour lesquels il y a lieu de rendre simultanément une décision délivrant une autorisation, ce qui est le cas par exemple de l'inclusion de la forêt dans un plan d'affectation, qui nécessite une autorisation simultanée de défriche-

²⁷ ATF 121 II 72 consid. 3 p. 79/80 et les arrêts cités. Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT) du 30 mai 1994, FF 1994 III p. 1065.

²⁸ Message précité, in FF 1994 III p. 1073.

²⁹ Message précité, in FF 1994 III p. 1073 et Arrêt CDAP AC.2007.0247 du 31 juillet 2008 consid. 5a.

ment³⁰ ; ou encore, lorsqu'un plan d'affectation spécial pour un projet concret, limité à un nombre restreint de parcelles, peut être assimilé à une décision et nécessite différentes autorisations spéciales³¹.

D. En résumé

Pour les plans d'affectation, la coordination d'intérêts divergents intervient dans le cadre de la pesée de l'ensemble des intérêts à prendre en considération requise par la jurisprudence fédérale et par l'article 3 OAT.

Dans la procédure d'autorisation de construire, qui sert à vérifier si un projet est conforme au plan d'affectation, la coordination des intérêts divergents résulte de la procédure prévue par l'article 25a LAT. Cette procédure de coordination veille à la concordance matérielle des différentes dispositions connexes du droit applicable au projet dans le cadre de l'octroi des autorisations requises par le projet et dont la notification conjointe assure la coordination formelle.

Pour les plans d'affectation spéciaux ayant les caractéristiques d'une décision, la coordination des intérêts divergents intervient à deux niveaux. Le premier niveau est celui de la pesée de l'ensemble des intérêts à prendre en considération, le second niveau est celui des conditions précises des différentes autorisations nécessaires, qui doivent être notifiées en même temps que les décisions d'adoption et d'approbation du plan d'affectation spécial. La situation est identique pour les plans spéciaux qui définissent le mode d'utilisation du sol, et qui ont en même temps la portée d'un permis de construire en autorisant la réalisation des travaux projetés³², comme par exemple, les plans routiers³³.

Il convient d'examiner comment s'effectue cette coordination dans le cadre de deux projets d'installations productrices d'énergie, soit le premier projet d'éoliennes à Sainte-Croix, et le projet Hydro-Rhône à Bex-Massongex.

E. Premier projet d'éoliennes à Sainte-Croix³⁴

Un plan d'affectation cantonal prévoit la construction de sept éoliennes sur le territoire de la Commune de Sainte-Croix aux lieux-dits « Le Mont-des-Cerfs » et « La Gîte Dessus ». La hauteur maximale des éoliennes est limitée à 150 m (tour plus pales du rotor) et l'emprise au sol à environ 15 m² hors sol par mât

³⁰ Arrêt CDAP AC.2004.0234 du 16 décembre 2005 consid. 1b et 1c.

³¹ Message précité, in FF 1994 III p. 1074. Voir aussi les ATF 132 II 209 consid. 2.2.2 p. 214 ; 129 I 337 consid. 1.1 p. 339 ; 123 II 231 consid. 2 p. 234 ; 121 II 72 consid. 1b p. 75 et les arrêts cités.

³² ATF 116 Ib 159 consid. 1a p. 162-163 et 112 Ib 164 consid. 2b p. 166.

³³ Voir notamment l'arrêt CDAP AC.2012.0080 du 26 mai 2014.

³⁴ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud AC.2004.0234 du 16 décembre 2005.

et environ 100 m² pour la fondation enterrée. La réglementation du plan d'affectation cantonal précise encore que les éoliennes sont prévues dans un pâturage boisé assimilé à l'aire forestière. L'autorité cantonale a adopté le plan. Les recours contre cette décision ont été admis pour défaut de coordination entre les législations sur l'aménagement du territoire et les forêts.

Dans le cadre du projet d'éoliennes en cause, les intérêts à prendre en considération étaient notamment ceux de l'aménagement du territoire (utilisation mesurée du sol et occupation rationnelle du territoire, art. 75 Cst.), de la politique énergétique de la Confédération (promouvoir un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économiquement optimal et respectueux de l'environnement, art. 89 al. 1 Cst.) et ceux de la conservation des forêts (garantir les fonctions protectrices, économiques et sociales de la forêt art. 77 Cst.).

La prise en compte des intérêts liés à la conservation de la forêt résulte de la loi fédérale sur les forêts du 4 octobre 1991. L'art. 12 LFo exige que l'affectation d'une partie de l'aire forestière à une zone réservée à la construction, comme l'implantation d'éoliennes, soit subordonnée à l'octroi d'une autorisation de défrichement. La loi fixe une règle particulière de coordination. Elle exige que l'autorisation de défrichement soit délivrée au moins lors de l'approbation du plan d'affectation cantonal et, si possible, que les conditions essentielles du défrichement soient intégrées au plan d'affectation.

En l'occurrence, comme le plan d'affectation cantonal a été approuvé avant qu'une autorisation de défrichement n'ait été délivrée, la procédure n'a pas été coordonnée avec les intérêts liés à la conservation de la forêt, de sorte que les recours ont été admis et la décision d'approbation du plan annulée.

F. Projet de barrage Hydro-Rhône à Bex-Massongex³⁵

Le département compétent du canton de Vaud a adopté le 30 juin 1993, dans le cadre de l'établissement du projet de concession qui avait la portée matérielle d'un plan d'affectation, les plans du projet de barrage au fil de l'eau Bex-Massongex en statuant sur la décision finale sur l'étude de l'impact sur l'environnement. Le projet de barrage comportait trois passes de treize mètres de largeur. La production annuelle d'électricité était estimée à 94,9 GWh, dont 51,6 GWh en été et 43,3 GWh en hiver. Le service compétent en matière de protection de la faune avait délivré l'autorisation spéciale requise pour la législation fédérale sur la pêche en posant les conditions suivantes :

³⁵ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud AC.1993.0195, du 29 juillet 1994.

« (...) »

- pour permettre la migration des poissons, l'aménagement d'une échelle à poissons est exigée ;

- le problème de la migration d'amont en aval reste à être résolu. Aucun aménagement dans ce sens n'est prévu dans le projet actuel. Ce problème doit être résolu dans le cadre de l'autorisation de construire ;

- les mesures adéquates pour éviter au maximum les pertes de poissons suite au passage par les turbines doivent être prises, éventuellement en combinaison avec la solution retenue pour rendre possible la migration amont-aval ;

(...) »

L'autorité avait statué sur la décision finale de l'étude d'impact dans le cadre d'une procédure de coordination des différentes autorisations requises par le projet. Les intérêts qui devaient être pris en considération étaient notamment ceux de la politique énergétique fédérale (art. 89 Cst.), de la protection des eaux (utilisation rationnelle des ressources en eau, à leur protection et à la lutte contre l'action dommageable de l'eau, art. 76 Cst.), ainsi que les intérêts de la pêche (maintien de la diversité des espèces de poissons, art. 79 Cst.) et de la protection de la nature et du patrimoine (protection de la faune et de la flore, maintien de leur milieu naturel et protection des espèces menacées d'extinction, art. 78 al. 4 Cst.).

Pour la coordination des intérêts de la pêche (art. 79 Cst.), la loi fédérale sur la pêche du 21 juin 1991 soumet à une autorisation de l'autorité cantonale toute intervention technique sur les eaux, leur régime ou leur cours, ou encore sur les rives ou les fonds des eaux, si elle est de nature à compromettre la pêche (art. 8 LFSP), ce qui est le cas de l'utilisation des forces hydrauliques (al. 3 lit. a).

L'autorisation en matière de pêche doit fixer toutes les mesures visant à réaligner les conditions de vie favorables à la faune aquatique, à assurer la libre migration du poisson, à favoriser sa reproduction naturelle, à empêcher que les poissons et les écrevisses ne soient endommagés par les constructions ou installations projetées (art. 9 al. 1 LFSP). Les mesures nécessaires à la protection de la faune aquatique doivent être fixées avant l'octroi et l'approbation de la concession indispensable à la mise en œuvre du projet³⁶.

Dans le cas du projet de barrage Bex-Massongex, l'autorisation spéciale en matière de pêche ne résolvait pas la question de la migration du poisson d'amont en aval et renvoyait la solution de ce problème au stade du permis de

³⁶ ATF 117 Ib 190 consid. 2a ; ATF 109 Ib 219 ; ATF 107 Ib 153 consid. 3c ; pour la jurisprudence cantonale : Valais, RVJ 1991, 48 consid. 4a ; Bâle-Campagne, BJM 1989, p. 323 ; Zurich, Zbl 1980, p. 544 ; Neuchâtel, RJN 1984, 252 ; Vaud, RDAF 1992, 124 consid. 2a.

construire, en combinaison avec les mesures qui devraient être prises pour éviter les pertes de poissons suite au passage par les turbines.

Etant donné l'importance du problème de la migration du poisson d'amont en aval, qui était lié aussi à la reproduction, il était exclu de reporter à la dernière étape du permis de construire les études qui auraient permis de régler le problème au stade de l'octroi de la concession. L'autorité compétente en matière de pêche, respectivement l'autorité compétente pour rendre la décision finale d'évaluation de l'étude d'impact, n'avait pas respecté les exigences de l'article 9 LFSP. Les intérêts de la pêche n'étaient finalement pas suffisamment pris en compte pour assurer une coordination conforme aux dispositions de la loi fédérale sur la pêche.

IV. La coordination d'intérêts divergents dans la planification

Les principaux instruments d'aménagement du territoire qui interviennent dans la planification d'installations productrices d'énergie sont les plans directeurs des cantons et les plans d'affectation.

A. Les plans directeurs des cantons

L'une des tâches essentielles de l'aménagement du territoire est « *la coordination des activités qui ont des effets sur l'organisation du territoire* »³⁷. Le plan directeur cantonal est l'instrument prévu à cet effet par la définition même de son contenu minimum à l'article 8 LAT³⁸.

Pour assurer cette fonction, le plan directeur est élaboré sur des études de base (art. 6 LAT). Ces études désignent les territoires qui se prêtent à l'agriculture ; ceux qui se distinguent par leur beauté ou leur valeur, ont une importance pour le délassement ou exercent une fonction écologique marquante ; et enfin ceux qui sont gravement menacés par des forces naturelles ou par des nuisances (art. 6 al. 2 LAT). Elles décrivent aussi l'état et le dévelop-

³⁷ Art. 1 al. 1 2^{ème} phrase et art. 2 al. 1 LAT. voir aussi l'ATF 137 II 254 consid. 3 p. 257. La coordination des activités qui ont des effets sur l'organisation du territoire est aussi l'élément central des procédures de collaboration et de conciliation prévues par les art. 7 et 12 LAT.

³⁸ « Art. 8 Contenu minimal des plans directeurs

1 Tous les cantons établissent un plan directeur dans lequel ils précisent au moins :

- a. le cours que doit suivre l'aménagement de leur territoire ;
- b. la façon de coordonner les activités qui ont des effets sur l'organisation du territoire, afin d'atteindre le développement souhaité ;
- c. une liste de priorités et les moyens à mettre en œuvre.

2 Les projets qui ont des incidences importantes sur le territoire et l'environnement doivent avoir été prévus dans le plan directeur ».

pement des territoires urbanisés, des transports et communications, de l’approvisionnement ainsi que des constructions et installations publiques (art. 6 al. 3 LAT) et tiennent compte des plans sectoriels de la Confédération et des plans directeurs des cantons voisins (art. 6 al. 4 LAT). Ainsi, la coordination des activités qui ont des effets sur l’organisation du sol par les plans directeurs peut tenir compte de l’ensemble de ces données.

La révision de la LAT, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2014, a encore étendu le contenu minimum du plan directeur pour traiter de manière plus détaillée le domaine de l’urbanisation par l’adjonction d’un nouvel article 8a LAT. Elle tend à contenir la dispersion des constructions, à renforcer le développement de l’urbanisation à l’intérieur du milieu bâti et à mieux protéger les terres cultivables.

La modification de la LAT met l’accent sur le plan directeur cantonal en tant qu’instrument central de coordination. Le développement de l’urbanisation doit donc être maîtrisé au moyen des plans directeurs cantonaux, qui définissent la dimension totale des surfaces affectées à l’urbanisation, leur répartition dans le canton et la manière de coordonner leur expansion au niveau régional³⁹.

- **Les projets à forte incidence spatiale**

Les nouvelles dispositions de la LAT concernent aussi les planifications spéciales des installations importantes productrices d’énergie. L’article 8 LAT a été complété par un nouvel alinéa 2 selon lequel les projets ayant des incidences importantes sur le territoire et l’environnement ne seront admis que s’ils reposent sur une base figurant dans le plan directeur cantonal⁴⁰. Il s’agit de projets plus importants que ceux soumis à l’obligation de planification⁴¹, mais pas moins importants que ceux soumis à l’étude de l’impact sur l’environnement. Le message du Conseil fédéral donne une liste d’exemples, comme les pôles de développement, l’équipement de nouveaux domaines skiables, de grands projets globaux d’aménagement de cours d’eau, de carrières ou de décharges, les installations générant un trafic intense comme les centres commerciaux, les marchés professionnels et les installations de loisirs à partir d’une certaine taille, les complexes touristiques ou encore les infrastruc-

³⁹ Art. 8a LAT. Message relatif à une révision partielle de la loi sur l’aménagement du territoire du 20 janvier 2010, FF 2010, p. 959ss, p. 966.

⁴⁰ Art. 8 al. 2 LAT. Message relatif à une révision partielle de la loi sur l’aménagement du territoire du 20 janvier 2010, FF 2010, p. 959ss, p. 977.

⁴¹ Sur l’obligation de planification, voir aussi les arrêts ATF 133 II 181 consid. 5.2.1 p. 196 ; 129 II 63 consid. 2.1 p. 65 ; 124 II 391 consid. 2c p. 393 ; 120 Ib 207 consid. 5 p. 212 ; 116 Ib 50 consid. 3b p. 55 115 Ib 508 consid. 6b p. 514.

tures de transport et d'énergie d'importance au moins régionale⁴². Il n'est donc pas exclu qu'un parc éolien d'importance régionale puisse être considéré comme un projet ayant des incidences importantes sur le territoire et l'environnement au sens de l'article 8 alinéa 2 LAT.

Le Tribunal fédéral avait déjà jugé en 2009 que les projets à forte incidence spatiale devaient être pris en considération par le plan directeur cantonal. La planification directrice a en effet pour objet la coordination globale de toutes les activités à incidence spatiale et elle est donc en mesure de traiter des tâches d'aménagement qui s'étendent au-delà du niveau local et qui concernent plusieurs domaines. La jurisprudence avait ainsi précisé que le plan directeur cantonal devrait faire mention des projets spécifiques lorsqu'ils ont des effets importants sur l'organisation du territoire, par exemple parce qu'ils présentent une emprise au sol importante, qu'ils sont sources d'immissions considérables ou encore s'ils génèrent un fort trafic et requièrent un équipement lourd. Tel est notamment le cas des grands domaines skiabiles, des terrains de golf, des grands stades ou encore des pistes de motocross. Il peut être procédé soit à une planification positive, consistant à identifier les sites susceptibles d'accueillir les installations en cause, soit à une planification négative, consistant à désigner les secteurs dans lesquels aucun grand projet à incidence spatiale n'est admis⁴³.

La mention d'un projet dans le plan directeur cantonal ne permet pas encore la pesée complète de tous les intérêts, car cet instrument n'est pas apte ni destiné à prendre en compte les intérêts des particuliers touchés par l'installation, ni à en apprécier concrètement les effets, notamment le caractère admissible des atteintes qui en résultent dans la situation particulière à prendre en considération. Seule la procédure du plan d'affectation permet la pesée de l'ensemble des intérêts déterminants.

- Projets de parcs éoliens dans le plan directeur du canton de Vaud

Le plan directeur du canton de Vaud traite des énergies renouvelables à la mesure F51⁴⁴. La mesure résume en quelque sorte les objectifs recherchés par la

⁴² Message relatif à une révision partielle de la loi sur l'aménagement du territoire du 20 janvier 2010, FF 2010, p. 959ss, p. 977.

⁴³ ATF 137 II 254 consid. 3.2 p. 258-260.

⁴⁴ La mesure F51 a été modifiée et complétée lors de la 3^{ème} adaptation du Plan directeur cantonal de mars 2014, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016 à la suite de l'approbation par la Confédération le 27 novembre 2015. La mesure est formulée comme suit :

« Le canton favorise une utilisation rationnelle et économe de l'énergie et promeut le recours aux énergies renouvelables et indigènes, pour diminuer la dépendance face aux énergies fossiles et aux fluctuations des marchés mondiaux, préjudiciable à la vitalité de l'économie et à la qualité du cadre de vie. Les sites d'exploitation sont localisés de manière à optimiser la production énergétique tout en minimisant l'impact sur l'homme, l'environnement et le paysage. Le Canton concrétise ses objec-

loi vaudoise sur l'énergie du 16 mai 2006. Elle rappelle la stratégie cantonale pour l'énergie éolienne, qui est de développer ce type d'énergie d'au moins 500 à 1000 GW/h par an en optimisant la production électrique tout en minimisant l'impact sur l'homme, la nature et le paysage. La mesure prévoit que les parcs éoliens dont la hauteur totale est supérieure à 30 m font l'objet d'une planification dans le plan directeur cantonal.

La planification est à la fois négative et positive. Elle est négative en ce sens que des secteurs d'exclusion sont définis d'une part, aux abords des centres cantonaux et des éléments de paysage à préserver, et d'autre part, dans tous les territoires compris dans des inventaires contraignants fédéraux et cantonaux⁴⁵. En outre, la planification est positive car elle désigne les emplacements envisagés. Pour être intégrés dans la planification directrice cantonale, les projets de parcs éoliens sont soumis à une procédure d'identification des sites, conduite par un Comité de planification des éoliennes (COPEOL). L'identification d'un site est basée sur une série de critères quantitatifs et qualitatifs, notamment énergétiques, environnementaux, paysagers et liés à la sécurité aérienne. Une fois que l'emplacement est intégré dans le plan directeur cantonal, la procédure d'affectation du sol peut être engagée, et les études de détail poursuivies.

En résumé, le plan directeur cantonal règle dans les grandes lignes la coordination d'intérêts publics divergents concernant la création de parcs éoliens, en évitant les conflits majeurs avec les sites et paysages protégés ou la proximité de grandes agglomérations. Il est une étape préalable nécessaire à la procédure du plan d'affectation.

B. Les plans d'affectation

Selon l'article 14 LAT, les plans d'affectation règlent le mode d'utilisation du sol (al. 1) et ils délimitent en premier lieu les zones à bâtir, les zones agricoles et les zones à protéger (al. 2). Ils ont force contraignante pour les particuliers (art. 21 al. 1 LAT).

Une distinction est faite entre les plans généraux d'affectation qui s'appliquent à l'ensemble du territoire d'une commune ou une partie importante de celui-ci, et les plans d'affectation spéciaux qui définissent, dans un secteur délimité, une réglementation détaillée et fixent avec précision les con-

tifs dans la loi sur l'énergie. Le canton fixe les objectifs de réduction de la consommation des agents énergétiques non renouvelables et en assure le suivi ».

⁴⁵ Il s'agit des secteurs définis dans la mesure E11 du plan directeur cantonal vaudois.

traintes spécifiques que doit respecter le projet⁴⁶. Les exigences de protection juridiques fixées à l'article 33 LAT sont applicables aux deux types de plans.

Surtout, ceux-ci ont pour élément central commun qu'ils impliquent une *pesée générale des intérêts*. Ces mesures de planification ne sont en effet conformes à la Constitution que si l'autorité prend en considération, à côté des critères fixés par la LAT, tous les intérêts, privés ou publics, qui résultent de la situation concrète ou sont protégés par le droit applicable⁴⁷. Il s'agit de critères à pondérer⁴⁸ pour assurer la prise en considération des données concrètes déterminantes pour la solution du cas particulier⁴⁹.

C. Exemple d'intérêts pour les parcs éoliens

Il convient d'examiner quelques-uns des différents intérêts à prendre en considération lors de l'étude d'un plan d'affectation en vue de l'aménagement d'un parc éolien.

- La politique énergétique de la Confédération (art. 89 Cst.)

L'article 89 Cst. charge la Confédération et les cantons de promouvoir un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économiquement optimal et respectueux de l'environnement, ainsi qu'une consommation économe et rationnelle de l'énergie (al. 1).

En application de cette disposition, le Conseil fédéral a adopté la « Stratégie énergétique 2050 ». Pour l'essentiel, les priorités tendent à réduire la consommation d'électricité, à élargir l'offre, à maintenir les importations ainsi qu'à développer les réseaux et à renforcer la recherche sur les énergies. Il s'agit en particulier de développer la force hydraulique et les nouvelles énergies renouvelables et d'améliorer le rendement énergétique⁵⁰. La planification de parcs éoliens entre dans le cadre de la politique énergétique telle qu'elle est proposée par le Conseil fédéral, et répond dans ce sens à un intérêt public important⁵¹.

Le nouveau projet de loi sur l'énergie accompagnant le Message du Conseil fédéral sur la stratégie énergétique 2050 veut renforcer les projets de pro-

⁴⁶ PIERMARCO ZEN-RUFFINEN/CHRISTINE GUY-ECABERT, Aménagement du territoire, construction, expropriation, 2001, ch. 296 et 297 p. 135 s. ; PIERRE MOOR, Commentaire LAT, art. 14 N°. 86.

⁴⁷ ATF 116 Ia 221 consid. 3b p. 230 ss. Voir aussi ATF 115 Ia 350 consid. 3d p. 353 ; 114 Ia 371 consid. 5b p. 374 ; 113 Ib 225 consid. 2c et 113 Ia 457 consid. 5a p. 464.

⁴⁸ ATF précité 115 Ia 350 consid. 3d p. 353 et ATF 114 Ia 364 consid. 4 p. 368-370.

⁴⁹ ATF 117 Ia 302 consid. 4b p. 307.

⁵⁰ Message relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050, du 4 septembre 2013 in FF 2013 p. 6771 ss.

⁵¹ ATF 132 II 408 consid. 4.5.2 p. 420-423.

duction d'énergies renouvelables dans le cadre de la pesée des intérêts⁵², en prévoyant que le recours aux énergies renouvelables revêt un intérêt national ; ainsi, lorsqu'il s'agit d'un inventaire fédéral visé à l'article 5 LPN il est possible d'envisager une dérogation à la règle selon laquelle un objet à l'inventaire doit rester intact⁵³. Ce projet de nouvelle disposition n'est pas contraire à l'article 6 alinéa 2 LPN qui prévoit le même principe. Le Message précise encore qu'un projet énergétique devrait aussi revêtir une grande importance en cas de conflit avec d'autres intérêts (aviation, conservation de la forêt, etc.)⁵⁴.

- La protection de la nature et du paysage (art. 78 Cst.)

aa) Les inventaires fédéraux

Les intérêts de la protection de la nature et du paysage sont concrétisés par la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage du 1^{er} juillet 1966, qui prévoit l'établissement d'inventaires fédéraux d'objets d'importance nationale à l'article 5 LPN et précise les effets juridiques de ces inventaires (art. 6 LPN).

Les inventaires existants concernent la protection du paysage (IFP)⁵⁵, les sites construits d'importance nationale (ISOS)⁵⁶, les voies de communication (IVS)⁵⁷, les zones alluviales⁵⁸, les hauts marais⁵⁹, les bas marais⁶⁰, les sites marécageux⁶¹, les sites de reproduction de batraciens (Bat)⁶², les prairies et pâturages secs (OPPS)⁶³.

⁵² Message relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050, du 4 septembre 2013 in FF 2013 p. 6771 ss, p. 6840-6841.

⁵³ Art. 14 du projet de loi fédérale sur l'énergie in FF 2013 VI p. 6980.

⁵⁴ Message relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050, du 4 septembre 2013 in FF 2013 p. 6771 ss, p. 6841.

⁵⁵ Ordonnance du 10 août 1977 concernant l'inventaire fédéral des paysages, sites et monuments naturels (OIFP ; RS 451.11).

⁵⁶ Ordonnance du 9 septembre 1981 concernant l'inventaire fédéral des sites construits à protéger en Suisse (OISOS ; RS 451.12).

⁵⁷ Ordonnance du 14 avril 2010 concernant l'inventaire fédéral des voies de communication historiques de la Suisse (OIVS ; RS 451.13).

⁵⁸ Ordonnance du 28 octobre 1992 sur la protection des zones alluviales d'importance nationale (Ordonnance sur les zones alluviales ; RS 451.31).

⁵⁹ Ordonnance du 21 janvier 1991 sur la protection des hauts-marais et des marais de transition d'importance nationale (Ordonnance sur les hauts-marais ; RS 451.32).

⁶⁰ Ordonnance du 7 septembre 1994 sur la protection des bas-marais d'importance nationale (Ordonnance sur les bas-marais ; RS 451.33).

⁶¹ Ordonnance du 1^{er} mai 1996 sur la protection des sites marécageux d'une beauté particulière et d'importance nationale (Ordonnance sur les sites marécageux ; RS 451.35).

⁶² Ordonnance du 15 juin 2001 sur la protection des sites de reproduction de batraciens d'importance nationale (Ordonnance sur les batraciens, OBat ; RS 451.34).

⁶³ Ordonnance du 13 janvier 2010 sur la protection des prairies et pâturages secs d'importance nationale (Ordonnance sur les prairies sèches, OPPS RS 451.37).

En présence d'un inventaire fédéral, l'article 6 LPN fixe une règle sur la manière d'effectuer la pesée des intérêts : l'inscription d'un objet d'importance nationale dans un inventaire fédéral indique que l'objet mérite spécialement d'être conservé intact ou en tout cas d'être ménagé le plus possible (al. 1) ; et lorsqu'il s'agit de l'accomplissement d'une tâche de la Confédération, la règle suivant laquelle un objet doit être conservé intact dans les conditions fixées par l'inventaire ne souffre d'exception que si des intérêts équivalents ou supérieurs, d'importance nationale également, s'opposent à cette conservation (al. 2).

Pour déterminer ce que signifie, dans un cas d'espèce, l'obligation de "*conserver intact*" un site protégé, il faut se référer à la description du contenu de la protection⁶⁴. Par exemple, le Tribunal fédéral a considéré que l'implantation d'une antenne de téléphonie mobile dans le site construit de Saint-Prex figurant à l'inventaire ISOS ne représentait pas une menace pour l'ensemble construit de la vieille ville, qui doit être sauvegardé dans sa substance, car l'impact visuel de l'installation était négligeable, voire inexistant⁶⁵.

Un autre exemple concerne les carrières d'Arvel à Villeneuve (VD), comprises dans un site porté à l'inventaire IFP. Le projet d'extension des carrières permettait l'extraction sur 30 ans d'un volume de roches de six millions de m³. Seul un intérêt d'importance nationale équivalent ou supérieur permettait de porter atteinte au site (art. 6 al. 2 LPN). L'extension projetée ne pouvait être considérée comme d'importance nationale que si elle répondait à une nécessité absolue et qu'aucune alternative moins dommageable pour le site ne puisse être envisagée ; or, le dossier n'était pas complet à cet égard⁶⁶.

bb) Les autres mesures de protection du paysage

La loi fédérale sur l'aménagement du territoire impose aux cantons de prendre les mesures nécessaires pour assurer la protection du paysage (voir les art. 1 al. 2 let. a, 3 al. 2, 6 al. 2 let. b et 17 LAT).

Les cantons avaient déjà adopté dans les années 1960-1970 des lois de protection de la nature et du paysage en exécution de l'article 78 alinéa 1 Cst⁶⁷, comme par exemple les lois genevoises et vaudoises sur la protection de la nature des monuments et des sites, qui sont construites sur le même modèle⁶⁸. Le décret

⁶⁴ ATF 127 II 273 consid. 4c p. 282 ; 123 II 256 consid. 6a p. 263.

⁶⁵ ATF 1C_360/2009 du 3 août 2010 consid. 3.

⁶⁶ ATF 1A.25/2006 du 13 mars 2007 consid. 5.

⁶⁷ L'article 78 alinéa 1 Cst. est repris de l'ancien article 24 sexies Cst. 1874, qui avait été adopté en votation populaire le 27 mai 1962 et précisait que la protection du paysage et de la nature relève du droit cantonal.

⁶⁸ Voir par exemple, les articles 4, 12ss et 20ss de la loi vaudoise sur la protection de la nature des monuments et des sites du 10 décembre 1969 (LPNMS ; RSV 450.11).

concernant la protection des sites naturels du canton de Neuchâtel du 14 février 1966 fait partie du même type de mesure⁶⁹. Ces mesures sont aussi des éléments d'appréciation importants à prendre en considération et sont conformes aux exigences des articles 3 alinéa 2 LAT⁷⁰ et 17 alinéa 1 lettres b et c LAT⁷¹.

cc) *Les mesures de conservation de la faune et de protection des espèces menacées*

Ces mesures correspondent aux intérêts que protège l'article 78 alinéa 4 Cst., qui attribue à la Confédération la compétence de légiférer sur la protection de la faune et de la flore et sur le maintien de leur milieu naturel dans sa diversité ; et la charge de protéger les espèces menacées d'extinction. Ce mandat constitutionnel a notamment été concrétisé par la loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages du 20 juin 1986 (RS 922.0). L'exploitation d'un parc éolien peut mettre en danger l'avifaune protégée par le droit fédéral, et cet aspect doit également être pris en considération dans la pesée des intérêts.

- *La protection de l'environnement au sens strict (art. 74 Cst.)*

L'article 74 Cst. charge la Confédération de légiférer sur la protection de l'être humain et de son environnement naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodes (al. 1) et de veiller à prévenir ces atteintes, les frais de prévention et de réparation étant à la charge de ceux qui les causent (al. 2). En application de ce mandat constitutionnel, la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 prévoit à l'article 11 LPE un concept de limitation des émissions à deux niveaux ; dans la première étape, les émissions sont limitées à titre préventif autant que le permettent l'état de la technique et les conditions d'exploitation, et pour autant que ce soit économiquement supportable (al. 2). Dans la deuxième étape, si les atteintes restent nuisibles ou incommodes, malgré les mesures de limitation prises en première étape, les émissions sont limitées plus sévèrement (al. 3)⁷².

Un parc éolien génère un bruit d'exploitation, provoqué principalement par la rotation des pales. Ce type de nuisance est clairement régi par la LPE ainsi que par l'ordonnance sur la protection contre le bruit du 15 décembre

⁶⁹ ATF 1C_242/2014 consid. 2.1.

⁷⁰ ATF 1C_82/2008 et 1C_84/2008 du 28 mai 2008 consid. 6.3 non publié dans l'ATF 134 II 117 ; voir aussi ATF 1C_520/2012 du 30 juillet 2013 consid. 2.2.

⁷¹ ATF 1C_242/2014 du 1^{er} juillet 2015 consid. 2.1 ; ATF 1P.352/2002 du 3 avril 2003 consid. 4.2 ; 1A.120/2001 du 18 janvier 2002 consid. 3.2.

⁷² Sur le concept de limitation des émissions en deux étapes, voir l'ATF 128 II 378 consid. 6.2 p. 384 ; voir aussi les ATF 119 Ib 480 consid. 5a, 118 Ib 26 consid. 5d, ainsi que les ATF 1C_92/2008 du 16 décembre 2008 consid. 3.1 ; 1A_45/2006 du 10 janvier 2006 consid. 3.4 ; 1A_191/2006 du 3 avril 2007 consid. 3 ; 1A_15/2005 du 11 novembre 2005 consid. 5 ; 1A_68/2005 du 26 janvier 2006 consid. 3.2 ; 1A_109/2005 du 6 décembre 2005 consid. 4.2 ; 1A_121/2005 du 28 novembre 2005 consid. 2.1 ; 1A_233/2002 du 23 janvier 2004 consid. 2.1.

1986 (OPB), qui fixe les valeurs limites applicables au bruit d'exploitation⁷³. La prise en compte de cet intérêt impose le respect des valeurs limites de planification sous réserve des exceptions de l'article 25 alinéa 2 LPE.

Les éoliennes peuvent provoquer aussi des infrasons, notamment par la compression de l'air lors du passage de la pale devant le pylône, mais cet aspect semble peu documenté en ce qui concerne les éventuelles atteintes pouvant en résulter pour la santé⁷⁴. La question des infrasons n'est pas réglemen-tée par l'OPB, qui ne fixe pas de valeurs limites.

- *La conservation des forêts (art. 77 Cst.)*

L'article 77 Cst, comporte le mandat pour la Confédération de veiller à ce que les forêts puissent remplir leurs fonctions protectrice, économique et sociale, en fixant les principes applicables à la protection des forêts et en encourageant leur conservation. Adoptée en application de ce mandat, la loi fédérale sur les forêts du 4 octobre 1991 pose le principe selon lequel l'aire forestière ne doit pas être diminuée (art. 3 LFo). Tout changement durable ou temporaire du sol forestier est soumis à une autorisation de défrichement.

Selon l'article 5 alinéa 1 LFo, une autorisation de défrichement n'est accordée que si le défrichement répond à des exigences primant l'intérêt à la conservation⁷⁵. Il faut notamment que l'ouvrage pour lequel le défrichement est sollicité ne puisse être réalisé qu'à l'endroit prévu (al. 2 let. a). La jurisprudence a précisé que l'exigence de l'article 5 alinéa 2 lettre a LFo est relative et qu'une pesée globale des intérêts doit être opérée dans chaque cas ; il n'est pas nécessaire de prouver la nécessité absolue de l'emplacement retenu pour le défrichement, du moment que ce n'est qu'un des éléments à prendre en considération lors de la pesée des intérêts en présence. Ce qui est déterminant, c'est de

⁷³ OFEV : Fiche d'information sur le bruit des installations éoliennes du 5 mai 2011.

⁷⁴ Voir le rapport du Canton du Jura publié en mai 2012 intitulé : « Effets potentiels des éoliennes sur la santé de la population », étude réalisée par l'association « Equiterre » à Lausanne ; voir les pages 21 et 22, qui traitent des infrasons.

⁷⁵ L'article 5 LFo est formulé dans les termes suivants :

« Art. 5 Interdiction de défricher ; dérogations

1 Les défrichements sont interdits.

2 Une autorisation peut être accordée à titre exceptionnel au requérant qui démontre que le défrichement répond à des exigences primant l'intérêt à la conservation de la forêt à condition que :

a. l'ouvrage pour lequel le défrichement est sollicité ne puisse être réalisé qu'à l'endroit prévu ;

b. l'ouvrage remplisse, du point de vue matériel, les conditions posées en matière d'aménagement du territoire ;

c. le défrichement ne présente pas de sérieux dangers pour l'environnement.

3 Ne sont pas considérés comme raisons importantes les motifs financiers, tels que le souhait de tirer du sol le plus gros profit possible ou la volonté de se procurer du terrain bon marché à des fins non forestières.

4 Les exigences de la protection de la nature et du paysage doivent être respectées (...) ».

savoir si les motifs de ce choix l'emportent sur l'intérêt au maintien de la forêt⁷⁶.

Comme les pâturages boisés sont assimilés à la forêt (art. 2 al. 2 let. a LFo), les parcs éoliens prévus dans des pâturages boisés nécessitent une autorisation de défrichement qui implique donc la pesée des intérêts requise par l'article 5 LFo⁷⁷.

- *L'aménagement du territoire (art. 75 Cst.)*

L'article 75 Cst. attribue à la Confédération la compétence de fixer les principes applicables à l'aménagement du territoire, qui incombe aux cantons. Le but est une utilisation judicieuse et mesurée du sol et une occupation rationnelle du territoire.

L'une des exigences fondamentales qui résulte de la base constitutionnelle de l'aménagement du territoire est la séparation des zones constructibles et non constructibles⁷⁸.

Dans ce but, l'octroi de dérogations hors des zones à bâtir est réglementé de manière restrictive par le droit fédéral aux articles 24 ss LAT. Pour autoriser hors zone à bâtir des constructions nouvelles non conformes à la destination de la zone, il faut, selon l'article 24 LAT, qu'elles soient imposées par leur destination hors de la zone à bâtir (let. a) et qu'aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose (let. b)⁷⁹. Pour que l'implantation soit imposée par sa destination, il faut qu'il existe une nécessité particulière, tenant à la technique, à l'exploitation ou à la nature du sol, qui impose une implantation à l'emplacement envisagé⁸⁰; ou encore, qu'en raison des nuisances qu'elle provoque, la construction est incompatible avec la zone à bâtir⁸¹.

Pour être imposé par sa destination, il n'est pas nécessaire qu'aucun autre emplacement entre en considération; il doit toutefois exister des motifs particulièrement importants et objectifs qui laissent apparaître l'emplacement pré-

⁷⁶ ATF 1C_462/2012 du 6 février 2014 consid. 8.1.

⁷⁷ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud AC.2004.0234 du 16 décembre 2005.

⁷⁸ ERIC BRANDT, Le principe constitutionnel de la séparation des zones constructibles et non constructibles, in RDAF 1995, 197ss p. 205; voir aussi ATF 116 Ia 197 consid. 2b p. 201 et 115 Ib 148 consid. 5c p. 151. PIERMARCO ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, Aménagement du territoire, construction, expropriation, 2001, n. 309 p. 141; ALEXANDRE FLÜCKIGER/STÉPHANE GRODECKI, Commentaire de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, édition juin 2009, n. 5 ad art. 15 LAT; PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5e éd. 2008, p. 148; BERNHARD WALDMANN/PETER HÄNNI, Raumplanungsgesetz, 2006, n. 10 ad art. 15 LAT.

⁷⁹ La condition concernant l'absence d'intérêts prépondérants implique une pesée complète d'intérêts conforme à l'art. 3 OAT. Voir ATF 1A.55/2002 consid. 3.3 du 25 novembre 2002.

⁸⁰ ATF 124 II 252 consid. 4a p. 255; 123 II 499 consid. 3b/cc p. 508 et la jurisprudence citée.

⁸¹ ATF 118 Ib 17.

vu plus avantageux que d'autres endroits situés à l'intérieur de la zone à bâtir⁸². L'examen du lieu de situation imposé par la destination apparaît incomplet lorsqu'aucune solution alternative ni aucun emplacement alternatif n'ont été débattus⁸³. L'application du critère de l'article 24 lettre a LAT doit être stricte, dès lors qu'il contribue à l'objectif de séparation du bâti et du non-bâti⁸⁴.

Lorsque la procédure de planification par plan d'affectation spécial est utilisée pour la réalisation d'objets particuliers hors des zones à bâtir, tels que les parcs éoliens, le choix de cette procédure ne dispense pas l'autorité de planification de respecter les mêmes exigences que celles requises pour l'octroi d'une dérogation au sens de l'article 24 LAT⁸⁵. Le Tribunal fédéral a toutefois relativisé cette exigence lorsque la planification résulte d'une mise en œuvre correcte des buts et principes régissant l'aménagement du territoire (art. 1 et 3 LAT) et d'une concrétisation des objectifs du plan directeur cantonal⁸⁶.

Les plans spéciaux élaborés pour des parcs éoliens sont assimilés aux autres zones prévues par l'article 18 alinéa 1 LAT, qui peuvent se superposer aux zones agricoles⁸⁷. Ces plans fixent des périmètres constructibles sur lesquels les éoliennes peuvent être érigées. Les éoliennes géantes, favorables aux secteurs où le vent est moyen, peuvent présenter une hauteur totale, avec les pales, de l'ordre de 150 m à 200 m ; le générateur est placé dans une nacelle au sommet d'un mât dont la hauteur peut varier de 90 à 100 m⁸⁸. Les périmètres constructibles ont donc une affectation liée à la production d'énergie. Les autres secteurs du plan compris entre les périmètres constructibles peuvent restés affectés à la zone agricole avec des restrictions spéciales liées à la présence des éoliennes, concernant notamment les distances de sécurité à respecter, et les aires de montage et démontage de l'éolienne.

Des recommandations ont été élaborées par les offices fédéraux concernés pour la planification des installations éoliennes⁸⁹. De son côté, le canton de Vaud a élaboré des directives pour l'installation d'éoliennes d'une hauteur

⁸² ATF 136 II 214 consid. 2.1 p. 218 et les références citées.

⁸³ ATF 136 II 214 consid. 2.2 p. 218 s. et les références citées.

⁸⁴ ATF 124 II 252 consid. 4a p. 256 ; 117 Ib 270 consid. 4a p. 281, 379 consid. 3a p. 383.

⁸⁵ ATF 136 II 214 consid. 2.2 p. 218 s., voir aussi ATF 132 II 408 consid. 4.2 p. 414 ; 124 II 391 consid. 2c p. 393 ; 119 Ia 300 consid. 3b p. 303 ; voir aussi ATF 116 Ib 50 consid. 3b p. 55 ; voir aussi ATF Ib 115 Ib 508 consid. 6b p. 514 ; 114 Ib 125 consid. 4c/cf ; 113 Ib 230 consid. 2c.

⁸⁶ ATF 132 II 408 consid. 4.2 p. 414 in fine.

⁸⁷ ATF 1C_242/2014 du 1^{er} juillet 2015, consid. 2.2.

⁸⁸ PHILIPPE ROCH, *Eoliennes, des moulins à vent*, Edition Favre, avril 2011, p. 39 ; voir aussi les Eoliennes de type « Delta » du fabricant Nordex conçues pour des sites à vent moyen.

⁸⁹ Office fédéral de l'énergie (OFEN), Office fédéral de l'environnement (OFEV) et Office fédéral du développement territorial (ARE) : « Recommandations pour la planification d'installations éoliennes » Berne 2010, p. 35 ss.

totale supérieure à 30 mètres⁹⁰. Ces recommandations et directives énumèrent toutes les données à prendre en considération pour la planification de parcs éoliens, qui relèvent en définitive de la pesée des intérêts. Sont ainsi mentionnés, en plus des aspects relevés ci-dessus (paysage, faune, nature, forêt et environnement), les questions relatives à la protection des eaux souterraines, aux dangers naturels, les aspects pédologiques liés à la protection du sol et les interférences avec les radars et les télécommunications, ainsi que les contraintes d'implantation à proximité de voies de communication (route, chemin de fer, sentier de randonnée etc.).

- *Les autres intérêts ou les objections des opposants*

On a vu que la jurisprudence sur l'élaboration d'un plan d'affectation prévoit de tenir compte de tous les intérêts, privés ou publics, qui résultent de la situation concrète ou sont protégés par le droit applicable. Il convient dans ce cadre d'examiner aussi les intérêts soulevés par les opposants. C'est d'ailleurs pour cette raison que le plan d'affectation lie les particuliers, car la procédure d'adoption permet de recueillir les avis des personnes ou organisations touchées et d'examiner et de prendre en compte les éventuelles objections soulevées lors de l'enquête publique exigée par l'article 33 alinéa 1 LAT. La procédure d'enquête publique et les garanties de protection juridique qu'elle implique ensuite (art. 33 al. 2 et 3 LAT) font d'ailleurs partie des éléments essentiels de la participation de la population à l'élaboration des plans d'aménagement, requise par l'article 4 LAT⁹¹.

L'énergie éolienne présente des qualités remarquables : elle est naturellement renouvelable, non polluante et ne génère pas de gaz à effet de serre en dehors du processus de construction.

Elle permet de diminuer le recours aux centrales nucléaires et donc de réduire le volume des déchets nucléaires et contribue aux programmes visant la sortie du nucléaire. Ces qualités en font un élément essentiel de la politique énergétique en Suisse. Mais l'énergie éolienne nécessite le soutien financier de l'Etat pour se développer et assurer sa viabilité⁹². La question de l'efficacité énergétique (production aléatoire en fonction du vent), de son coût, ainsi que celle de la proportionnalité de l'atteinte au paysage par rapport à la quantité d'électricité produite, sont ainsi souvent soulevées par les opposants⁹³, tout

⁹⁰ Direction générale de l'environnement (DGE), Service du développement territorial (SDT) Service des routes (SR) Service de la mobilité (SM), « Directives cantonales pour l'installation d'éoliennes de hauteur totale supérieure à 30 mètres, juillet 2013, p. 8ss.

⁹¹ Voir l'arrêt de principe ATF 111 Ia 164 consid. 2d p. 168, et les arrêts suivants : ATF 114 Ia 233 consid. 2c p. 240 ; 115 Ia 89 consid. 2 p. 92 ss ; 119 Ib 441.

⁹² Message relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050, du 4 septembre 2013 in FF 2013 p. 6771 ss, p. 6836.

⁹³ ATF 132 II 408, consid. 4.5.2 p. 421.

comme, par exemple, celle de l'utilisation de terres rares dans la fabrication de certains types de génératrices⁹⁴.

Mais ces différents arguments font partie des critères d'appréciation pris en considération pour définir la politique fédérale en matière d'énergie. A moins d'éléments nouveaux, scientifiquement prouvés, et non contestés, qui remettraient clairement en cause les choix stratégiques de la politique fédérale, le contrôle judiciaire de la pesée des intérêts ne peut prendre en compte ces arguments.

En revanche, tous les éléments concrets liés à la situation particulière des opposants, notamment les arguments concernant les nuisances de bruit ou les atteintes aux paysages, doivent être examinés, puisque c'est le but même de l'enquête publique du plan d'affectation. Ces éléments comprennent notamment l'évaluation des nuisances en fonction de la distance des habitations des opposants les plus proches des éoliennes et de la configuration des lieux.

V. La pesée des intérêts

A. Analyse du processus de pesée des intérêts

Les lois fédérales concrétisant les normes constitutionnelles, précisent la manière de prendre en compte les différents intérêts en jeu. On relève à cet égard trois types de situations :

- La loi ne prévoit pas de procédure d'autorisation et impose seulement le respect des principes matériels à prendre en considération dans la décision de planification ou de construction à rendre. Elle ne fixe pas des seuils au-delà desquels le projet ne peut plus être autorisé. C'est par exemple le cas de la LPN pour les inventaires fédéraux ayant trait au paysage (IFP) ou aux sites construits (ISOS). L'article 6 alinéa 1 LPN dispose que le site mérite spécialement d'être conservé intact ou en tout cas d'être ménagé le plus possible.
- Dans la deuxième situation, la loi ne prévoit pas non plus de procédure d'autorisation, mais elle fixe des limites ou des seuils qui ne peuvent être dépassés sous réserve d'exceptions restrictives. Une pondération ne peut intervenir que dans les conditions d'octroi de la dérogation fondée sur ces exceptions. La LPE et l'OPB imposent ainsi des valeurs limites d'exposition au bruit lors de la construction de nouvelles installations, en accordant néanmoins des allègements à certaines conditions.

⁹⁴ Voir l'ouvrage de PHILIPPE ROCH, *Eoliennes, des moulins à vent ?* Edition Favre 2011, qui énumère les différents avantages et inconvénients de l'énergie éolienne.

- Le troisième cas concerne une loi qui instaure une procédure d'autorisation au stade du plan d'affectation spécial. La loi prévoit que l'autorisation sera délivrée au terme d'une pesée des intérêts tenant compte de critères spécifiques propres au domaine réglementé. C'est le cas des autorisations de défrichement au sens de l'article 5 LFo.

La pesée des intérêts représente donc l'opération de synthèse des résultats de l'application de chacune de ces lois spéciales. Cette opération de synthèse s'effectue alors dans la procédure du plan d'affectation, qui est la procédure appropriée pour la coordination des intérêts divergents. La décision sur le plan d'affectation consacre le résultat final de la pesée des intérêts. L'importance respective de chacun des intérêts est appréciée par rapport à la situation concrète. Par exemple, si la protection d'une forêt remarquable par sa richesse et sa diversité peut être mise en danger par la réalisation du projet, l'intérêt à la conservation des forêts (art. 78 Cst.) pourrait primer sur celui de la politique énergétique (art. 89 Cst.). Ce sont donc les circonstances concrètes de chaque cas qui détermineront l'importance respective de chacun des intérêts.

B. Exemple du parc éolien de Crêt-Meuron (NE)⁹⁵

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a comparé l'importance respective des *intérêts de la protection des paysages et des sites naturels* par rapport aux *intérêts de la politique énergétique cantonale et fédérale*.

Le site de Crêt-Meuron dans le canton de Neuchâtel est soumis au Décret concernant la protection des sites naturels du canton du 14 février 1966, qui a la portée d'un plan d'affectation cantonal délimitant le périmètre de zones à protéger au sens de l'article 17 alinéa 1 lettre b LAT. Le Département cantonal de la gestion du territoire a adopté le 20 décembre 2001 un projet de plan d'affectation cantonal, avec un périmètre général de 111.5 ha, pour la construction de sept éoliennes. La hauteur totale d'une éolienne a été limitée à 93 m. Le plan a été mis à l'enquête publique en janvier 2002.

Le département a levé les oppositions en février 2003 et le Tribunal administratif du canton de Neuchâtel a admis les recours formés contre cette décision par un arrêt du 31 mars 2005. Le recours formé par la société constructrice contre l'arrêt cantonal a été admis par le Tribunal fédéral le 31 août 2006.

Le Tribunal administratif avait appliqué la jurisprudence du Tribunal fédéral précisant que lorsqu'un plan partiel d'affectation prévoit la construction d'une installation hors de la zone à bâtir, l'examen du plan ne devait pas être soumis à des exigences moins strictes que celles de l'article 24 LAT pour les

⁹⁵ ATF 132 II 408.

constructions hors des zones à bâtir. Il avait considéré que la première condition (lettre a, implantation imposée par sa destination) était remplie. En revanche, la deuxième condition (lettre b, absence d'intérêts prépondérants s'opposant au projet) posait problème.

Dans la pesée générale des intérêts, le Tribunal administratif avait examiné les dispositions fédérales et cantonales en matière d'énergie, en relevant que ces normes n'avaient pas fixé de hiérarchie des valeurs entre les différentes tâches de l'Etat, dont fait partie la sauvegarde du paysage. Il avait apprécié l'intérêt à la réalisation du parc en évaluant l'importance de la production d'électricité dans le marché global. La production de l'énergie était évaluée à 14.35 GWh/an, soit 1,43 % de la consommation du canton. Le Tribunal administratif en avait déduit que l'intérêt à la réalisation du parc était extrêmement faible, voire insignifiant, et qu'il devait céder le pas à l'intérêt lié à la protection des sites naturels⁹⁶.

Le Tribunal fédéral a considéré que cette appréciation était critiquable. Il a relevé qu'en Suisse, les nouvelles énergies renouvelables ont nécessairement un rôle secondaire, par rapport à la force hydraulique. La politique énergétique devait tendre non seulement à exploiter pleinement le potentiel hydraulique, mais également à augmenter la part des nouvelles énergies renouvelables qui, en l'état, était destinée à demeurer proportionnellement faible, quelle que soit l'efficacité des mesures promotionnelles, à cause de l'importance prépondérante de la force hydraulique. Le critère quantitatif retenu par le Tribunal administratif n'était donc pas déterminant.

Le Tribunal administratif avait aussi relevé que la non-réalisation du parc éolien ne compromettait pas directement l'approvisionnement en électricité du canton. Selon le Tribunal fédéral, cette appréciation n'était pas non plus conforme aux objectifs de la politique énergétique, qui tendent à favoriser les diverses sources d'énergies renouvelables à plus long terme. Il fallait introduire dès aujourd'hui de nouvelles technologies sur le marché, notamment pour produire de l'électricité à partir d'énergies renouvelable⁹⁷.

En ce qui concerne l'intérêt à la protection du paysage, le Tribunal fédéral a en quelque sorte considéré que l'instance cantonale avait surestimé les effets des éoliennes dans le site. Il a relevé la présence d'autres constructions dans le même secteur comme une auberge, un hôtel, une ligne électrique, une installation de télécommunication et des remontées mécaniques pour skieurs. Les éoliennes, relativement dispersées dans le périmètre du plan, ne seraient visibles que depuis quelques lieux des environs, de sorte que l'atteinte au paysage était

⁹⁶ L'intérêt à la protection des sites naturel est confirmé par l'article 3 alinéa 2 lettre d LAT.

⁹⁷ TF 132 II 408 consid. 4.5.2 p. 421.

moins sensible que dans d'autres emplacements. De plus, aucun des territoires concernés ne figurait dans un inventaire fédéral.

En résumé, le Tribunal administratif avait accordé, dans le cas particulier, une importance excessive à l'atteinte au paysage et n'avait pas suffisamment pris en considération l'intérêt public à réaliser une installation d'énergie éolienne conforme aux objectifs de la politique énergétique fédérale et cantonale. Ainsi, une pesée correcte des intérêts imposait à l'instance cantonale de ne pas empêcher, par principe, la réalisation d'un parc éolien au Crêt-Meuron⁹⁸.

Le Tribunal fédéral a donc reconnu un intérêt public important à la réalisation du parc éolien de Crêt Meuron, et cet intérêt public était prépondérant par rapport aux intérêts relatifs à la protection du paysage et de sites naturels d'importance cantonale⁹⁹.

C. Exemple du deuxième projet d'éoliennes à Sainte-Croix¹⁰⁰

Le projet de plan d'affectation cantonal mis à l'enquête publique en janvier 2011 prévoyait la construction de sept grandes éoliennes aux lieux-dits « Mont des Cerfs » (4 éoliennes) et « Gitte Dessus » (3 éoliennes). Après l'enquête publique, le constructeur a renoncé à construire une éolienne au « Mont des Cerfs » (celle qui était la plus proche de Sainte-Croix). Près de 500 opposants ont recouru au Tribunal cantonal (Cour de droit administratif et public, ci-après le tribunal ou CDAP) contre les décisions approuvant le plan d'affectation cantonal et levant les oppositions, prises en mai 2013. Il convient d'examiner comment la CDAP a pris en compte les différents intérêts dans son arrêt du 2 mars 2015.

- Aménagement du territoire - Plan directeur cantonal

Les recourants ont critiqué la manière dont le projet avait été intégré au plan directeur cantonal, notamment les critères utilisés par le Comité de planification des éoliennes (COPEOL) pour retenir le site de Sainte-Croix.

Le tribunal a relevé que dans le processus de sélection des sites, 37 projets avaient été examinés et que seuls 19 sites, dont celui de Sainte-Croix, avaient été retenus. Le Canton de Vaud avait ainsi procédé à une planification positive dans le cadre du plan directeur cantonal, respectant les exigences posées par la

⁹⁸ ATF 132 II 408 consid.4.5.4 p. 426.

⁹⁹ A la suite de l'arrêt de Crêt-Meuron, le Grand Conseil a modifié le Décret de février 1966 en septembre 2013 pour introduire une nouvelle zone réservée à la construction des éoliennes. Le recours formé au Tribunal fédéral contre la modification du décret a été rejeté en juillet 2015 (ATF 1C_242/2014 du 1^{er} juillet 2015).

¹⁰⁰ Arrêt CDAP AC.2013.0263 consid. 2.

jurisprudence pour les projets à forte incidence spatiale, même si le projet de Sainte-Croix avait été mis à l'enquête publique avant la fin du processus de sélection.

Le choix du site de Sainte-Croix résultait de l'analyse multicritères de la COPEOL. Le tribunal et les parties avaient été renseignés de manière complète au sujet des critères utilisés et de leur pondération. En outre, il n'appartenait pas au Tribunal cantonal de mettre en question les critères utilisés pour choisir les sites intégrés au plan directeur cantonal.

- **Protection contre le bruit**

Les recourants dénonçaient un dépassement des valeurs limites applicables au projet. Le tribunal a procédé à une analyse de la méthode d'évaluation des immissions. Le bruit des éoliennes est évalué sur la base des valeurs limites d'exposition au bruit de l'industrie, des arts et métiers, fixées à l'annexe 6 OPB, qui a pour fonction d'évaluer correctement les bruits de l'industrie ressentis comme gênants pour la population. Le niveau moyen de bruit est ainsi pondéré par les facteurs de correction K qui tiennent compte des caractéristiques de gêne spécifique du bruit. Le facteur de correction K3 tient compte des composantes impulsives du bruit, qui en augmentent la gêne.

Alors que le Laboratoire fédéral d'essai des matériaux et de recherche (EMPA) recommande une correction de niveau K3=4 dB(A), le service spécialisé du canton a appliqué une correction de niveau K3 =2 dB(A). Interpellé par le tribunal, l'Office fédéral de l'environnement (OFEV) avait confirmé que la correction de niveau K3= 4 dB(A) était correcte et devait être suivie. Il a admis toutefois qu'une correction de niveau inférieure à 4 dB(A) pouvait être possible en fonction de la propagation acoustique (p. ex. distance, réflexions, conditions météorologiques). Cette possibilité impliquait de déterminer pour chaque lieu d'immission le facteur K3 en fonction des caractéristiques du site, comme cela avait été fait pour d'autres parcs éoliens (Tramelan). En revanche, on ne pouvait pas tenir compte systématiquement d'une correction de niveau K3=2dB(A). Il n'était donc pas possible de déterminer si les valeurs de planification étaient respectées.

Les recours ont donc été admis sur ce point et le dossier renvoyé à l'autorité intimée afin qu'elle détermine la correction de niveau K3 pour chaque lieu d'immission. L'autorité devait vérifier sur cette base si les valeurs de planification étaient respectées, le cas échéant, examiner si des allègements pouvaient être octroyés (art. 25 al. 2 LPE)¹⁰¹.

¹⁰¹ Arrêt CDAP, AC.2013.0263 consid. 4 p. 48 à 55.

Le tribunal a rappelé aussi l'application du principe de prévention propre au système de limitation des émissions par étapes prévu par la LPE. L'obligation de limiter à titre préventif les émissions (art. 11 al. 2 LPE) implique de choisir la variante qui offre la meilleure protection contre le bruit au regard des principes de prévention et de proportionnalité¹⁰².

- **Les infrasons**

Certains recourants ont soulevé la question des infrasons. Selon eux, le principe de précaution exigeait de mener des études épidémiologiques afin de cibler l'influence des sons de basse fréquence et des infrasons à doses prolongées. Ils dénonçaient le caractère obsolète des dispositions et directives fédérales à cet égard.

Le tribunal a relevé qu'il n'existait pas de valeurs limites d'immission en ce qui concerne les infrasons, et les autorités devaient apprécier ce type de nuisances en se référant aux principes généraux de la LPE. Le tribunal a considéré qu'en l'absence de valeurs limites d'immission, il était très délicat de se prononcer sur la question des infrasons. Il a constaté qu'il n'existait aucun élément au dossier établissant que les infrasons émis par les éoliennes seraient susceptibles de gêner la population de manière sensible dans son bien-être et il a rejeté le grief¹⁰³.

- **Protection du paysage (impacts sur des objets figurant sur des inventaires fédéraux)**

Les recourants ont invoqué une étude paysagère figurant au dossier qui relevait une perturbation des échelles et des proportions du paysage et préconisait de limiter la hauteur des éoliennes à 100 m. Ils invoquaient aussi le fait que les éoliennes étaient visibles depuis de nombreux sites portés à l'inventaire ISOS et à l'inventaire cantonal des Monuments naturels et des Sites (IMNS)¹⁰⁴. Ils relevaient aussi que les éoliennes entraveraient la vue sur des bas-marais et haut-marais d'importance nationale et sur des sites marécageux d'importance nationale¹⁰⁵ et dénonçaient une violation des ordonnances régissant la protection de ces marais¹⁰⁶. A leur avis, la hauteur de 150 m porterait une atteinte grave et irréversible au paysage.

¹⁰² cf. ATF 1C_506/2009 du 12 mai 2009, in DEP 2009 541, consid. 3.3.

¹⁰³ Arrêt CDAP, AC.2013.0263 consid. 4 p. 48 à 55-56.

¹⁰⁴ Inventaire adopté en application de la LPNMS.

¹⁰⁵ Sites de "la mouille de la Vraconnaz (ou Vraconne)" figurant à l'inventaire des bas-marais, des hauts marais et des sites marécageux d'importance nationale.

¹⁰⁶ Soit l'ordonnance sur les hauts-marais (RS 451.32), l'ordonnance sur les bas-marais (RS 451.33) et l'ordonnance sur les sites marécageux (RS 451.35).

Le tribunal a répondu à cet argument en relevant que le site choisi ne figure dans aucun des inventaires fédéraux ou cantonaux, et que les éoliennes n'auront pas d'incidence sur les buts visés par la protection des bas-marais, des hauts-marais ou des sites marécageux. En revanche, l'impact sur le paysage en général, devait effectivement être pris en compte dans la pesée globale des intérêts à effectuer dans le cadre de l'appréciation générale du projet concernant la décision sur le plan d'affectation¹⁰⁷.

- **Protection de l'avifaune**

Les recourants soutenaient que les études relatives à l'impact des éoliennes sur l'avifaune et les chauves-souris étaient insuffisantes. Ils relevaient aussi que ces études ne mentionnaient pas la carte des conflits potentiels « énergie éolienne-oiseaux » établie par la Station ornithologique suisse.

Le tribunal a relevé que tant les oiseaux migrateurs que les oiseaux nicheurs sont susceptibles d'être affectés par les éoliennes, et qu'il s'agit d'espèces protégées (art. 7 al. 1 et 2 LChP). Il a rappelé la règle de l'article 20 alinéa 2 lettre a de l'ordonnance sur la protection de la nature et du paysage du 16 janvier 1991 (OPN), selon laquelle il est interdit de les tuer ou de les blesser (art. 20 al. 2 let. a OPN), et il a mentionné l'exception prévue par l'article 20 alinéa 3 OPN. Selon cette disposition, des autorisations exceptionnelles peuvent être délivrées pour des atteintes d'ordre technique, qui s'imposent à l'endroit prévu et qui correspondent à un intérêt prépondérant. Mais l'auteur de l'atteinte doit être tenu de prendre des mesures pour assurer la meilleure protection possible, ou, à défaut, le remplacement adéquat des espèces concernées.

La Station ornithologique suisse a établi, à la demande de l'OFEV, la carte suisse des conflits potentiels entre l'énergie éolienne et les oiseaux migrateurs, d'une part, et les oiseaux nicheurs, d'autre part.

La carte concernant les oiseaux *migrateurs* distingue les zones de conflits faibles, réels et élevés. Pour les éoliennes prévues au « Mont des Cerfs », la carte mentionne que le potentiel de conflit est faible, et qu'il est réel pour celles prévues à « La Gitte-Dessus ». Le projet ne se situe donc pas dans une zone où le potentiel de conflit est élevé.

Les problèmes pouvaient se régler par une surveillance radar dès le début de l'exploitation permettant d'établir de manière suffisamment précise le nombre d'oiseaux par kilomètre et par heure et de déterminer ainsi le flux mi-

¹⁰⁷ Arrêt CDAP, AC.2013.0263 consid. 7 p. 57 à 64.

gratoire. Les éoliennes devaient être mises hors service lorsque l'intensité migratoire était supérieure à 50 oiseaux par heure et par kilomètre.

La carte relative aux oiseaux *nicheurs* concerne une liste d'espèces qui, d'une part, ont une importance particulière pour la Suisse et, d'autre part, seraient potentiellement menacées par la création d'un parc éolien. Cette liste comprend 15 espèces. Il s'agit principalement d'espèces pour lesquelles un accroissement même minime du taux de mortalité des adultes peut entraîner à long terme un recul insidieux des populations. Cette carte distingue les zones à faible potentiel de conflit, à potentiel réel, puis élevé et enfin, à potentiel de conflit très élevé.

Les trois éoliennes prévues à la « Gitte-Dessus » se trouvaient dans une zone à potentiel de conflit élevé et proches d'une zone à potentiel de conflit très élevé. Or, aucune étude approfondie de l'impact du projet sur les oiseaux nicheurs n'avait été réalisée dans le cadre de l'étude d'impact, le rapport se bornant à relever que ces oiseaux s'adaptaient progressivement aux éoliennes. Les études relatives à l'impact du projet sur les oiseaux nicheurs devaient par conséquent être complétées afin d'évaluer plus particulièrement l'importance des différentes populations concernées et la diminution de ces populations suite à l'exploitation du parc¹⁰⁸.

- **Protection de la forêt**

L'essentiel du projet se situe dans des pâturages boisés assimilés à de la forêt et les projets routiers pour l'aménagement des pistes d'accès aux éoliennes impliquent d'importants défrichements. Selon les recourants, les conditions du défrichement posées à l'article 5 LFo ne seraient pas réunies, car il existerait de nombreux sites alternatifs en dehors de la forêt susceptibles d'accueillir des parcs éoliens qui auraient dû être privilégiés, mais qui n'avaient pas fait l'objet d'un examen.

Le tribunal a relevé que les crêtes du Jura constituent des emplacements appropriés pour les éoliennes. Or, ces crêtes sont soumises dans leur quasi-totalité à la législation forestière (forêts et pâturages boisés), de sorte que l'implantation d'un parc éolien dans cette région ne peut pratiquement pas se réaliser sans requérir un défrichement. Le potentiel de vent minimum requis pour l'installation d'éoliennes (4,5 m/s) était respecté (5,6 et 5,9 m/s au Mont des Cerfs et à la Gitte-Dessus) et le site de Sainte-Croix était répertorié comme site prioritaire¹⁰⁹. En outre, l'examen des différents sites potentiels réalisés par le

¹⁰⁸ Arrêt CDAP AC.2013.0263 consid. 6 p. 56-57.

¹⁰⁹ "Concept d'énergie éolienne pour la Suisse, OFEN, OFEFP, ARE" d'août 2004. Ce document a été établi dans le cadre d'une démarche visant à trouver un consensus entre les représentants des intérêts de la Confédération, des cantons, des milieux économiques de l'énergie et des associations de

COPEOL répondait à l'exigence concernant l'examen de sites alternatifs. La condition relative à l'implantation imposée par la destination (art. 5 al. 2 let. a LFo) était respectée.

En revanche, la condition de l'article 5 alinéa 3 LFo selon laquelle les exigences de la protection de la nature et du paysage doivent être respectées, posait problème car les études de l'impact du projet sur l'avifaune étaient insuffisantes. Les recours ont donc dû être admis contre les autorisations de défrichement¹¹⁰.

- **Aménagement du territoire – Plan d'affectation spécial**

Les recourants ont fait valoir que le site de Sainte-Croix aurait été intégré dans la planification directrice fédérale (concept d'énergie éolienne de l'OFEN d'août 2004) et cantonale uniquement parce qu'il s'agissait d'un projet très avancé, que le canton avait soutenu de manière importante sur le plan financier. Ils soutenaient que l'intérêt public au développement des énergies renouvelables ne justifiait pas l'atteinte portée aux intérêts opposés.

La CDAP a rappelé que l'obligation de planification applicable aux parcs éoliens ne doit pas conduire à des exigences moins strictes que l'octroi d'une dérogation selon l'article 24 LAT. Ce qui signifiait que l'autorité de planification devait vérifier que l'implantation de l'installation prévue à l'endroit retenu était imposée par sa destination (art. 24 let. a LAT) et qu'aucun intérêt prépondérant ne s'y opposait (art. 24 let. b LAT). L'autorité de planification doit donc procéder, dans cet examen, à une pesée générale des intérêts et, dans ce cadre, évaluer d'éventuels emplacements alternatifs. Le tribunal a ainsi effectué en quelque sorte une synthèse de la pesée des intérêts résultant de l'examen des différents griefs soulevés par les recourants.

aa) détermination de l'intérêt public à la réalisation du projet

Le tribunal s'est référé à l'arrêt concernant le parc éolien du « Crêt Meuron » de 2006, qui avait reconnu un intérêt public à développer l'énergie éolienne là où la géographie le permet, soit spécialement dans l'arc jurassien, ceci quand bien même l'énergie éolienne avait une part proportionnellement faible dans la production et la consommation globales d'électricité. Il a relevé que depuis cet arrêt, l'intérêt public lié au développement des nouvelles énergies renouvelables s'était fortement accentué. A la suite de la catastrophe nucléaire de Fukushima au Japon, le Conseil fédéral avait en effet opté le 25 mai 2011 pour la

protection de l'environnement en ce qui concerne les critères et les principes de sélection des lieux d'implantation d'éoliennes et à déterminer les sites potentiels remplissant tous les critères définis.

¹¹⁰ Arrêt CDAP, AC.2013.0263 consid. 7 p. 64-68.

sortie progressive de l'énergie nucléaire et, en relation avec cette décision, avait élaboré une "stratégie énergétique 2050". Celle-ci implique notamment une augmentation massive du recours aux nouvelles énergies renouvelables¹¹¹.

La stratégie du Conseil fédéral prévoit d'augmenter la production d'électricité d'origine renouvelable non hydraulique – d'origine éolienne notamment – à 4000 GWh d'ici à 2020, à 13'000 GWh d'ici à 2035 et à 22'000 GWh d'ici à 2050. Pour le canton de Vaud, l'objectif à l'horizon 2034 est de produire entre 500 et 1000 GW/h d'énergie éolienne, soit 12 à 25 % de la consommation d'électricité en 2008¹¹². Le tribunal a ainsi constaté qu'il existait *un intérêt public très important* à ce que les 19 sites de production d'énergie éolienne retenus dans le plan directeur cantonal puissent se réaliser. Les recourants avaient relevé que le potentiel de production du site de Sainte-Croix apparaissait inférieur à d'autres sites jurassiens comme le Chasseral ou la Dôle. Mais ces deux sites sont inclus dans l'inventaire fédéral IFP. D'autres sites mentionnés par les recourants, comme le Chasseron, figurent à l'inventaire cantonal IMNS et présentaient des difficultés d'exploitation en raison de problèmes d'accès. C'est pourquoi, l'intérêt public à réaliser les éoliennes sur le site de Sainte-Croix était bien établi et devait être considéré comme important.

bb) la comparaison avec les autres intérêts opposés

Le tribunal a ensuite comparé cet intérêt public aux intérêts privés et publics opposés, à savoir principalement la protection du paysage, la protection des habitants contre le bruit et la protection de la faune.

- *Protection du paysage*

Le tribunal a développé l'argumentation concernant le paysage dans la discussion de synthèse sur le plan d'affectation. Il constate que les éoliennes s'implanteraient sur un pâturage présentant les caractéristiques typiques du paysage jurassien, à savoir un pâturage boisé avec un relief vallonné. Il rappelle que même si le secteur directement concerné ne figure pas dans un inventaire fédéral (IFP ou ISOS) ou cantonal (IMNS), l'impact paysager ne serait pas négligeable, notamment depuis la ville de Sainte-Croix et les villages de l'Auberson et de La Chaux, qui sont inscrits à l'ISOS comme objets d'importance nationale. Le tribunal relève aussi que le « Mont des Cerfs » est clairement visible depuis le village de Sainte-Croix.

Les éoliennes seraient aussi visibles depuis différents points de vue de la région, soit le Chasseron, les Aiguilles de Baulmes et le Mont Suchet. Le site

¹¹¹ Message du Conseil fédéral du 4 septembre 2013 relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050, FF 2013 p. 6771 ss.

¹¹² Fiche F51 du plan directeur cantonal.

marécageux d'importance nationale de la Vraconnaz, mentionné par les recourants, se situe à plusieurs kilomètres des éoliennes ; il est en outre délimité par une crête qui forme une séparation avec le site destiné à accueillir le parc éolien. Finalement, l'impact paysager concerne essentiellement les vues depuis la ville de Sainte-Croix et ses environs sur les éoliennes du « Mont des Cerfs ». Or, la ville de Sainte-Croix avait historiquement un caractère industriel avec des bâtiments de grande taille, liés aux différentes activités qui ont été exercées¹¹³ dans la région, bâtiments qui ont un caractère marquant dans le paysage. Dans ce contexte, l'impact paysager des éoliennes devait être relativisé.

L'atteinte au paysage ne justifiait pas de renoncer à la réalisation d'installations de production d'énergie éolienne, conformément aux objectifs de la stratégie énergétique 2050 et aux objectifs du plan directeur cantonal. Le tribunal s'est posé la question de savoir si la hauteur des éoliennes devait être réduite de 150 à 100 m. Il ressortait toutefois d'un complément à l'étude paysagère que la différence entre une installation de 150 m et une installation de 100 m serait pratiquement inexistante à partir d'une distance de 3-4 km. Ainsi, compte tenu de l'augmentation de production d'électricité que permettrait l'installation d'une éolienne plus haute, une réduction de la hauteur maximale autorisée à 100 m ne se justifiait pas.

- *Protection contre le bruit et protection de la faune*

Le projet ne pouvait être admis que si les valeurs de planification étaient respectées, sous réserve d'un éventuel allègement, la question du respect du principe de prévention ayant été réservée. Le dossier n'était pas complet sur ce point et nécessitait des études supplémentaires. Il en allait de même pour les questions relevant de la protection de la faune.

cc) *Résultat de la pesée des intérêts*

En l'absence d'éléments déterminants pour apprécier les intérêts opposés à l'intérêt public lié à la réalisation du projet, le tribunal a considéré qu'il n'était pas possible de procéder à une pesée correcte et complète de tous les intérêts pertinents. Cette situation justifiait également l'admission des recours contre la décision de l'autorité cantonale approuvant le plan d'affectation cantonal et levant les oppositions¹¹⁴.

¹¹³ Les usines Paillard qui ont produit les caméras Bolex de renommée internationale avant l'arrivée du numérique.

¹¹⁴ Arrêt CDAP AC.2013.0263 consid. 13 p. 74 à 79.

- *En résumé*

En substance, le tribunal a retenu dans l'arrêt que le dossier était incomplet dans le domaine de la protection contre le bruit pour apprécier si les valeurs de planification étaient respectées (art. 23 LPE) et, le cas échéant, si des allègements pouvaient être accordés (art. 25 LPE). Pour l'avifaune, l'étude était aussi lacunaire s'agissant de l'impact du projet sur les oiseaux nicheurs et des conditions de l'octroi d'une éventuelle autorisation exceptionnelle (art. 20 al. 3 OPN). Il n'était donc pas possible d'effectuer la pesée complète des intérêts pour les aspects bruit et faune.

En revanche, le tribunal a posé certains éléments de la pesée des intérêts sur d'autres aspects. La création du parc éolien à Sainte-Croix répondait à un intérêt public très important puisqu'il résultait de la stratégie énergie 2050 du Conseil fédéral, et cet intérêt primait l'intérêt à la protection du paysage. En outre, la plupart des conditions de l'autorisation de défrichement étaient remplies, à l'exception de celle concernant la protection de la nature en raison des lacunes de l'étude sur les oiseaux nicheurs. S'agissant enfin de la question des infrasons, le tribunal ne l'avait pas vraiment examinée en constatant que l'OPB ne fixait aucune valeur limite sur ce point.

C'est finalement dans le cadre de l'examen du plan d'affectation que le tribunal a procédé à la synthèse de la pesée des intérêts en appliquant par analogie la règle de l'article 24 lettre b LAT. Il a constaté que la condition concernant l'étude de solutions alternatives qu'impliquait cette disposition avait été respectée par le processus de sélection des sites retenus dans le plan directeur cantonal, mais que la décision d'approbation du plan ne pouvait être maintenue en raison des lacunes du dossier concernant les aspects sur le bruit et la faune.

VI. La coordination d'intérêts divergents dans la procédure d'autorisation de construire

On a vu que la procédure de permis de construire sert à vérifier si les constructions et installations prévues par des projets concrets sont conformes aux plans d'affectation (art. 22 LAT). La pondération des intérêts divergents s'effectue également dans le cadre de cette procédure, par l'application du principe de coordination.

C'est aussi dans la procédure de permis de construire que les exigences spécifiques concernant les économies d'énergie dans les bâtiments sont vérifiées ; il s'agit des prescriptions cantonales sur l'isolation thermique, la part minimale d'énergies renouvelables ou de récupération à mettre en œuvre, la

climatisation et la ventilation mécanique et l'indice de dépense d'énergie notamment¹¹⁵.

La loi fédérale sur l'énergie délègue en effet aux cantons la compétence de fixer dans leur législation des conditions générales favorisant une utilisation économe et rationnelle de l'énergie, ainsi que le recours aux énergies renouvelables dans les bâtiments (art. 9 al. 1 LENe), conformément au mandat constitutionnel, précisant que les mesures concernant la consommation d'énergie dans les bâtiments sont au premier chef du ressort des cantons (art. 89 al. 3 Cst.).

Dans leur grande majorité, les dispositions relatives aux économies d'énergie en jeu dans la procédure d'autorisation de construire sont d'ordre technique. Leur application dans une telle procédure ne donne lieu à pratiquement aucune contestation et n'implique pas de véritable pesée d'intérêts.

Les installations solaires constituent une exception notable à ce principe. En effet, elles modifient l'aspect extérieur des constructions de manière significative. Elles imposent dès lors une pesée des intérêts entre l'intégration et l'esthétique des constructions, ainsi que la protection des sites, monuments et paysages, d'une part, et la promotion des énergies renouvelables d'autre part. Le législateur fédéral a réglementé directement cette question par l'adoption de l'article 18a LAT.

A. La première version de l'article 18a LAT (2007)

Introduit en 2007, l'article 18a LAT trouve son origine dans les délibérations parlementaires concernant l'évolution de la politique agricole¹¹⁶. Sa première version avait la teneur suivante :

« Art 18a Installations solaires

Dans les zones à bâtir et les zones agricoles, les installations solaires soigneusement intégrées aux toits et aux façades sont autorisées dès lors qu'elles ne portent atteinte à aucun bien culturel, ni à aucun site naturel d'importance cantonale ou nationale. »

¹¹⁵ Voir par exemple les prescriptions en matière d'isolation thermique et de protection thermique estivale ; de préparation d'eau chaude sanitaire, d'aération, d'éclairage, de chauffage et de climatisation, ainsi que d'indice de dépense d'énergie, prévues par la loi genevoise sur l'énergie du 18 septembre 1986 et précisées par son règlement d'application du 31 août 1988 (L 2 30.01). La loi vaudoise sur l'énergie du 16 mai 2006 (RSV 730.01) et son règlement d'application du 14 octobre 2006 (RSV 730.01.1) prévoient un même type d'exigences énergétiques applicables dans le cadre de la procédure d'autorisation de construire, comme la part minimale d'énergies renouvelables ou de récupération à mettre en œuvre, ainsi que l'isolation et la protection thermique des bâtiments notamment.

¹¹⁶ CHRISTOPH JÄGER, Commentaire LAT, Art. 18a N° 1 et 2.

La constitutionnalité de cette norme a été mise en doute¹¹⁷. Les bases constitutionnelles sur l'aménagement du territoire (art. 75 Cst.), l'énergie (art. 89 Cst.) et la protection de la nature et du patrimoine (art. 78 Cst.) semblaient insuffisantes pour légitimer une intervention du législateur fédéral visant à réglementer dans le détail l'octroi de permis de construire en zone à bâtir pour des installations solaires¹¹⁸. Mais l'harmonisation des conditions d'autorisation au niveau suisse représentait l'un des seuls moyens de favoriser le recours à l'énergie solaire et l'article 18a LAT pourrait trouver son fondement dans les compétences de la Confédération en matière politique énergétique¹¹⁹.

Le champ d'application de l'article 18a LAT était limité aux zones à bâtir (art. 15 LAT) et aux zones agricoles (art. 16 LAT). Il n'incluait pas les zones à protéger au sens de l'article 17 LAT, même si certaines zones à protéger se superposent aux zones à bâtir, car le but de protection prédomine¹²⁰.

Quant à la notion de « *biens culturels ou sites naturels d'importance nationale ou cantonale* », elle comprenait les sites répertoriés dans un inventaire fédéral ou cantonal¹²¹, ou encore figurant dans l'inventaire suisse des biens culturels d'importance nationale et régionale (voir Inventaire PBC)¹²².

L'article 18a LAT a été modifié lors des débats parlementaires concernant la révision de la LAT de 2012.

B. La seconde version de l'article 18a LAT (2012)

La nouvelle disposition, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2014, est formulée comme suit :

¹¹⁷ CHRISTOPH JÄGER, Commentaire LAT, Art. 18a N° 3.

¹¹⁸ CHRISTOPH JÄGER, Commentaire LAT, Art. 18a N° 8 : « (...) L'art. 18a, du moins en tant qu'il régit l'autorisation des installations solaires en zone à bâtir – porte une atteinte inadmissible à la souveraineté des cantons en matière d'aménagement du territoire, atteinte que l'on ne saurait justifier en invoquant l'art. 89 Cst. (...) ».

¹¹⁹ CHRISTOPH JÄGER, Commentaire LAT, Art. 18a N° 6.

¹²⁰ CHRISTOPH JÄGER, Commentaire LAT, Art. 18a N° 17.

¹²¹ CHRISTOPH JÄGER, Commentaire LAT, Art. 18a N° 29.

¹²² L'inventaire est fondé sur les bases légales suivantes :

Bases légales internationales :

- Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (RS0.520.3),
- Deuxième Protocole du 26 mars 1999 à la Convention de La Haye de 1954 (RS0.520.33),

Bases légales nationales

- Loi fédérale du 20 juin 2014 sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, de catastrophe ou de situation d'urgence (LPBC ; RS 520.3),
- Ordonnance du 29 octobre 2014 sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, de catastrophe ou de situation d'urgence (OPBC ; RS520.31).

« Art 18a Installations solaires

1 Dans les zones à bâtir et les zones agricoles, les installations solaires suffisamment adaptées aux toits ne nécessitent pas d'autorisation selon l'art. 22, al. 1. De tels projets doivent être simplement annoncés à l'autorité compétente.

2 Le droit cantonal peut :

- a. désigner des types déterminés de zones à bâtir où l'aspect esthétique est mineur, dans lesquels d'autres installations solaires peuvent aussi être dispensées d'autorisation ;
- b. prévoir une obligation d'autorisation dans des types précisément définis de zones à protéger.

3 Les installations solaires sur des biens culturels ou dans des sites naturels d'importance cantonale ou nationale sont toujours soumises à une autorisation de construire. Elles ne doivent pas porter d'atteinte majeure à ces biens ou sites.

4 Pour le reste, l'intérêt à l'utilisation de l'énergie solaire sur des constructions existantes ou nouvelles l'emporte en principe sur les aspects esthétiques. »

Sur le principe, la nouvelle disposition remplace l'autorisation de construire par une obligation d'annonce (al. 1) ; il n'est plus nécessaire d'intégrer soigneusement les installations solaires aux toits et aux façades, et il suffit qu'elles soient suffisamment adaptées aux toits (al. 1 in fine). Alors que les installations solaires ne devaient pas porter atteinte aux biens culturels et aux sites naturels d'importance nationale et cantonale, l'atteinte ne doit pas être majeure (al. 3). Enfin, une présomption est donnée quant au résultat de la pesée des intérêts : l'intérêt à l'utilisation de l'énergie solaire dans les bâtiments doit en principe l'emporter sur l'intérêt concernant l'esthétique (al. 4).

- La constitutionnalité

Les problèmes de constitutionnalité que posait la première version de 2007 ne sont pas résolus par la version de 2012. Il y a toujours un empiètement sur les compétences cantonales en matière de procédure d'autorisation de construire en zones à bâtir. Les doutes concernant la première version de 2007 subsistent.

- Le champ d'application

Le champ d'application de cette règle reste limité aux zones à bâtir et aux zones agricoles. Les zones à protéger (art. 17 LAT) ne sont donc toujours pas concernées par cette nouvelle disposition. Ainsi, dans toutes les zones à protéger au sens de l'article 17 alinéa 1 LAT, la procédure d'autorisation de construire cantonale continue de s'appliquer.

- **L'obligation d'annonce**

L'obligation d'annonce implique nécessairement une décision de l'autorité. En effet, la dispense d'autorisation de construire n'est pas générale, mais elle est soumise à des conditions qui sont les suivantes :

- l'installation solaire est suffisamment adaptée aux toits,
- elle n'est pas comprise dans une zone à protéger au sens de l'article 17 LAT,
- elle ne touche pas un bien culturel ou un site naturel d'importance nationale ou cantonale,
- elle n'est pas comprise dans les zones à protéger que désigne le droit cantonal à cet effet (art. 18a al. 2 let. b LAT).

L'autorité qui reçoit l'annonce doit se prononcer sur le caractère admissible de la dispense. Si l'une ou l'autre de ces conditions ne sont pas remplies, l'autorité doit être en mesure de statuer en refusant l'annonce et en soumettant le projet à la procédure d'autorisation de construire.

- **Les dispositions fédérales d'exécution**

Le Conseil fédéral a précisé la portée de l'article 18a LAT aux articles 32a et 32b OAT, entrés en vigueur le 1^{er} mai 2014. Le nouvel article 32a OAT définit de manière détaillée ce qu'il faut entendre par installations solaires suffisamment adaptées aux toits à l'alinéa 1^{er} ¹²³ et précise la procédure à suivre à l'alinéa 3¹²⁴.

Le nouvel article 32b OAT définit directement la notion de biens culturels d'importance nationale et cantonale¹²⁵. Cette définition apporte une clarifica-

¹²³ L'article 32a alinéa 1 OAT est formulé comme suit :

« Les installations solaires sont considérées suffisamment adaptées aux toits (art. 18a, al. 1, LAT) si les conditions suivantes sont réunies :

- a. elles ne dépassent pas les pans du toit perpendiculairement de plus de 20 cm ;
- b. elles ne dépassent pas du toit, vu de face et du dessus ;
- c. elles sont peu réfléchissantes selon l'état des connaissances techniques ;
- d. elles constituent une surface d'un seul tenant ».

¹²⁴ Les projets dispensés d'autorisation doivent être annoncés avant le début des travaux à l'autorité délivrant le permis de construire ou à une autre autorité désignée par le droit cantonal. La législation cantonale doit encore fixer le délai dans lequel l'annonce doit être faite et préciser quels plans et autres documents doivent y être joints.

¹²⁵ L'article 32b OAT est formulé dans les termes suivants :

« Art. 32b Installations solaires sur des biens culturels

Sont considérés comme des biens culturels d'importance cantonale ou nationale (art. 18a, al. 3, LAT) :

tion bienvenue permettant d'assurer une application uniforme de ce concept dans les cantons.

- Les dispositions cantonales d'exécution

Les cantons doivent préciser la portée juridique de l'obligation d'annonce, le délai de réponse, ainsi que les documents à produire avec l'annonce. Le canton de Vaud a déjà introduit une obligation d'annonce pour certains travaux qui ne sont pas soumis à l'exigence d'une autorisation de construire au sens de l'article 22 alinéa 1 LAT¹²⁶. Ces travaux peuvent faire l'objet d'une annonce s'ils respectent certaines conditions. Après l'annonce, la décision municipale doit intervenir dans les 30 jours¹²⁷. La décision porte sur la question de savoir si les travaux annoncés nécessitent ou non une autorisation¹²⁸. La liste précise des travaux pouvant faire l'objet de la procédure d'annonce figure dans le règlement d'application de la LATC¹²⁹.

Le canton de Vaud a intégré les installations solaires en toiture à la procédure d'annonce existante¹³⁰.

- La réserve du droit cantonal (al. 2)

L'article 18a alinéa 2 LAT réserve dans deux hypothèses les compétences cantonales : soit pour désigner des zones à bâtir où d'autres installations solaires

-
- a. les biens culturels au sens de l'art. 1, let. a et b, de l'ordonnance du 29 octobre 2014 sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, de catastrophe ou de situation d'urgence ;
 - b. les périmètres, ensembles et éléments individuels figurant à l'Inventaire fédéral des sites construits d'importance nationale à protéger en Suisse et assortis d'un objectif de sauvegarde A ;
 - c. les biens culturels d'importance nationale ou régionale répertoriés dans un autre inventaire adopté par la Confédération sur la base de la loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (LPN) ;
 - d. les biens culturels d'importance nationale ou régionale auxquels des contributions fédérales au sens de l'art. 13 LPN ont été accordées ;
 - e. les constructions et installations entrant dans le champ d'application de l'art. 24d, al. 2, LAT ou de l'art. 39, al. 2, de la présente ordonnance en raison de la protection dont elles bénéficient ;
 - f. les objets qui, dans le plan directeur approuvé par la Confédération, sont désignés comme étant des biens culturels d'importance cantonale au sens de l'art. 18a, al. 3, LAT ».

¹²⁶ Voir l'article 103 alinéa 2 LATC.

¹²⁷ Article 103 alinéa 4 LATC.

¹²⁸ L'article 103 alinéa 5 LATC précise encore que la municipalité consulte le Service de l'aménagement du territoire pour les projets dont l'implantation est située hors de la zone à bâtir et le service chargé des monuments historiques pour les bâtiments inscrits à l'inventaire ou qui présentent un intérêt local en raison de leur valeur architecturale, paysagère, historique ou culturelle qui est préservée.

¹²⁹ Il s'agit de l'article 68a du règlement d'application du 19 septembre 1986 de la loi sur l'aménagement du territoire et les constructions (RLATC ; RSV 700.11.1).

¹³⁰ Un alinéa 2bis nouveau a été ajouté à l'art. 68a RLATC pour préciser que les installations solaires visées à l'art. 18a LAT peuvent également faire l'objet d'une dispense d'autorisation.

peuvent aussi être dispensées d'autorisation (let. a) ; soit pour prévoir une obligation d'autorisation dans certaines catégories de zones à protéger (let. b).

La première réserve (lettre a) donne la base légale pour permettre aux cantons d'étendre la dispense d'autorisation pour d'autres types d'installations solaires. Comme l'article 18a LAT vise essentiellement les installations solaires en toiture, les autres installations pourraient donc être posées au sol ou en façade. En ce qui concerne le type de zones visées, il peut s'agir des zones spéciales prévues pour des activités déterminées au sens de l'article 18 alinéa 1 LAT, comme les zones d'extraction de matériaux, les décharges etc. Les zones d'activité, artisanales et/ou industrielles ou encore les zones commerciales, peuvent également être concernées, mais les exigences de qualité d'intégration (art. 3 al. 2 let. b LAT) peuvent aussi s'appliquer à ce type de zones où les communes s'efforcent d'assurer une certaine qualité de l'environnement¹³¹.

Le canton de Vaud a fait application de cette réserve. Il a soumis à la procédure d'annonce les installations solaires sur des toitures plates dans les zones d'activités, les zones d'utilité publique et les zones mixtes¹³². Toutefois, ces zones font déjà partie de la zone à bâtir et on peut se demander si les installations solaires sur les toitures plates ne sont pas déjà régies par la procédure d'annonce de l'article 18a LAT.

La portée de la deuxième réserve (lettre b) est plus difficile à délimiter. Les zones à protéger que les cantons doivent adopter en application de l'article 17 al. 1 LAT sont déjà exclues du champ d'application de l'article 18a LAT. La lettre b devrait donc viser des zones à protéger spéciales du droit cantonal qui se distinguent de celles du droit fédéral. Il peut s'agir par exemple de zones de verdure qui contribuent aux buts de l'article 3 alinéa 3 lettre e LAT (ménager dans le milieu bâti de nombreux aires de verdure et espaces plantés d'arbres), ou les zones de dégagement, assurant la transition entre les zones à bâtir et les zones agricoles. Ou encore les zones de détente et les territoires servant au délassement (art. 3 al. 2 let. d in fine LAT), ainsi que les zones de village ou de bourgs anciens, qui ne font pas partie des localités typiques de l'article 17 alinéa 1 lettre c LAT.

La mise en œuvre de l'article 18a alinéa 2 lettre b LAT nécessite de toute manière d'identifier dans un premier temps quelles sont les zones qui répondent à la notion de zones à protéger au sens de l'article 17 LAT, d'emblée exclues de son champ d'application, pour examiner ensuite s'il reste des zones à

¹³¹ Arrêt CDAP AC.2011.0322 du 7 octobre 2014 consid. 5.

¹³² Adjonction du nouvel alinéa 2ter à l'article 68 RLATC, dont la teneur est la suivante : « des installations solaires peuvent être aménagées sans autorisation sur des toitures plates dans les zones d'activités, les zones d'utilité publique et les zones mixtes pour autant que les dispositions du règlement d'affectation soient respectées et que ces installations ne portent pas d'atteinte majeure aux biens culturels d'importance nationale ou cantonale mentionnés à l'article 32b OAT ».

protéger qui ne répondraient pas à la notion de bien culturels et sites naturels d'importance nationale et cantonale.

- **Pesée d'intérêts concernant l'aspect esthétique (al. 4)**

Champ d'application

Le législateur pose la présomption selon laquelle l'utilisation de l'énergie solaire a un poids prépondérant sur l'aspect esthétique. Il résout donc lui-même la pesée d'intérêts de principe sur ce point. Le champ d'application de l'alinéa 4 est toutefois lié à celui de l'article 18a LAT (zones à bâtir et agricole) et ne s'applique pas aux zones à protéger de l'article 17 LAT, où l'autorité conserve sa liberté d'appréciation.

L'alinéa 4 entre en considération dans les situations où les installations solaires doivent faire l'objet d'une autorisation de construire. Il n'y a en effet pas de pesée d'intérêts à effectuer dans les cas où les installations sont seulement annoncées. L'alinéa 4 s'applique donc lorsque les conditions de la dispense d'autorisation ne sont pas réunies, à savoir : lorsque les installations solaires ne sont pas suffisamment adaptées aux toits (art. 32a al. 1 OAT), ou lorsqu'elles sont situées dans une zone à protéger désignée par le droit cantonal (art. 18a al. 2 let. b LAT) ; en revanche, l'utilisation des termes « *pour le reste* », au début de l'alinéa 4, laisse entendre qu'il ne s'applique pas aux situations de l'alinéa 3, visant les constructions comprises dans un bien culturel et ou un site naturel d'importance fédérale et cantonale (art. 18a al. 3 LAT et art. 32b OAT) ; ces sites peuvent d'ailleurs correspondre aux zones à protéger de l'article 17 LAT et la nécessité de l'autorisation est prévue spécialement pour des motifs d'intégration d'esthétique pour lesquels la pesée d'intérêts est nécessaire.

La clause d'esthétique

En utilisant le terme « esthétique », le législateur fait appel à un concept connu en matière de police des constructions. Les différentes lois cantonales comportent en général une disposition désignée « clause d'esthétique ». Dans le canton de Vaud, cette règle se retrouve à l'article 86 LATC ; même si un projet est conforme aux règles d'une zone à bâtir, la municipalité peut refuser le permis de construire s'il est susceptibles de compromettre l'aspect et le caractère d'un site, d'une localité, d'un quartier ou d'une rue, ou de nuire à l'aspect d'un édifice de valeur historique, artistique ou culturelle. La jurisprudence a donné une portée précise à la clause d'esthétique¹³³, et réserve un large pouvoir

¹³³ Voir l'arrêt du principe ATF 101 Ia 213, consid. 6c p. 222 et es autres arrêts qui ont suivi, notamment : ATF 115 Ia 114 consid. 3d p. 119 ; 363 consid. 3a p. 366/367 ; 370 consid. 5 p. 377.

d'appréciation aux municipalités¹³⁴. En disposant d'emblée que *l'intérêt à l'utilisation de l'énergie solaire sur des constructions existantes ou nouvelles l'emporte en principe sur les aspects esthétiques*, l'alinéa 4 limite donc sévèrement ce pouvoir d'appréciation des municipalités. L'utilisation des termes « *en principe* » laisse toutefois subsister une marge de manœuvre à l'autorité pour les situations extrêmes ou non prévues. C'est pourquoi, l'on peut considérer que la prédominance, consacrée par l'alinéa 4, de l'intérêt à l'utilisation de l'énergie solaire sur l'esthétique, constitue une présomption réfragable.

La protection des villages et des bourgs.

La clause générale d'esthétique se distingue des réglementations détaillées des zones de villages et bourgs, qui imposent des conditions d'intégration particulières. La jurisprudence a précisé que de telles dispositions ont une portée plus restrictive et bien distincte de celle de la clause générale d'esthétique, en ce sens qu'elles posent des exigences spécifiques d'intégration et font partie des mesures que les communes ont la compétence d'édicter dans leur plan d'affectation pour les paysages, les sites, les localités et les ensembles méritant protection¹³⁵. L'autorité communale ne bénéficie pas de la même marge d'appréciation, car les impératifs de protection s'imposent de manière plus précise et détaillée¹³⁶.

Cela étant, l'alinéa 4 impose de toute manière de prendre en compte l'intérêt à la promotion des énergies renouvelables dans l'application de ces règles spécifiques d'intégration, et de favoriser chaque fois que cela est possible et compatible avec les objectifs de protection, la pose d'installations solaires.

C. Exemples de la pratique vaudoise sur l'ancien article 18a LAT (2007)

A ce jour, l'essentiel de la jurisprudence a été rendue en application de l'ancien article 18a LAT de 2007. Les cas mentionnés reflètent toutefois la manière dont les intérêts ont été pondérés sous l'empire de cette règle.

¹³⁴ ATF 132 II 408 consid. 4.3 p. 416 et les références ; arrêt 1P.678/2004 du 21 juin 2005 consid. 4, in ZBl. 2006 p. 430.

¹³⁵ Voir les arrêts vaudois AC.2012.0346 du 28 août 2013 consid. 8d, AC.2012.0238 du 28 mars 2013 consid. 1c, AC.2011.0068 du 27 décembre 2011 consid 1b, AC.2010.0299 du 18 octobre 2011 consid. 3b, AC.2006.0044 du 30 octobre 2006 consid. 3d, AC.2003.0204 du 21 décembre 2004 consid. 2b.

¹³⁶ Ces règles détaillées posant des exigences d'intégration spécifiques sont toutefois souvent intégrées dans les zones à protéger au sens de l'article 17 alinéa 1 lettre c LAT. Voir les arrêts vaudois de la CDAP AC.2015.0089 du 11 novembre 2015 consid. 2a/bb ; AC.2013.0397 du 19 août 2014, consid. 5d ; AC.2012.0238 du 28 mars 2013 consid. 1c ; AC.2010.0207 du 12 juillet 2011 consid. 2b, AC.2004.0204 du 21 décembre 2004, AC.2003.0204 du 21 décembre 2003 consid. 2b.

Dans le vieux bourg de Lucens, le tribunal a confirmé le refus de la municipalité de poser des panneaux solaires sur la toiture d'un bâtiment historique. L'intérêt du propriétaire devait céder le pas à l'intérêt public à la préservation du bâtiment, dont le toit était particulièrement exposé à la vue depuis les monuments historiques de Lucens (château, chapelle Ste-Agnès, Tourmette, porte de Bretèche) ; la pose des panneaux portait atteinte à la substance et au caractère d'un toit classé monument historique qui faisait partie d'un ensemble de maisons contiguës constituant un bourg des 16-18^{èmes} siècles, classé à l'inventaire ISOS ; ainsi, elle porterait atteinte au sens de l'article 18a LAT à un bien d'importance cantonale¹³⁷.

Dans le site de Lavaux, le tribunal a annulé le permis de construire délivré pour l'aménagement de panneaux solaires d'une surface de 12 m² sur un mur de soutènement des CFF. Il a rappelé que le site de Lavaux était protégé selon l'article 52a de la Constitution vaudoise et inscrit depuis 2007 au Patrimoine mondial de l'Unesco, qu'il faisait partie de l'inventaire fédéral IFP et que la loi sur le plan de protection de Lavaux avait notamment pour but d'empêcher toute atteinte qui puisse altérer le caractère et la beauté de la région de Lavaux. Or, les panneaux étaient visibles à une distance de 150 mètres environ. Le Lavaux étant un site extrêmement sensible, l'impact des capteurs solaires était disproportionné par rapport au but visé par le constructeur, auquel d'autres solutions s'offraient¹³⁸.

Le tribunal a annulé la décision de la municipalité de Cheseaux-Noréaz refusant une autorisation de construire pour l'installation de six panneaux solaires, d'une surface de 15 m² environ, sur la toiture plate d'une habitation individuelle. L'installation était presque invisible depuis la rue à proximité et s'intégrait harmonieusement aux formes du bâtiment. Son emprise sur la toiture demeurait relativement modeste et n'empêchait pas que la majeure partie de la surface de celle-ci (126 m² au total) soit végétalisée. L'élément saillant des panneaux solaires ne dépassait pas le gabarit de la toiture à deux pans que les recourants auraient pu réaliser à la place d'un toit plat et son impact visuel était sensiblement inférieur à ce qu'aurait pu être celui d'une toiture traditionnelle¹³⁹. On relèvera que pour un tel ouvrage, le nouvel article 18a LAT prévoit maintenant seulement l'obligation d'annonce.

Dans la commune de Mont-sur-Rolle, au hameau des Truits, le tribunal a annulé une décision de la Municipalité délivrant un permis de construire pour l'installation de panneaux solaires sur un immeuble porté à l'inventaire cantonal des monuments historiques et des antiquités du Canton de Vaud. Les pan-

¹³⁷ Arrêt CDAP AC.2008.0215 du 20 mai 2009 consid. 4c.

¹³⁸ Arrêt CDAP AC.2009.0238 du 31 mai 2010 consid. 2.

¹³⁹ Arrêt CDAP AC.2009.0044 du 23 novembre 2010 consid. 2b.

neaux, d'une surface inférieure à 8 m², n'étaient pas intégrés au toit. Ils étaient bien visibles depuis les parcelles situées en amont et attiraient l'œil d'un observateur regardant dans la direction du lac. Ils formaient un écran insolite dans la silhouette des toits du hameau des Truits, inscrit à l'ISOS, et qui méritait spécialement d'être conservé intact ou en tout cas d'être ménagé le plus possible en application de l'article 6 alinéa 1 LPN¹⁴⁰.

Dans la commune de Crans-près Céligny, la municipalité avait refusé l'aménagement de 57 m² de panneaux solaires sur la toiture d'une villa pour le motif que l'installation n'était pas conforme à la réglementation communale qui exigeait que la couverture des toitures soit exécutée en petites tuiles plates du pays. Le tribunal s'est référé à l'article 18a LAT (2007) et il a constaté que l'installation solaire était prévue dans un quartier de villas qui ne comportait aucun bien culturel ni aucun site naturel d'importance cantonale ou nationale ; il n'y avait donc aucun risque d'atteinte à de tels monuments. La municipalité ne pouvait fixer d'autres conditions que celles de l'article 18a LAT (2007) pour autoriser les capteurs, qui prévoyait seulement une intégration soignée à la toiture. Or, l'installation était posée sur un pan de toit existant, sans autre superstructure, et elle était bien intégrée au toit¹⁴¹.

Dans le village de Givrins, porté à l'inventaire ISOS, le tribunal a statué sur un projet d'une installation solaire de 30 m² sur la toiture d'une ancienne maison paysanne construite en 1839, bénéficiant de la note 3 au recensement architectural. Le département cantonal en charge des monuments et sites avait recouru contre l'octroi du permis de construire. Le tribunal a considéré que par son inscription à l'inventaire ISOS, le village de Givrins devait être considéré comme un « bien culturel d'importance nationale » au sens de l'article 18a LAT (2007), et il convenait d'examiner si l'installation portait atteinte à ce bien. Une attention particulière devait donc être apportée à l'intégration de l'installation au bâtiment destiné à l'accueillir. Or, l'implantation des capteurs, prévue près du faite, était située à l'endroit le plus visible de la toiture. La typologie du bâtiment, avec des ouvertures plutôt verticales en toiture, n'était pas respectée. La pose de panneaux solaires n'était pas exclue, mais il convenait de trouver un positionnement de l'installation sur le toit qui respecte mieux les caractéristiques du bâtiment et qui soit ainsi compatible avec la protection du bien d'importance nationale que constituait le village de Givrins¹⁴².

¹⁴⁰ Arrêt CDAP AC.2010.0126 du 28 novembre 2011 consid. 2.

¹⁴¹ Arrêt CDAP AC.2012.0133 du 4 février 2013 consid. 2.

¹⁴² Arrêt CDAP AC.2012.0236 du 8 mai 2013 consid. 4.

D. Exemple avec le nouvel article 18a LAT (2012)

Dans un arrêt récent le tribunal a statué sur le nouvel article 18a LAT (2012)¹⁴³. Il s'agissait d'un projet de transformation dans le centre du village de Gimel avec une installation solaire de 20 m² sur le pan sud de la toiture. Le projet avait été mis à l'enquête publique avant le 1^{er} mai 2014, de sorte que la procédure d'annonce n'était pas encore en force. Mais le tribunal a appliqué les critères matériels de la nouvelle règle et de ses dispositions d'exécution¹⁴⁴.

Les recourants soutenaient que ces panneaux portaient une atteinte inadmissible au bâtiment et défiguraient la toiture. Toutefois, le tribunal a relevé que l'article 18a alinéa 4 LAT consacrait le principe de la primauté de l'intérêt à l'utilisation de l'énergie solaire sur les aspects esthétiques. Ce n'était qu'en présence d'une atteinte majeure à un bien culturel ou à un site naturel d'importance cantonale ou nationale que l'autorisation de poser des panneaux solaires pourrait être refusée. Or, l'installation solaire projetée ne jouxtait aucun bien culturel ni aucun site naturel d'importance cantonale ou nationale, et le village de Gimel n'est pas inscrit à l'inventaire ISOS. Il suffisait ainsi que l'installation solaire soit suffisamment adaptée au toit et réponde aux exigences spécifiques de l'article 32a alinéa 1 OAT, ce qui était le cas.

Les recourants soutenaient aussi que l'installation porterait une grave atteinte au site car le bâtiment appartenait au front bâti sud du village de Gimel. Le tribunal a constaté que le bâtiment était effectivement bien visible depuis la route cantonale qui passe au sud du village et qu'il constituait un élément intéressant du front bâti. Il a toutefois relevé qu'il se trouvait à côté d'autres bâtiments à l'architecture moderne ou sans caractéristiques particulières dont certains comportaient plusieurs ouvertures en toitures, ainsi que des panneaux solaires de dimensions variées. Le site ne présentait pas des qualités exceptionnelles, propres à renverser la présomption posée par l'article 18a alinéa 4 LAT.

Compte tenu de la pesée des intérêts opérée par le législateur fédéral, l'intérêt public à utiliser l'énergie solaire primait sur des critères d'ordre esthétique. Les panneaux solaires devaient donc être autorisés directement en application du droit fédéral.

¹⁴³ Arrêt CDAP AC.2014.0167 du 28 juillet 2015.

¹⁴⁴ Il ressort de l'article 52 alinéa 1 OAT que les procédures en cours au moment de l'entrée en vigueur de la présente ordonnance sont soumises au nouveau droit.

E. Cas de la maison solaire à Saint-Sulpice

- Les faits

La Municipalité de Saint-Sulpice a refusé de délivrer un permis de construire pour la réalisation d'un bâtiment d'habitation collective conçu pour optimiser les apports d'énergie solaire. Ce projet se caractérisait par la forme légèrement arrondie de sa toiture au niveau de l'attique, sur laquelle devait être installée des capteurs photovoltaïques.

Le concept énergétique de l'enveloppe du bâtiment permettait de produire une moyenne d'environ 80'000 KW/h par an. Cette performance énergétique était liée à la forme de la toiture, dont la légère pente orientée au nord permettait un rendement encore suffisant des cellules photovoltaïques. L'arrêt cantonal reproduit le schéma du concept énergétique de cette maison¹⁴⁵.

Le recours formé par le propriétaire contre le refus du permis de construire a été admis par arrêt de la CDAP du 31 décembre 2014 et le recours formé par la Commune de Saint-Sulpice auprès du Tribunal fédéral contre cet arrêt a été admis le 18 novembre 2015.

- L'arrêt de la CDAP du 31 décembre 2014

La réglementation communale sur les toitures n'excluait pas les toitures qui présentaient une forme différente des toitures classiques à pans. On ne pouvait pas vraiment parler d'une dérogation puisque la règle elle-même permettait d'autres formes. La municipalité détenait donc la compétence réglementaire d'autoriser la forme de toiture.

Le pouvoir d'appréciation de la municipalité dans l'application des règles concernant la forme des toitures avait été limité par la réglementation communale, lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour favoriser la réalisation de bâtiments économes en énergie dans les limites de ses attributions.

Or, l'octroi d'un permis de construire un immeuble avec une forme de toiture légèrement arrondie, favorisant l'utilisation passive et active de l'énergie solaire pour la réalisation d'un bâtiment particulièrement économe en énergie, faisait justement partie de ses attributions de sorte qu'elle était en mesure d'autoriser le projet.

Dans une argumentation subsidiaire, la CDAP a estimé que les conditions d'octroi d'une dérogation étaient de toute manière remplies. La forme arrondie

¹⁴⁵ Arrêt CDAP 2013.0151 du 31 décembre 2014.

de la toiture contribuait aux objectifs d'économie d'énergie visés par la législation fédérale et cantonale sur l'énergie, de sorte que le motif de la dérogation répondait à un intérêt public majeur.

La réglementation traditionnelle des zones à bâtir n'était pas conçue pour favoriser l'utilisation de l'énergie solaire, qui nécessitait des solutions techniques et architecturales spécifiques s'écartant de la réglementation habituelle sur les matériaux et la forme des toitures. Cette situation impliquait l'octroi de dérogations sur la forme des toitures, pour autant que les gabarits de hauteurs soient respectés, condition satisfaite par le projet.

Enfin, le quartier considéré présentait des formes de toitures hétérogènes (toitures plates, à deux ou à quatre pans et toitures arrondies) et n'avait pas l'aspect d'un ensemble de valeur. En outre, les travaux préparatoires de la réglementation communale ne comportaient aucune indication concernant l'importance à donner à la forme des toitures dans la zone considérée.

Ainsi, l'intérêt public théorique à maintenir une apparence uniforme des toitures dans la zone considérée, d'importance locale, ne devait pas l'emporter sur l'intérêt public à la promotion des énergies renouvelables, d'importance nationale.

- **L'arrêt du Tribunal fédéral du 18 novembre 2015¹⁴⁶**

La substance de l'argumentation du Tribunal fédéral est basée sur l'autonomie communale, garantie par l'article 50 Cst. Le Tribunal fédéral a relevé que les prescriptions relatives à la forme des toits d'une construction visaient essentiellement à assurer l'intégration architecturale d'un bâtiment et présentaient un intérêt local pour lequel la commune bénéficiait d'un large pouvoir d'appréciation. La solution communale reposait sur une interprétation admissible du droit communal et découlait d'une appréciation soutenable des circonstances.

Concernant les conditions d'octroi de la dérogation, le Tribunal fédéral a estimé que d'autres solutions techniques auraient permis un bon rendement énergétique et qu'il ne pouvait contraindre la municipalité à accorder une dérogation à la forme des toitures au risque de compromettre l'intérêt public à la conservation d'un cachet traditionnel du village.

¹⁴⁶ ATF 1C_92/2015 du 18.11.2015.

- En résumé

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a accordé une importance prépondérante à l'intérêt public local lié à la forme des toitures, qui a été jugé supérieur à l'intérêt public lié aux économies d'énergies et aux énergies renouvelables, soutenu par des normes de niveaux fédéral et cantonal. L'autonomie communale et le contrôle de la municipalité sur l'octroi d'une dérogation concernant la forme des toitures a joué un rôle essentiel pour le Tribunal fédéral.

En définitive, il ressort de l'arrêt du Tribunal fédéral que l'intérêt à la protection de l'autonomie communale, de niveau constitutionnel (art. 50 Cst.), prime sur l'intérêt à la politique énergétique fédérale, de niveau constitutionnel également (art. 89 Cst.).

VII. Conclusion

Les défis énergétiques auxquels la Suisse est confrontée nécessitent des mesures qui impactent le paysage de différentes manières (parcs éoliens, capteurs solaires). Le législateur fédéral tend à vouloir préciser la portée et l'importance respectives que devraient présenter les intérêts liés à la promotion des énergies renouvelables par rapport aux autres intérêts¹⁴⁷, sans que cela soit vraiment nécessaire. En effet, la jurisprudence a déjà accordé une portée comparable à ce type d'intérêts¹⁴⁸.

Les normes constitutionnelles, qui défendent chacune les différents intérêts à prendre en considération dans cette pesée, restent de même niveau et de même rang, de sorte qu'il n'y a pas de prépondérance de la politique énergétique par rapport aux autres normes constitutionnelles. Un des meilleurs exemples est celui de la maison solaire à Saint-Sulpice, où le Tribunal fédéral accorde un poids prépondérant à l'intérêt local concernant la forme des toitures dans un quartier assez hétérogène et sans valeur architecturale, par rapport à l'intérêt de la politique énergétique de niveau fédéral visant à favoriser l'utilisation des énergies renouvelables dans les bâtiments.

Une pesée des intérêts conforme à la Constitution impose dans tous les cas de prendre en compte l'ensemble des circonstances déterminantes du cas particulier¹⁴⁹, elle ne peut donc s'effectuer de manière générale et abstraite et par anticipation dans la loi.

¹⁴⁷ Art. 18a al. 4 LAT et art. 14 du projet de nouvelle loi sur l'énergie.

¹⁴⁸ ATF 132 II 408 consid.4.5.4 p. 426 ;aArrêt CDAP AC.2013.0263 consid. 7 p. 64-68, ainsi que l'arrêt CDAP AC.2014.0167 du 28 juillet 2015.

¹⁴⁹ ATF 116 Ia 221 consid. 3b p. 230 ss.et ATF 113 Ia 457 consid. 5a p. 464.

Les intérêts de la politique énergétique présentent une grande importance, puisque les ressources énergétiques font partie des biens dont l'approvisionnement doit être assuré aussi par les tâches d'aménagement du territoire. L'un des buts essentiels de l'aménagement du territoire consiste en effet à garantir des sources d'approvisionnement suffisantes dans le pays et à assurer la défense générale du pays (art. 1^{er} al. 2 let. d et e LAT).

En matière d'approvisionnement en ressources énergétiques, la Suisse bénéficie actuellement d'une position privilégiée en Europe. Sa production d'électricité est pratiquement autosuffisante et quasiment exempte de CO₂. En 2013, elle provenait à 36 % de l'énergie nucléaire, à 58 % de l'énergie hydraulique et à 6 % de l'énergie thermique, de biomasse, solaire et éolienne. Le système assure une sécurité de l'approvisionnement, car les centrales nucléaires et les barrages au fil de l'eau fournissent de l'électricité de manière stable et les lacs de retenue ainsi que les centrales de pompage-turbinage assurent la flexibilité nécessaire aux heures de pointe.

L'objectif de la stratégie de l'énergie 2050 est notamment d'obtenir la production de 22'000 GW/h d'électricité par des énergies renouvelables d'origine non hydraulique. La part dévolue à l'énergie éolienne selon l'OFEV est de l'ordre de 20 % (4000 à 5'000 GW/h par an) et permettrait de couvrir 7 % des besoins énergétiques de la Suisse en 2050. Cela supposerait toutefois la construction d'environ 1250 à 1560 éoliennes en tenant compte du rendement actuel des éoliennes installées en Suisse et en exploitation¹⁵⁰. Même avec un rendement plus élevé de nouvelles éoliennes (150 m de haut avec les pales)¹⁵¹, il resterait environ 1000 éoliennes géantes à construire en Suisse dans les espaces restreints des crêtes ou hauts plateaux propices aux vents.

L'évolution des techniques et des connaissances scientifiques en matière d'énergie permettra très vraisemblablement d'adapter ces objectifs à la protection des caractéristiques paysagères propres de la Suisse, qui en font l'un des fondements de son patrimoine historique, culturel et identitaire.

Par ailleurs, les mesures prises pour favoriser l'installation de capteurs solaires comportent un potentiel prometteur et permettent de tendre de plus en plus vers une autonomie la plus grande possible des constructions. Le potentiel énergétique est considérable si l'on prend en compte toutes les surfaces construites des bâtiments en Suisse qui bénéficient du rayonnement solaire.

¹⁵⁰ Selon la publication de Swiss éole sur les statistiques de l'éolien en Suisse et dans le monde : <http://www.suisse-eole.ch/fr/energie-eolienne/statistiques/> 34 éoliennes en exploitation aurait produit en 2015 110 GW/h par an soit une moyenne de l'ordre de 3,2 GW/h par an par éolienne.

¹⁵¹ Les nouvelles éoliennes réalisées par Alpiq dans le Jura semblent avoir une production annuelle moyenne de l'ordre de 4.5 GW/h par an (<http://www.alpiq.ch/fr/ce-que-nous-offrons/nos-actifs/parcs-eoliens/peuchapatte-wind-farm.jsp>).

Les efforts des autorités pour favoriser l'utilisation des énergies renouvelables méritent d'être soulignés et contribuent nettement à une amélioration des qualités énergétiques des constructions, profitables à la fois aux propriétaires et aux utilisateurs, dans un souci d'amélioration constant de la qualité de notre environnement.

Les mesures de soutien financier

EMILE SPIERER

Collaborateur scientifique à Genève

I. Introduction

La présente contribution est organisée en trois volets :

- le contexte des soutiens financiers ;
- la proposition pour 2015 ;
- les soutiens financiers à partir de 2016.

II. Le contexte des soutiens financiers

Les soutiens financiers ont vocation à compléter le système de prescriptions et d'obligations, il est possible de les désigner comme la carotte alors que les prescriptions forment le bâton.

L'usage équilibré de ces deux leviers nous fait progresser en matière d'efficacité énergétique. Cela a déjà été dit, les prescriptions se font souvent au travers de normes. Puis dans la pratique, les normes ou les règles définissent la frontière du monde de l'inacceptable et du monde accepté.

En matière d'autorisations de construire, l'administration n'a que deux choix : oui ou non ; la frontière entre les deux étant la norme. Et très souvent, les constructeurs et autres acteurs confondent limite et cible. La limite de l'inacceptable devient pour eux une cible à atteindre alors qu'en fait, elle est, passez-moi l'expression, médiocre et insuffisante pour atteindre les objectifs qui sont les nôtres. Il faut aller plus loin.

A. Deux grandes familles d'actions

"Aller plus loin" passe par deux types d'actions : individuelle et collective. On peut considérer que notre parc immobilier est composé d'une société d'individus immobiliers. Il est ainsi possible de dire que chaque bâtiment est un individu sur lequel s'appliquent des prescriptions. En même temps, la zone urbaine est une société d'individus immobiliers qui sont appelés à vivre ensemble. On peut développer des projets de vie ensemble qui vont bien au-delà de ce que l'on prévoit pour le bâtiment individuel. Vous allez voir dans les développements qui suivent qu'il a été tenu compte de ces aspects pour la mise en place des systèmes de soutien.

Que peut faire l'individu immobilier, le bâtiment, pour aller plus loin? Il existe une logique d'intervention. Avant toute autre chose, on cherche à minimiser la demande. Minimiser le besoin en prestations énergétiques. Il sera toujours plus facile de satisfaire un individu qui a un besoin énergétique modéré qu'un individu qui a des besoins plus importants. Et ce n'est que lorsque cela a été fait qu'on essaie d'assurer l'approvisionnement de la manière la plus judicieuse possible, donc de mettre en place des techniques efficaces et de valoriser les sources renouvelables locales. Enfin, et c'est quelque chose qu'on oublie parfois, il faut aussi chercher dans le voisinage s'il y a une ressource intéressante (notamment des rejets thermiques de zones industrielles ou d'activités économiques).

Il importe également de garder à l'esprit que nous sommes bien loin de tout savoir dans le domaine des techniques. Un grand nombre de doutes et d'incertitudes planent sur les techniques qui seront utiles et efficaces demain. Et je reprendrai l'exemple donné ce matin à propos des pompes à chaleur bruyantes et génératrices de vibrations pour le voisinage. Cette nuisance était une réalité gênante il y a peut-être dix ans. Cela dit, grâce à un développement technique conduit par une entreprise spécialisée dans les compresseurs, le marché dispose aujourd'hui de compresseurs discrets qui, de surcroît, augmentent notablement la performance des pompes à chaleur. L'évolution de cette pièce essentielle a bouleversé le marché et personne ne l'avait prédit auparavant (préconçu d'impossibilité).

Aujourd'hui, mes certitudes sont confinées à ce qui existe mais je n'ai pas de certitudes sur ce qui va nous être offert comme moyen d'être efficace demain. L'espace entre les performances réelles des équipements et les performances théoriques maximales selon les lois de la physique est vaste. Ce constat induit des implications majeures. Il est nécessaire lorsqu'on détermine une politique de soutien d'avoir l'humilité nécessaire pour accueillir ces nouvelles techniques et pour les pousser lorsqu'elles permettent de développer le sys-

tème énergétique genevois. Et dans le même temps, il faut préserver la flexibilité de l'évolution.

Un autre élément de réflexion important concerne l'inertie. Dans le domaine de la construction immobilière, du gros œuvre, les inerties sont de l'ordre du demi-siècle ou du siècle. Pour les techniques énergétiques, l'inertie est de l'ordre de quinze à vingt-cinq ans. En d'autres termes, ces inerties qui représentent la période avant la prochaine rénovation représentent également la durée de vie probable de nos décisions d'aujourd'hui. Il est de notre responsabilité d'anticiper, autant que possible, ce que pourra être le système d'approvisionnement énergétique lors du prochain assainissement.

Après la question de la performance individuelle, il y a celle que l'on atteint collectivement, c'est-à-dire à l'échelle de la population immobilière. La priorité est le développement de ressources locales et renouvelables de grandes importances. Je vous donne deux exemples :

- la valorisation de la chaleur d'une station d'épuration comme celle d'Aire, à Genève, permettrait d'alimenter des quartiers entiers en chaleur ;
- un autre projet dont on parle un peu et dont on parlera de plus en plus touche la géothermie de moyenne ou de grande profondeur. Ce sont des forages dont la profondeur se chiffre entre deux et cinq kilomètres en vue d'atteindre des couches suffisamment chaudes pour directement alimenter un réseau de chauffage à distance et des bâtiments. On peut ainsi chauffer ces bâtiments sans l'utilisation de pétrole ou de gaz et au moyen d'un minimum d'électricité. Ce genre de développement requiert une concentration de moyens financiers et il est nécessaire regrouper les gens.

Ce regroupement s'effectue parfois en deux étapes bien distinctes, d'abord partager la chaleur au moyen de réseaux de chaleur, par exemple à partir de ressources fossiles, comme le réseau qui alimente la Cité du Lignon, Les Avanchets, Les Libellules, Balxert jusqu'à Meyrin maintenant. Puis, lorsque le réseau est payé et amorti, on engage ces grands projets renouvelables, tels les forages géothermiques.

Ce processus par étape permet de répartir les financements et de maîtriser vis-à-vis du client le prix de l'énergie, donc d'implémenter à grande échelle ces techniques assez coûteuses au départ. Il faut travailler par étape et admettre que l'étape intermédiaire soit médiocre du point de vue énergie.

L'idée générale consiste aussi à développer des solutions en prenant en compte la réalité des quartiers ou d'îlots de bâtiments, de quartier ou de ré-

gion. Nous ne sommes plus dans de la production industrielle et aveugle de systèmes comme le solaire sur les toitures, nous agissons sur mesure, par quartier. Souvent, plusieurs politiques publiques se superposent sur un même territoire :

1. protection de l'air (zones d'imissions excessives de NO_x et de particules, etc.) dans lesquelles on évitera les chauffages au bois afin de ne pas accentuer les problèmes, même si cela se justifie du point de vue de l'énergie ;
2. certains villages ou des régions de la ville font l'objet de mesures de protection du point de vue de la politique du patrimoine. Dans ces zones protégées, les solutions standard de la politique énergétique comme l'isolation ou le solaire entrent en conflit avec la protection du patrimoine. Pour ces quartiers-là, ne pourrait-on pas justement développer d'autres solutions qui permettraient de préserver à la fois le patrimoine, tout en s'orientant vers l'efficacité énergétique ?

A titre d'illustration : imaginez un forage géothermique profond sous la Plaine de Plainpalais qui alimente la Vieille-Ville en chaleur d'origine renouvelable. Un tel projet permettrait de conserver la Vieille-Ville dans son état d'origine en se limitant à quelques interventions judicieuse et invisibles comme les isolations de toitures. Ainsi, les développements de la politique énergétique sont en communion avec les autres politiques publiques et ils permettent de développer une société à la fois efficace et respectueuse de ces autres politiques.

Cela fait partie des réflexions en cours. Celles-ci ne sont pas à maturité et nous n'avons pas la prétention d'avoir achevé notre travail mais ce sont des pistes.

B. Les soutiens financiers : principes

Les soutiens sont assimilés aux subventions, à de l'argent sonnante et trébuchant qui va être mis à disposition afin de modifier un équilibre financier, *a priori* défavorable ou en faveur d'une solution technique qu'on aimerait bien voir émerger. Le solaire c'est trop cher, donc on paie une subvention pour le ramener à un prix correct. C'est le présupposé !

Relevons d'abord que *l'a priori* du solaire cher n'est plus d'actualité. Ce procédé est parfaitement compétitif par rapport aux autres techniques. Certains premiers promoteurs du solaire lui ont fait beaucoup de mal en fondant leur discours sur la gratuité du soleil. Le rayonnement solaire lui-même est

gratuit mais le pétrole aussi, la terre n'a jamais facturé un franc pour le pétrole qu'on lui a pris.

Ce sont en réalité ceux qui vont prendre l'une ou l'autre de ces source et la mettre à disposition dans une qualité telle que je puisse l'utiliser qui m'envoient une facture. Donc, l'énergie d'origine solaire n'est pas gratuite et elle est compétitive. Considérer les soutiens sous le seul angle financier, c'est le présupposé de l'inefficacité de l'efficacité énergétique ! S'imprégner de cette vision procède d'une vision étroite et erronée.

Les soutiens influencent des décisions. Le soutien financier représente un moyen parmi d'autres. Même modeste, il donne un signal et indique ce qu'on souhaite voir se développer... ou pas. Il y a quelques années encore, on subventionnait fortement le chauffage au bois individuel. Aujourd'hui, on ne le subventionne plus. Pourquoi? Parce que les effets négatifs sur la qualité de l'air sont plus importants que les effets positifs sur la politique énergétique. L'arrêt des subventions a marqué un signal clair que le chauffage au bois n'est plus désiré, au moins à proximité de la zone urbaine. Le soutien ou son absence constitue ici un outil de communication.

Cela va plus loin. Les critères d'octroi des soutiens sont des canaux de communication et de formation. Les critères permettent d'informer sur des offres aberrantes de marchands de poudre de perlimpinpin comme les capteurs solaires sphériques dont les vendeurs sont bien plus performants que les installations. Ces critères permettent aussi de donner quelques règles de bien-facture ou de bon dimensionnement.

Enfin, le soutien sous une forme ou une autre est un moyen de reconnaître l'action. Il y a des gens qui sont prêts à s'engager, qui souhaitent s'engager, qui s'engagent, qui réalisent des choses mais quelque part, aimeraient que cet engagement soit reconnu. Une maison consomme beaucoup, une autre consomme peu, on ne voit pas la différence de l'extérieur. Il se peut qu'avoir un label ou une pancarte qui le reconnaît ou, peut-être pour un très grand complexe, avoir une inauguration avec un magistrat, sont des éléments qui peuvent motiver fortement nos citoyens. Alors, pourquoi ne pas reconnaître les engagements des uns et des autres ? Souvent, la reconnaissance est financièrement plus légère pour les finances publiques alors que l'engagement du propriétaire s'est, lui, révélé considérable.

Par ailleurs, nous avons la volonté, avec SIG, d'offrir un dispositif de soutien harmonisé et cohérent.

III. Les soutiens financiers 2015

L'idée consiste ici à proposer des soutiens dans une structure logique dans la progression de la démarche. Celle-ci va allant du diagnostic à la certification et est accompagnée d'un dispositif pour les infrastructures partagées.

1. **Diagnostics**
 - a. **Eco-conseil**
 - b. **CECB+**
 - c. **Eco-conseil ou CECB+ suivi de mesures d'assainissement subventionnées**
2. **Enveloppe**
 - a. **Programme bâtiments - PB (national)**
 - b. **PB genevois: fenêtres seules+ autre action du chapitre 2 ou 3**
 - c. **PB genevois: projets de moins de 3'000 F**
3. **Installations techniques**
 - a. **Solaire**
 - b. **Forages et pompes à chaleur**
 - c. **Récupération de chaleur**
 - d. **Equilibrage thermique**
4. **Certifications**
 - a. **THPE neuf**
 - b. **HPE rénovation**
 - c. **THPE rénovation**
5. **Infrastructures et projets stratégiques**
 - a. **Réseau**
 - b. **Sources locales, bois et stockage saisonniers**
 - c. **Projets stratégiques et autres projets**
 - d. **Formation professionnelle**
6. **Deux roues électriques**

En matière d'enveloppe du bâtiment, il y a le programme bâtiment national d'assainissement des bâtiments (2a). Le « programme bâtiment » national est un programme né en 2010. Il est alimenté par une partie des recettes issues de la taxe sur le CO₂ qui est financé avec la vente de gazout (gaz et mazout). Une partie de ce montant est redistribué par l'Office fédéral de l'environnement pour des actions d'économie de CO₂. Les cantons se sont mis ensemble pour proposer à l'Office fédéral de l'environnement un programme d'économie de CO₂. Ce n'est donc pas un programme de la Confédération. Il s'agit d'un programme national des cantons, conduit avec l'appui, le soutien et la supervision de la Confédération. Mais comme ce programme a connu un succès trop important par rapport à son budget, il a été décidé (contre l'avis de Genève) non pas d'augmenter le budget, mais de limiter le programme de subvention, notamment en réduisant les barèmes et en refusant l'assainissement des fenêtres sans celui des parois adjacentes ; ce qui est très délicat pour les bâtiments sous protection patrimoniale.

Genève connaît une obligation d'assainir les simples vitrages et il s'agissait de trouver un moyen de quand même soutenir les acteurs qui adoptent des fenêtres à très haute performance sans pour autant subventionner simplement une action obligatoire. Ainsi, depuis cette année, Genève prend à sa charge la subvention, au même niveau que le montant fédéral, sous condition que le propriétaire réalise une autre action subventionnée des chapitres 2, 3 ou 4 ci-dessus.

Le chapitre 5 aborde de nouvelles perspectives, les actions de mutualisation. On s'éloigne du bâtiment en tant qu'individu, on arrive dans la société des bâtiments regroupés avec des modalités bien plus nuancées qu'un simple barème, car chaque projet a ses spécificités propres. S'agissant essentiellement d'un programme sur mesure, je ne le développerai pas plus aujourd'hui.

Tel est le programme 2015, survolé très rapidement de façon à en partager l'esprit.

IV. Perspectives pour 2016 et plus ...

Vous avez vu aussi à travers l'un des exposés de ce matin que le pronostic de la forme que prendront les soutiens dans le futur est difficile à prédire. Il y a en ce moment des débats aux Chambres pour la détermination du futur de la politique fédérale en matière d'énergie. La vision actuelle ne dépasse pas les deux prochaines années, voire trois.

Dans ce contexte, nous essayons, avec l'humilité obligatoire évoquée au début de cet exposé, de déterminer ce qui sera intéressant pour la collectivité au futur. Nous avons mis en exergue la nécessité du développement de réseaux et de sources performantes pour des quartiers à forte demande d'énergie. C'était l'exemple Vieille-Ville, cité tout à l'heure. Dans la même perspective, nous voulons voir se développer les réseaux et sources locales ou renouvelables d'énergie à basse température pour les quartiers neufs.

Par exemple le nouveau quartier des Vergers est le lieu idéal pour valoriser des rejets de chaleur de zone industrielle ZIMEYSA, ou le futur quartier des Cherpines pour celle de la ZIPLO.

Un autre élément de cette révision de la Loi fédérale est une probable augmentation des moyens des cantons et des nouvelles tâches pour eux. Plus d'argent donc plus de projets... il faut anticiper, tant dans les orientations à donner que dans l'organisation des ressources.

En complément, l'OCEN souhaite une consolidation des collaborations avec SIG, avec la Confédération, avec toutes les entités qui travaillent sur nos

territoires et vraiment développer l'accompagnement sur mesure des grands projets. Ces grands projets stratégiques, ces projets qui touchent des quartiers entiers comme, Carouge ou Hermance qui sont protégés, les nouveaux quartiers des Vergers ou des Cherpines ou la mutation de certaines zones industrielles, sont des projets phares qui seront à accompagner pour aller vers des résultats d'efficacité énergétique.

Au-delà de cette présentation des dispositifs de soutien subsiste une question importante. Comment financer ces grandes infrastructures nécessaires ? Il y a dix ans, CADIOM a coûté 40 millions de francs. Une installation complète de puits géothermiques de moyenne profondeur se chiffre aussi en dizaines de millions. Le besoin en financement est important et les investisseurs pensent prioritairement à l'immobilier. Par contre, les réseaux sont des infrastructures fixes alimentant des consommateurs fixes. On a rarement vu un immeuble changer d'adresse et partir dans une autre ville. Donc il aura besoin d'énergie durant sa vie, durant de nombreuses décennies.

Cela implique que l'institution ou l'entreprise qui développe un réseau est quasiment assurée d'avoir son client, ses clients, et peut-être de nouveaux pendant une longue période. Finalement, l'investissement dans une infrastructure énergétique ressemble à un investissement immobilier. Et aujourd'hui, dans le secteur immobilier, il y a à ma connaissance plus d'argent que de projets à construire.

Est-ce que l'infrastructure, le réseau énergétique, pourrait être un lieu d'investissement dans le panier des investisseurs immobiliers ? C'est une question que j'ouvre et toute personne qui aurait des souhaits, des idées, des propositions à faire est bienvenue pour s'adresser à nous. Nous souhaitons vraiment aborder et développer cette question dans le futur.

Les rénovations énergétiques : incidence et répercussion sur les loyers

VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN*

Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocate

Introduction

Les rénovations ou améliorations énergétiques cristallisent la tension entre le propriétaire qui effectue des travaux dictés par l'intérêt public et le locataire qui doit en assumer la charge, au moins partielle, par un loyer augmenté, même si cet impact financier peut être lissé par des aides étatiques à la rénovation énergétique.

Le propriétaire procède à des rénovations énergétiques pour divers motifs. Il peut être sensibilisé à la question environnementale et tenir à contribuer à l'effort commun en diminuant sa part de consommation d'énergie fossile. Il peut également être incité par un certain nombre d'avantages fiscaux ou financiers, parce qu'il a la possibilité de déduire le montant des travaux de son revenu imposable, parce qu'il perçoit une subvention pour leur réalisation ou parce qu'il a la garantie de revendre du courant qu'il aura produit dans le cadre du programme de la rétribution à prix coûtant. Mais très souvent, le propriétaire s'engage dans une démarche d'amélioration énergétique car contraint par une obligation de mise aux normes découlant du droit public.

La problématique énergétique a la particularité de faire intervenir, dans la relation de bail, des considérations de droit public dans la mesure où l'Etat incite ou impose au propriétaire d'adopter une conduite qui aura des effets directs sur sa relation de droit privé avec le locataire. Dans les cas dans lesquels les loyers font l'objet d'un contrôle étatique, la problématique s'exprime, de manière différente, par un conflit entre intérêts publics opposés.

La présente contribution a pour objet de présenter l'incidence et la répercussion sur les loyers des rénovations ou améliorations énergétiques dans un

* Je remercie Madame Tifenn Beuret, assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel, de l'aide apportée à la préparation de ce texte.

système de loyers libres (I.) puis dans différents systèmes de loyers contrôlés (II.).

I. Les améliorations énergétiques dans le système des loyers libres

Avant de définir ce que sont les améliorations énergétiques (B.), il est nécessaire de rappeler les fondements du système du droit du bail et de la protection contre les loyers abusifs (A.). Nous examinerons ensuite le traitement des améliorations énergétiques dans la méthode relative de calcul du loyer (C.) puis dans la méthode absolue (D.).

A. Le système des loyers libres et la protection contre les loyers abusifs

Le droit du bail relève du droit civil, qui fait l'objet d'une compétence générale en faveur de la Confédération (art. 122 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999¹). La Constitution donne également mandat au législateur fédéral de légiférer contre les abus en matière de bail à loyer, notamment les loyers abusifs (art. 109 al. 1 Cst.). Le système mis en place par les articles 253 et suivants de la Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911² est donc un système fondé sur la protection contre les loyers abusifs qui s'inscrit dans ce qui est généralement désigné comme la surveillance des loyers³, destinée à concilier la liberté contractuelle (art. 19 CO) des parties à la relation de bail et les dispositions – pour certaines impératives⁴ – de protection contre les loyers abusifs (art. 269ss CO)⁵.

Dans le système du CO, le loyer est fixé selon les règles du marché, dont la mise en œuvre entre individus est garantie par le principe de la liberté contractuelle. La liberté des parties au contrat est limitée uniquement par le choix, exercé par le locataire, d'invoquer la protection contre les loyers abusifs. La protection légale est donc une protection individuelle de chaque locataire, au gré de la volonté de celui-ci, dans un système de marché. La vérification que les loyers ne sont pas abusifs n'est pas générale mais dépend de l'initiative du

¹ RS 101 ; « Cst. ».

² RS 220 ; « CO ».

³ Par opposition au système de contrôle des loyers qui existait du milieu des années 1930 jusqu'à la fin des années 1960.

⁴ ATF 133 III 61 c. 3.2.2.1.

⁵ David LACHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 2008, p. 371. On notera que l'expression de « surveillance des loyers » n'est pas utilisée de manière uniforme en doctrine et en jurisprudence.

locataire qui a la possibilité de saisir l'autorité de conciliation en matière de bail pour contester une hausse ou obtenir une diminution du loyer.

Selon l'article 269 CO, les loyers sont abusifs lorsqu'ils permettent au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée ou lorsqu'ils résultent d'un prix d'achat manifestement exagéré. L'article 269a CO contient une énumération de cas dans lesquels les loyers ne sont en règle générale pas abusifs, parmi lesquels l'hypothèse de prestations supplémentaires du bailleur (art. 269a let. b CO).

De ces dispositions, le Tribunal fédéral a dégagé différents critères et méthodes pour procéder à l'examen du caractère abusif ou non du loyer : des critères fondés sur les coûts et des critères fondés sur le marché⁶, d'une part, et des critères absolus et des critères relatifs, d'autre part⁷. Sur la base de ces différents critères, la jurisprudence a distingué deux méthodes d'examen du loyer : la méthode absolue et la méthode relative. Selon les termes du Tribunal fédéral, la méthode absolue sert à vérifier concrètement que le loyer ne procure pas un rendement excessif au bailleur, compte tenu des frais qu'il doit supporter et des prix du marché ; la méthode relative, à déterminer, en fonction du contrat et du principe de la confiance, si une adaptation du loyer intervenant en cours de bail est admissible ou non. Dans la première méthode, c'est le loyer lui-même, sans égard aux stipulations contractuelles, qui est contrôlé, tandis que, dans la seconde, il ne s'agit que d'examiner si une modification du loyer est compatible avec la volonté manifestée antérieurement par celui qui la réclame⁸. La jurisprudence a également dégagé une casuistique très détaillée afin de déterminer la méthode devant être utilisée selon les situations ; en schématisant à l'extrême, la méthode absolue sert avant tout à fixer le loyer initial tandis que la méthode relative s'applique en cours de bail⁹.

B. La notion d'améliorations énergétiques

La notion d'améliorations énergétiques figure à l'article 14 alinéa 2 de l'Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990¹⁰.

L'article 14 OBLF définit ce que sont les prestations supplémentaires du bailleur permettant de justifier qu'une hausse de loyer ne soit pas considérée

⁶ ATF 120 II 302 c. 6a.

⁷ Pour une classification détaillée des différents critères, voir François BOHNET, *in* Droit du bail à loyer – CO et OBLF, Contrat-cadre romand, dispositions pénales et internationales (François BOHNET et Marino MONTINI, éd.), Bâle 2010, Intro. art. 269-270e CO no 10-12. Voir également LCHAT (note 5), p. 523.

⁸ ATF 120 II 240 c. 2.

⁹ Pour une casuistique détaillée, voir BOHNET (note 7), Intro. art. 269-270e CO no 14-18.

¹⁰ RS 221.213.11 ; « OBLF ».

comme abusive ainsi que les parts de coûts d'investissement admises à ce titre. Les prestations supplémentaires du bailleur sont d'une part les investissements qui aboutissent à des améliorations créant des plus-values, l'agrandissement de la chose louée ainsi que les prestations accessoires supplémentaires (art. 14 al. 1 OBLF). Les améliorations énergétiques sont également réputées prestations supplémentaires (art. 14 al. 2 OBLF).

1. Les buts de l'article 14 alinéa 2 OBLF

L'article 14 alinéa 2 OBLF est le fruit d'une motion n° 06.3015 de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national du 21 février 2006 intitulée « Motion CEATE-CN (02.473). Amélioration du report sur les loyers du coût des mesures favorisant une utilisation rationnelle de l'énergie dans le bâtiment », elle-même déposée afin de concrétiser rapidement un volet d'une initiative parlementaire Hegetschweiler n° 02.473 intitulée « Loi sur le CO₂. Incitation à prendre des mesures d'économie d'énergie dans le bâtiment ». L'article 14 alinéa 2 OBLF a été modifié pour faire suite au constat selon lequel les efforts des pouvoirs publics d'incitation en matière d'économie d'énergie au sens de la Loi fédérale sur la réduction des émissions de CO₂ du 23 décembre 2011¹¹ étaient peu pourvus d'effets, en particulier dans les immeubles locatifs en raison de la difficulté à reporter le coût des investissements sur les loyers¹².

L'objet de l'article 14 alinéa 2 OBLF est de répercuter sur le locataire le coût des investissements entraînant des améliorations énergétiques. Cette disposition concrétise donc l'intérêt public consacré par la Loi sur le CO₂ et l'intérêt plus général poursuivi par la Loi sur l'énergie du 26 juin 1998¹³ qui lui est connexe. La Loi sur le CO₂ vise à réduire les émissions de gaz à effet de serre, en particulier les émissions de CO₂ dues à l'utilisation énergétique des agents fossiles, combustibles et carburants, avec l'objectif de contribuer à ce que la hausse de la température mondiale soit inférieure à 2 °C (art. 1 al. 1 Loi sur le CO₂). Dans le domaine de l'énergie, la LEne pose les principes selon lesquels toute énergie doit être utilisée de manière aussi économe et rationnelle que possible et visant à l'accroissement du recours aux énergies renouvelables (art. 3 al. 1 LEne). Utiliser l'énergie de manière économe et rationnelle signifie avant tout : a. consommer le moins possible d'énergie ; b. utiliser l'énergie le mieux possible ; c. investir le moins possible d'énergie pour obtenir un résultat donné

¹¹ RS 641.71 ; « Loi sur le CO₂ ».

¹² Initiative parlementaire Hegetschweiler 02.473 « Loi sur le CO₂. Incitation à prendre des mesures d'économie d'énergie dans le bâtiment » déposée le 13 décembre 2002, disponible à l'adresse www.parlament.ch.

¹³ RS 730.0 ; « LEne ».

(rendement énergétique élevé) ; d. récupérer les rejets de chaleur utilisables (art. 3 al. 2 LEne).

L'article 14 alinéa 2 OBLF a donc pour double fonction d'assurer non seulement, en tant que norme concrétisant l'article 269a CO, la protection contre les loyers abusifs, mais aussi de permettre la poursuite des intérêts publics en matière de politique énergétique en permettant de répercuter sur le locataire le coût des investissements entraînant des améliorations énergétiques.

2. La nature des travaux

Les améliorations énergétiques sont des travaux de nature particulière apportés à la chose louée dont on présume qu'ils entraînent des prestations supplémentaires du bailleur. En effet, selon l'article 14 alinéa 2 OBLF, sont aussi réputées prestations supplémentaires les améliorations énergétiques suivantes : a. les mesures destinées à réduire les pertes énergétiques de l'enveloppe du bâtiment ; b. les mesures visant à une utilisation rationnelle de l'énergie ; c. les mesures destinées à réduire les émissions des installations techniques ; d. les mesures visant à utiliser les énergies renouvelables ; e. le remplacement d'appareils ménagers à forte consommation d'énergie par des appareils à faible consommation. Ainsi rédigé, l'article 14 alinéa 2 OBLF présume que les améliorations énergétiques constituent des prestations supplémentaires du bailleur, sans que celui-ci ait à démontrer qu'elles apportent une amélioration qualitative de la chose louée¹⁴.

Les améliorations énergétiques sont donc caractérisées par la nature matérielle des travaux réalisés sur la chose louée : ceux-ci doivent de manière générale contribuer à une utilisation rationnelle, économe et durable de l'énergie, dans le sens des objectifs poursuivis par la LEne.

La pratique judiciaire montre qu'il y a peu de contestation quant à la nature des travaux pouvant constituer ou non des améliorations énergétiques ; c'est bien plus la question de la nature de l'installation de remplacement et la répercussion des frais s'y rapportant sur les loyers qui est problématique¹⁵. Les améliorations énergétiques peuvent porter sur différentes installations ou parties de l'immeuble : isolation thermique en façade ou en toiture, remplacement des fenêtres, des installations de chauffage et de production d'eau chaude,

¹⁴ Sarah BRUTSCHIN, Die Mietzinsgestaltung bei energetischen Verbesserungen gemäss Art. 14 VMWG unter besonderer Berücksichtigung der Förderbeiträge von Bund und Kantonen, *in* mp 2010 p. 1/7 ; Beat ROHRER, Mietzinsgestaltung nach energetischen Verbesserungen, *in* MRA 2/11 p. 41.

¹⁵ Voir *infra* II.

nouvelles installations d’approvisionnement en énergie, d’éclairage ou de ventilation, notamment¹⁶.

3. La réduction des frais accessoires

Il ressort des travaux préparatoires à l’appui de l’art. 14 al. 2 OBLF que les améliorations énergétiques doivent satisfaire à une seconde condition, en sus de la nature matérielle des travaux : les améliorations énergétiques doivent, en outre, avoir pour effet de réduire les frais accessoires à charge du locataire.

Le but de l’article 14 alinéa 2 OBLF est de répercuter sur le locataire le coût des investissements entraînant des améliorations énergétiques. Toutefois, selon la Commission auteure de la motion, la répercussion concerne uniquement « les investissements ayant des conséquences sur le volume à chauffer et donc sur les frais de chauffage »¹⁷. Plus largement, il doit y avoir une relation entre l’amélioration de la performance énergétique de l’objet, qui génère une plus-value sous la forme d’une moindre consommation d’énergie et donc d’une baisse des frais accessoires, en échange de laquelle le loyer peut augmenter pour couvrir la charge d’investissement, respectivement les frais financiers qui en découlent¹⁸.

Cette seconde condition de la réduction des frais accessoires a été mise en évidence par le Tribunal fédéral dans un arrêt de novembre 2011¹⁹, s’appuyant sur la doctrine²⁰. Elle a toutefois été critiquée s’agissant des mesures visant à l’utilisation des énergies renouvelables au motif que celles-ci peuvent être plus onéreuses que les énergies traditionnelles et selon les cas ne pas permettre de réduire les frais accessoires. Pour les auteurs qui se sont prononcés sur cette question et qui se référaient à un arrêt du Tribunal de district de Neuchâtel retenant que, pour la production d’eau chaude par des capteurs solaires, l’on peut attendre des locataires qu’ils participent à un effort collectif favorable à la collectivité dans son ensemble²¹, on doit pouvoir admettre que la réduction de la consommation d’énergie et des émissions de substances polluantes est dans l’intérêt des locataires et justifie que ceux-ci supportent les coûts ainsi occasionnés, même en l’absence de réduction des frais accessoires²². On relèvera

¹⁶ Jacques ANSERMET, L’incidence sur les loyers des mesures visant à des améliorations énergétiques selon l’article 14 alinéa 2 et 3 OBLF, *in* CdB 1/08 p. 1/3 ; François BOHNET/Julien BROQUET, *in* Droit du bail à loyer – CO et OBLF, Contrat-cadre romand, dispositions pénales et internationales (François BOHNET et Marino MONTINI, éd.), Bâle 2010, Art. 269a no 77 ; ROHRER (note 14), p. 41.

¹⁷ Conseil national, Rapport de la Commission de l’environnement, de l’aménagement du territoire et de l’énergie du 22 mai 2007, p. 3, disponible à l’adresse www.parlament.ch.

¹⁸ BO CN 2007 782.

¹⁹ Arrêt TF 4A_484/2011 du 2 novembre 2011 c. 2.2.

²⁰ LACHAT (note 5), p. 482 ; BRUTSCHIN (note 14), p. 1/5. Voir ég. ANSERMET (note 16), p. 1/3.

²¹ DB 2006 p. 28 (Tribunal de district (NE) du 28 septembre 2001).

²² BOHNET/BROQUET (note 16), Art. 269a CO no 79.

que dans l'arrêt critiqué, le Tribunal fédéral n'avait pas à se pencher spécifiquement sur cette question. A notre sens, cette position de la doctrine minoritaire doit être suivie car elle correspond au principe dégagé de l'article 269a lettre b CO selon lequel une prestation supplémentaire justifie une majoration de loyer même si elle ne profite pas directement au locataire²³. Ce qui vaut de manière générale pour les prestations supplémentaires du bailleur doit valoir également pour les prestations supplémentaires particulières que sont les améliorations énergétiques.

C. Les améliorations énergétiques dans la méthode relative

L'utilisation de la méthode relative pour l'examen du caractère abusif du loyer en cas de travaux d'améliorations énergétiques suppose en règle générale le maintien du bail²⁴. Dans ce cas, les travaux interviennent sans que les locataires aient à quitter leur logement ; éventuellement, un tournus peut être organisé avec des logements vacants dans l'immeuble.

Dans le système mis en place par l'article 269a lettre b CO, la mise à charge du locataire des frais découlant des travaux se justifie par des prestations supplémentaires du bailleur, qui peuvent consister, notamment, en des améliorations créant des plus-values. On y ajoute les importantes réparations, à raison de 50 à 70 % de leur coût (art. 14 al. 1 OBLF). Cela évite au bailleur d'avoir à déterminer la part exacte des travaux à plus-value ; en sus de ce caractère simplificateur, cette règle vise aussi à encourager ou, du moins, à ne pas décourager le bailleur d'entreprendre à temps les mesures d'entretien nécessaires et a pour but de l'inciter à réaliser des travaux d'entretien plus importants que nécessaire²⁵. Il ne faut en revanche pas que le coût des travaux d'entretien ordinaire soit mis à la charge du locataire, car l'entretien est une obligation du bailleur (art. 256 al. 1 CO) dont les frais sont couverts par le loyer. Selon la jurisprudence, le taux forfaitaire ne vaut que comme simple alternative à une détermination exacte de ces investissements, mais la présomption tombe si la part d'investissement est précisément déterminable²⁶.

Deux questions se posent lorsque des améliorations énergétiques sont effectuées par le propriétaire. La première concerne la part du coût de celles-ci pouvant être répercutée sur le loyer (1.), la seconde a trait au sort des améliorations énergétiques imposées par une prescription de droit public (2.).

²³ ATF 110 II 404 c. 2a. LACHAT (note 5), p. 478.

²⁴ Voir *supra* A.

²⁵ ATF 118 II 415 c. 3.

²⁶ *Ibid.*

1. La part des améliorations énergétiques à répercuter sur le loyer

Selon l'article 14 alinéa 3 OBLF, est considérée comme prestation supplémentaire uniquement la part des coûts d'investissement qui excède les coûts de rétablissement ou de maintien de l'état initial de la chose louée. Cette disposition, adoptée en même temps que l'article 14 alinéa 2 OBLF, protège le locataire contre l'imputation de frais d'entretien supplémentaires liés à la mise en œuvre de mesures d'économie d'énergie²⁷. Dans la version initialement soumise aux Chambres fédérales, cette disposition se référait spécifiquement aux améliorations énergétiques de l'article 14 alinéa 2 OBLF, mais elle a été élargie pour insister sur le fait qu'elle ne dérogeait pas au principe général de l'interdiction de mettre les frais d'entretien à charge du locataire²⁸.

De manière très surprenante, le Tribunal fédéral a laissé entendre, dans son arrêt du 2 novembre 2011 précité²⁹, que « les investissements pour des améliorations énergétiques peuvent être considérés dans leur totalité comme des améliorations à plus-value (...) »³⁰. Cette phrase maladroite devrait plutôt être comprise comme visant les *surcoûts* liés à des améliorations énergétiques qui, effectivement, peuvent être entièrement répercutés sur les loyers. A défaut, cette position ne pourrait pas être maintenue car contraire aux articles 256 alinéa 1 et 269a lettre b CO selon lesquels les frais d'entretien ordinaire sont assurés par le propriétaire, non par le locataire³¹.

La mise en œuvre de l'article 14 alinéa 3 OBLF soulève plusieurs questions. La première question est de déterminer la méthode pour apprécier la mesure des surcoûts pouvant être pris en compte au titre d'amélioration à plus-value. En effet, de nombreuses difficultés pratiques surgissent lorsqu'il s'agit de comparer l'équipement à remplacer, qui souvent n'existe plus (par exemple des simples vitrages ou un lave-vaisselle sans label énergétique), et les standards actuels de construction ou des installations, par définition différents et comprenant *de facto* des améliorations énergétiques (doubles vitrages ou lave-vaisselle de catégorie environnementale moyenne ou supérieure). L'enjeu est de pouvoir chiffrer le coût de la construction ou de l'installation de remplacement d'un standard équivalent ou actualisé et de comparer ce coût avec celui d'une construction ou d'une installation à efficacité énergétique supérieure.

Dans un arrêt rendu avant l'entrée en vigueur de l'article 14 alinéa 2 et 3 OBLF, le Tribunal fédéral a appliqué un taux forfaitaire de 40 % de plus-value

²⁷ Conseil national (note 17), p. 2.

²⁸ BO CN 2007 782.

²⁹ Voir *supra* B.3.

³⁰ Arrêt TF 4A_484/2011 du 2 novembre 2011 c. 2.2.

³¹ Dans le même sens, BRUTSCHIN (note 14), p. 16. *Contra* : Gianmaria MOSCA, Note à l'appui de l'Arrêt TF 4A_484/2011 du 2 novembre 2011, *in* DB 2012 p. 36/37.

pour le changement de fenêtres³². La doctrine semble préférer un calcul concret de la plus-value, celle-ci étant déterminée par la différence entre le coût des travaux ou des installations permettant de parvenir à un standard actuel et celui des travaux ou des installations à efficacité énergétique supérieure³³. Cette solution a le mérite de la cohérence avec le texte de l'article 14 OBLF dont l'alinéa 3 ne contient pas de référence à un taux forfaitaire, contrairement à l'alinéa 1, 2^{ème} phrase de cette même disposition comme on le voit ci-après.

Conformément à l'article 14 alinéa 3 OBLF, ce surcoût constituant la plus-value peut être intégralement répercuté sur les loyers, le solde devant alors être considéré comme de l'entretien.

La seconde question qui se pose est de déterminer la relation entre l'article 14 alinéa 3 OBLF et l'article 14 alinéa 1, 2^{ème} phrase OBLF qui permet d'assimiler, à raison de 50 à 70 % de leur coût, les importantes réparations aux améliorations créant des plus-values. En effet, très souvent, les améliorations énergétiques sont réalisées à l'occasion d'une rénovation lourde de l'immeuble. On se demande en effet si, en cas d'importantes réparations comportant des améliorations énergétiques, la présomption de l'article 14 alinéa 1, 2^{ème} phrase OBLF peut être appliquée pour l'ensemble des travaux, sans alors devoir déterminer la part des coûts d'investissement qui excède les coûts de rétablissement ou de maintien de l'état initial conformément à l'article 14 alinéa 3 OBLF.

Le Tribunal fédéral n'a pas directement tranché la question. La pratique récente tend à illustrer que, lorsqu'il y a lieu d'apprécier la répercussion du coût d'importantes réparations sur les loyers en application de l'article 14 alinéa 1 OBLF, il n'est pas distingué si, parmi ces importantes réparations, certaines consistent en des améliorations énergétiques³⁴, entraînant par-là l'application de la présomption de l'article 14 alinéa 1, 2^{ème} phrase OBLF, et non de l'article 14 alinéa 3 OBLF, auxdites améliorations. Cette solution – qui a le mérite de la facilité – ne devrait être utilisée qu'en dernier recours. D'ailleurs le Tribunal fédéral rappelle constamment que, lorsqu'il est possible de déterminer la part des coûts, la présomption de l'article 14 alinéa 1, 2^{ème} phrase ne s'applique pas³⁵.

³² Arrêt TF 4C.287/2001 du 26 mars 2002 c. 3.1.

³³ Peter R. BURKHALTER/Emmanuelle MARTINEZ-FAVRE, *Le droit suisse du bail à loyer – Commentaire*, Zurich 2011, Art. 269a no 60d ; BOHNET/BROQUET (note 16), Art. 269a CO no 66 ; BRUTSCHIN (note 14), p. 13 ; Peter HIGI, *Die Miete*, Zürcher Kommentar, Band V/2b/3, Zurich 1998, Art. 269a no 366. Pour un calcul forfaitaire : ROHRER (note 14), p. 45 ; pour une appréciation en équité : Roger WEBER, *in* *Commentaire bâlois*, 4^{ème} éd., Art. 269a no 11.

³⁴ Voir p. ex. ATF 139 III 209 ; Arrêt TF 4A_102/2012 du 30 mai 2012.

³⁵ Peter R. BURKHALTER, *Energetische Sanierung und Mietrecht im Kontext energiepolitischer Herausforderungen*, *in* *Jusletter* du 24 février 2014, no 2.1.2 ; BRUTSCHIN (note 14), p. 16. *Contra* : ROHRER (note 14), p. 41.

A noter encore que les hausses de loyer fondées sur les améliorations énergétiques ne doivent, pour ne pas être considérées comme abusives, servir qu'à couvrir équitablement les frais d'intérêts, d'amortissement et d'entretien résultant de l'investissement, comme c'est le cas en cas d'investissements créant des plus-values (article 14 alinéa 4 OBLF)³⁶.

De plus, les aides octroyées pour des améliorations créant des plus-values doivent être déduites du montant de la prestation supplémentaire (article 14 alinéa 3^{bis} OBLF). Cette disposition sert à mettre en œuvre le principe du loyer basé sur les coûts en liaison avec les aides publiques et à assurer que le bailleur ne puisse pas refinancer les frais d'investissement à double en reportant intégralement sur les loyers les coûts de prestations supplémentaires en partie couverts par les aides publiques³⁷.

Enfin, les hausses de loyer ne peuvent être notifiées qu'une fois les travaux achevés et à condition que le bailleur détienne les pièces justificatives correspondantes (article 15 alinéa 5 OBLF).

2. Les améliorations énergétiques découlant d'une obligation de droit public

Les améliorations énergétiques peuvent être engagées spontanément par le propriétaire mais souvent elles lui sont imposées par la législation de droit public. La pression normative dans ce domaine est forte et va en s'accroissant lorsque l'on sait que le domaine du bâtiment en Suisse présente d'importants potentiels en termes d'augmentation de l'efficacité énergétique et d'utilisation des énergies renouvelables. Dans le cadre de la Stratégie énergétique 2050, la Confédération a entre autres objectifs que l'électricité ne soit plus utilisée pour alimenter les chauffages électriques à résistance et les chauffe-eaux électriques et que les installations de chauffage à combustibles fossiles soient remplacées par des systèmes fonctionnant aux énergies renouvelables. De plus, d'un système actuellement incitatif, on se dirige vers un système plus coercitif³⁸.

³⁶ Voir p. ex. BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE (note 33), Art. 269a no 72-76 ; LACHAT (note 5), p. 483.

³⁷ Office fédéral du logement, Projet de modification de l'ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990 (OBLF) – Rapport explicatif du 5 décembre 2013, p. 1, disponible à l'adresse www.admin.ch. Voir ég. Arrêt TF 4A_484/2011 du 2 novembre 2011 c. 4.

³⁸ Message du Conseil fédéral relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050 (Révision du droit de l'énergie) et à l'initiative populaire fédérale « Pour la sortie programmée de l'énergie nucléaire (Initiative « Sortir du nucléaire ») » du 4 septembre 2003, *in* FF 2013 p. 6771/6821. Pour un inventaire des obligations de mise aux normes découlant des législations fédérale et cantonales sur l'énergie, voir Valérie DÉFAGO GAUDIN, Les rénovations en droit public, *in* 18^e Séminaire sur le droit du bail (François BOHNET et Blaise CARRON, éd.), Neuchâtel 2014, p. 175/180.

Lorsqu'elles sont imposées par le droit public, il est lieu de se demander si les améliorations énergétiques ne constituent en réalité pas une réparation d'un défaut affectant la chose louée.

Selon l'article 256 alinéa 1 CO, le bailleur est tenu de délivrer la chose à la date convenue, dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée, et de l'entretenir en cet état. S'il ne le fait pas, le bailleur peut se voir opposer les règles en matière d'inexécution du contrat (art. 258 al. 1 CO) ou devoir remédier aux défauts de la chose louée (art. 259a ss CO). Selon le Tribunal fédéral, faute de définition légale, la notion de défaut doit être rapprochée de l'état approprié à l'usage pour lequel la chose a été louée ; elle suppose la comparaison entre l'état réel de la chose et l'état convenu ; il y a ainsi défaut lorsque la chose ne présente pas une qualité que le bailleur avait promise ou lorsqu'elle ne présente pas une qualité sur laquelle le locataire pouvait légitimement compter en se référant à l'état approprié à l'usage convenu³⁹. A cet effet, la réelle et commune intention des parties est recherchée, le cas échéant selon le principe de la confiance⁴⁰. Pour reprendre les termes de LACHAT, la notion de défaut est éminemment relative car elle dépend, outre des termes du contrat et des promesses faites par le bailleur, de l'évolution des mœurs et de la technique⁴¹.

Les prescriptions de droit public sont à apprécier au regard des qualités sur lesquelles le locataire peut légitimement compter⁴². La casuistique sur cette question est pauvre. Deux arrêts du Tribunal fédéral sont néanmoins à relever⁴³. Dans un premier arrêt de 2005, le Tribunal fédéral a confirmé, mais pour des motifs essentiellement procéduraux et sans entrer dans le fond, un arrêt du Tribunal cantonal argovien qui retenait qu'un appartement qui ne respectait pas les prescriptions en matière de protection contre l'incendie était affecté d'un défaut⁴⁴. Dans un second arrêt de 2013, le Tribunal fédéral s'est interrogé sur la validité d'un décompte de frais accessoires qui n'était pas calculé sur la base d'un décompte individuel comme prescrit par le droit cantonal de l'énergie fribourgeois. Retenant que la législation cantonale sur l'énergie cherche à réaliser un intérêt général, qui ne relève pas de la relation entre bailleur et locataire, il est parvenu à la conclusion que le non-respect du droit cantonal n'emporte pas la nullité du décompte de frais accessoires au sens des articles 19 alinéa 2 et 20 CO⁴⁵.

³⁹ ATF 135 III 345 c. 3.2.

⁴⁰ ATF 132 III 109 c. 3.

⁴¹ LACHAT (note 5), p. 219.

⁴² Carole AUBERT, Les défauts de la chose louée, *in* 17e Séminaire sur le droit du bail (François BOHNET, éd.), Neuchâtel 2012, p. 1/4. Voir ég. LACHAT (note 5), p. 219 ; HIGI (note 33), Art. 256 no 40.

⁴³ Pour les casuistiques cantonales, voir AUBERT (note 42), p. 4-5 et Sarah BRUTSCHIN, *Ausgewählte Fragen zur Überwälzung von Mehrleistungen auf den Mietzins*, *in* mp 2013 p. 81/91-92.

⁴⁴ Arrêt TF 4C.333/2004 du 6 janvier 2005.

⁴⁵ Arrêt TF 4A_502/2012 du 22 janvier 2013 c. 2.2.

Une indication importante peut être tirée de ces arrêts : le but poursuivi par la norme de droit public en cause doit être pris en considération pour apprécier l'existence ou non d'un défaut. Une norme dont le but premier est de protéger la sécurité ou la santé des occupants d'un immeuble a plus de portée dans l'appréciation du caractère défectueux de la chose louée qu'une norme édictée dans un autre but d'intérêt public. En cela, les prescriptions visant à l'amélioration énergétique doivent avoir un poids moins important dans l'appréciation de l'existence d'un défaut.

Un autre élément qui doit entrer en ligne de compte dans l'appréciation est l'élément temporel. Dans ce sens, BRUTSCHIN en relève l'importance sur ce que l'on peut attendre de l'état de la technique pour qualifier le défaut : dans les cantons où des hauts standards énergétiques sont imposés de longue date, le locataire doit pouvoir s'attendre à ce que la chose louée y réponde. En revanche, en cas de modification de la loi après la conclusion du bail, les améliorations énergétiques ainsi imposées ne répondent pas à la réparation d'un défaut⁴⁶.

En définitive, la notion de défaut est doublement relative. Elle est relative en tant qu'elle est définie au regard de l'état des mœurs et de la technique, de sorte que son appréciation pourra être différente selon le lieu et le temps à laquelle elle est faite. Mais la notion de défaut est surtout relative en tant qu'elle relève de la relation de droit privé entre bailleur et locataire, conformément au principe de la relativité des conventions. C'est avant tout le contrat conclu et les attentes qui en découlent qui font foi. Les obligations de droit public incombant au propriétaire n'ont sous cet angle qu'un aspect secondaire.

D. Les améliorations énergétiques dans la méthode absolue

Des améliorations énergétiques peuvent être réalisées lors d'une rénovation lourde d'un immeuble nécessitant le départ des locataires. A l'issue des travaux, de nouveaux baux sont alors conclus. Le caractère non abusif du nouveau loyer est alors déterminé sur la base d'un calcul de rendement, lequel relève de la méthode absolue.

Selon l'article 269 CO, le loyer est abusif lorsqu'il permet au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée. Est ici visé le rendement net des fonds propres investis, à savoir celui qui correspond au rapport entre les revenus nets que procure la chose louée au bailleur, après déduction de toutes les charges, et les fonds propres investis. Le loyer doit d'une part offrir un rendement raisonnable par rapport aux fonds propres investis et d'autre part

⁴⁶ BRUTSCHIN (note 43), p. 86-88.

couvrir les charges immobilières⁴⁷. Aussi le calcul de rendement implique-t-il de déterminer les coûts d'investissement financés par les fonds propres (principalement le prix d'acquisition de l'immeuble) et d'appliquer à ces investissements un taux de rendement admissible, qui se définit par le taux d'intérêt hypothécaire de référence augmenté de 0,5 pour cent⁴⁸. Il convient d'y ajouter les charges immobilières annuelles, soit les charges financières (en particulier les intérêts hypothécaires dus sur les emprunts), les charges courantes (impôt, prime d'assurance, etc.) et les charges d'entretien⁴⁹.

Dans un arrêt très circonstancié du 7 juillet 2015, le Tribunal fédéral a tranché par la négative la question de savoir si la totalité des fonds propres ayant financé de grands travaux pouvait être intégrée dans les coûts d'investissement, et pas seulement la part représentant une plus-value. Il a considéré que les travaux importants financés par des fonds propres ne peuvent pas automatiquement être traités comme des coûts d'investissement, en précisant toutefois que le renouvellement des installations, qui représente un investissement important à intervalles très éloignés, justifie un correctif⁵⁰. Il a en outre rappelé sa jurisprudence selon laquelle l'article 14 alinéa 1 OBLF peut être appliqué par analogie lorsque le bailleur n'a pas distingué concrètement entre investissements à plus-value et frais d'entretien, pour la prise en compte de frais de rénovation⁵¹.

Par conséquent, lorsque dans le cadre de la réalisation de grands travaux des améliorations énergétiques sont effectuées, il importe de faire application, par analogie, de l'article 14 alinéa 3 OBLF. A notre sens en effet, la part des coûts qui excède les coûts de rétablissement ou de maintien initial de la chose louée doit être considérée comme relevant des coûts d'investissement devant être rentés au titre des fonds propres. En effet, bien qu'inspiré de la méthode relative, l'article 14 alinéa 3 OBLF est compatible avec la distinction, essentielle dans le modèle du rendement net, entre coûts d'investissement (coûts de revient) et charges⁵².

⁴⁷ ATF 141 III 245 c. 6.3.

⁴⁸ ATF 122 III 257 c. 3a.

⁴⁹ ATF 141 III 245 c. 6.3.

⁵⁰ ATF 141 III 245 c. 6.6.

⁵¹ Arrêt TF 4A_636/2012 du 2 avril 2013 c. 2.5 et ATF 141 III 245 c. 6.5.

⁵² ATF 141 III 245 c. 6.6.

II. Les rénovations énergétiques dans les différents systèmes de loyers contrôlés

Confédération et cantons interviennent en matière de politique sociale du logement par des mesures d'encouragement à la construction de logements ou en restreignant les rénovations et démolitions d'immeubles de logement. Ces mesures étatiques ont la plupart pour corollaire d'entraîner un contrôle étatique des loyers, lequel se substitue alors au système de la surveillance.

Avant de présenter les rénovations énergétiques dans différents systèmes de loyers contrôlés (B.), il s'agit de rappeler les fondements et les principes applicables dans les systèmes prévoyant un contrôle étatique des loyers (A.).

A. Les fondements et les principes applicables aux systèmes de loyers contrôlés

La politique sociale du logement de la Confédération se fonde sur l'article 108 Cst. selon lequel la Confédération encourage la construction de logements ainsi que l'acquisition d'appartements et de maisons familiales destinés à l'usage personnel de particuliers et les activités des maîtres d'ouvrage et des organisations œuvrant à la construction de logements d'utilité publique (al. 1). Elle encourage en particulier l'acquisition et l'équipement de terrains en vue de la construction de logements, la rationalisation de la construction, l'abaissement de son coût et l'abaissement du coût du logement (al. 2)⁵³. En sus de ce mandat constitutionnel, l'article 41 alinéa 1 lettre e Cst. fait de la faculté de se loger un droit social.

Le mandat constitutionnel fédéral instaure une compétence dite parallèle, de sorte que les cantons conservent toute latitude pour mener leur propre politique en matière de logement qui le cas échéant peut se cumuler avec les mesures prises en vertu du droit fédéral⁵⁴. Les mesures de rang fédéral sont vues comme destinées à fournir un approvisionnement de base à l'échelle nationale, de sorte qu'elles peuvent être complétées par d'autres prestations cantonales ou communales⁵⁵. Genève a depuis longtemps adopté une politique du logement très active. Cette politique trouve désormais son ancrage aux articles 38

⁵³ L'article 108 Cst. a deux autres alinéas 3 et 4 dont les objets sont, respectivement, la compétence de légiférer sur l'équipement des terrains et la rationalisation de la construction et la mention des intérêts publics dont il faut tenir compte dans la législation fédérale, à savoir les intérêts des familles et des personnes âgées, handicapées ou dans le besoin.

⁵⁴ Cipriano ALVAREZ, *Die Bundesverfassung, Commentaire Saint-Gallois* (Bernhard EHRENZELLER, Benjamin SCHINDLER, Rainer J. SCHWEIZER et Klaus A. VALLENDER, éd.), 3^{ème} éd., Saint-Gall 2014, Art. 108 no 13.

⁵⁵ Message du Conseil fédéral relatif à l'encouragement du logement à loyer ou à prix modérés du 27 février 2002, FF 2002 2649/2656.

(droit au logement) et 178 à 182 (logement en tant que tâche publique) de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012⁵⁶.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur les politiques cantonales en matière de logement, en particulier au regard de la place laissée par le législateur fédéral pour une intervention cantonale dans ce domaine. Selon la jurisprudence consacrée, « dans les domaines régis par le droit civil fédéral, les cantons conservent la compétence d'édicter des règles de droit public en vertu de l'article 6 CC à condition toutefois que le législateur fédéral n'ait pas entendu régler une matière de façon exhaustive (en ce sens qu'il n'entendait laisser aucune place pour du droit public cantonal sur la même matière), que les règles cantonales soient motivées par un intérêt public pertinent et qu'elles n'éluent pas le droit civil, ni n'en contredisent le sens ou l'esprit (...). Les cantons demeurent par exemple libres d'édicter des mesures destinées à combattre la pénurie dans le secteur locatif dans la mesure où leur finalité n'est pas d'intervenir dans les rapports entre bailleur et preneur. »⁵⁷.

S'agissant plus particulièrement du contrôle des loyers, le Tribunal fédéral a posé plusieurs principes.

Tout d'abord, il a, en 1973 déjà, indiqué que les lois cantonales peuvent instaurer un contrôle des loyers afin de poursuivre leur politique sociale en matière de logement⁵⁸.

Plus tard, il a précisé que l'examen du loyer des appartements sortant de la période de contrôle doit se faire selon la méthode absolue⁵⁹.

Il a également indiqué que le droit fédéral ne permet pas à une loi cantonale de prévoir que le bailleur puisse facturer comme frais accessoires des coûts liés à l'existence de la chose louée⁶⁰.

Plus récemment, le Tribunal fédéral a affirmé que l'article 269 CO, qui pose le principe de la protection contre les loyers abusifs, s'applique de manière générale et y compris aux logements bénéficiant de mesures d'encouragement par les pouvoirs publics et dont le loyer est soumis au contrôle d'une autorité⁶¹.

⁵⁶ RSG A 2 00 ; « Cst-GE ».

⁵⁷ ATF 137 I 135 c. 2.5.2 et les références.

⁵⁸ ATF 99 Ia 604.

⁵⁹ ATF 123 III 171.

⁶⁰ ATF 137 I 135.

⁶¹ Arrêt TF 1C_500/2013 du 25 septembre 2014 c. 2.3. Pour une critique de cet arrêt, voir François BELLANGER/Valérie DÉFAGO GAUDIN, Les loyers contrôlés par l'Etat peuvent-ils être abusifs ?, *in* SJ 2015 I 214. Voir ég. David LACHAT, Droit du bail : rendement des immeubles subventionnés : un arrêt qui agite la Genève immobilière, *in* Regards de marathoniens sur le droit suisse – Mélanges publiés à

Dans ce même arrêt, il a précisé que le calcul des loyers de ces logements doit être fondé sur les coûts et non sur des critères comparatifs⁶².

B. Les rénovations énergétiques dans les différents systèmes de loyers contrôlés

Nous présentons ci-après la répercussion des rénovations énergétiques dans trois systèmes différents de contrôle des loyers, fédéral et cantonaux, à savoir dans la Loi fédérale encourageant le logement à loyer ou à prix modérés du 21 mars 2003⁶³ (1.), la Loi générale sur le logement et la protection des locataires du 4 décembre 1977⁶⁴ (2.) et la Loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi) du 25 janvier 1996⁶⁵ (3.).

1. Le système de la LOG et les rénovations énergétiques

La politique fédérale en matière d'aide au logement est mise en œuvre, aujourd'hui, par la LOG. L'aide fédérale fondée sur la LOG a succédé à l'aide fédérale accordée sur la base de la Loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements du 4 octobre 1974⁶⁶⁻⁶⁷ ; la LCAP est encore en vigueur, car elle régit les aides qui ne sont pas encore parvenues à terme⁶⁸, les dernières aides fondées sur la LCAP ayant été accordées à la fin 2001⁶⁹.

La LOG a pour but d'encourager l'offre de logements pour les ménages à revenu modeste ainsi que l'accession à la propriété (art. 1 al. 1 LOG) ; les ménages et personnes économiquement ou socialement défavorisés protégés par la loi sont ceux qui appartiennent aux classes de revenu moyen, voire inférieur et dont la charge locative, sans les frais accessoires, atteint plus de 25 % du revenu brut pour une occupation du logement normale⁷⁰. A cet effet, la Confédé-

l'occasion du 20e « Marathon du droit » (Ordre des avocats de Genève, éd.), Genève 2015, p. 161ss.

⁶² Arrêt TF 1C_500/2013 du 25 septembre 2014 c. 2.3.

⁶³ RS 842 ; « LOG ».

⁶⁴ RSG I 4 05 ; « LGL ».

⁶⁵ RSG L 5 20 ; « LDTR ».

⁶⁶ RS 843 ; « LCAP ».

⁶⁷ Pour les motifs qui ont présidé à l'abandon du système d'aides selon la LCAP, voir Message du Conseil fédéral (note 55), p. 2660.

⁶⁸ Message du Conseil fédéral (note 55), p. 2699.

⁶⁹ Office fédéral du logement, à l'adresse [www.bwo.admin.ch>thèmes>aide_au_logement](http://www.bwo.admin.ch/thèmes/aide_au_logement). Pour une description du système de la LCAP, dans lequel le montant des loyers est arrêté pendant l'entier de la période d'encouragement, moyennant plan de hausse prédéfini : voir Arrêt TF 2C_254/2014 du 25 février 2015.

⁷⁰ Message du Conseil fédéral (note 55), p. 2673.

ration encourage la construction, la rénovation et l'acquisition de logements à loyer ou à prix modérés, ainsi que l'activité d'organisations œuvrant à la construction de logements d'utilité publique (art. 2 al. 1 LOG). La Confédération ne construit donc pas elle-même des logements réservés aux personnes ayant des difficultés pour accéder au marché et trouver un logement car l'approvisionnement du marché en logements incombe, avant tout, au secteur privé. L'action des pouvoirs publics n'est sous cet angle que subsidiaire, complémentaire au marché et fondée sur des mesures d'encouragement⁷¹. De même, le droit fédéral prévoit uniquement un système dit d'aide à la pierre, les aides à la personne étant, le cas échéant, servies par les cantons⁷². Enfin, la rénovation est particulièrement encouragée⁷³.

La LOG prévoit des mesures d'encouragement direct, par le biais notamment de prêts à taux préférentiel aux propriétaires pour financer, notamment, les nouvelles constructions ou les rénovations (art. 10ss LOG). Toutefois, ces prêts ne sont plus octroyés depuis 2007. L'aide fédérale selon la LOG est désormais uniquement indirecte et s'exprime par le soutien aux activités des organisations œuvrant à la construction de logements d'utilité publique afin de couvrir les besoins en logements à loyer ou à prix modérés (art. 33 al. 1 LOG) ; ces organisations sont la Centrale d'émission pour la construction de logements d'utilité publique (CCL)⁷⁴ et la Coopérative de cautionnement hypothécaire, qui accordent à leurs membres, des maîtres d'ouvrage d'utilité publique, des prêts, respectivement des cautionnements pour la construction de logements locatifs bon marché⁷⁵.

L'aide sous forme d'encouragement direct fondée sur les articles 10ss LOG entraîne un contrôle des loyers. Bien que ce type d'aide ne soit désormais plus accordée, la durée maximale possible de celle-ci, qui est de 25 ans (art. 19 al. 1 LOG), fait en sorte que le contrôle des loyers s'exerce encore actuellement pour les immeubles qui en ont bénéficié avant 2007. L'Office fédéral du logement (OFL) est compétent à cet effet (art. 54 al. 1 LOG). Il fixe le loyer des logements au bénéfice de l'aide en tenant compte des fonds propres et des coûts immobiliers pouvant être pris en compte (art. 8 et 10 al. 1 de l'Ordonnance encoura-

⁷¹ Message du Conseil fédéral (note 55), p. 2664.

⁷² Message du Conseil fédéral (note 55), p. 2665.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ La CCL a pour but l'acquisition de fonds pour un financement à taux avantageux de l'habitat d'utilité publique. La mobilisation de fonds se fait notamment par l'émission officielle d'emprunts obligataires en nom propre, mais sur ordre et pour le compte des membres qui y participent. La CCL a été instituée en 1990 par les quatre associations faitières de l'habitat d'utilité publique de l'époque. Elle est organisée sous forme de coopérative. Ses membres sont des coopératives d'habitation et d'autres maîtres d'ouvrage d'utilité publique : www.egw-ccl.ch.

⁷⁵ Office fédéral du logement, à l'adresse www.bwo.admin.ch>thèmes>aide_au_logement. Voir également Vincent MARTENET, *Compétences cantonales, aides financières et principes de droit fiscal*, in *Les rénovations d'immeubles* (Bénédict Foëx éd.), Genève/Bâle/Zurich 2012, p. 1/8ss.

geant le logement à loyer ou à prix modérés du 26 novembre 2003⁷⁶), étant précisé que les limites des coûts et le montant des prêts pouvant être accordés font l'objet d'une Ordonnance de l'OFL du 27 janvier 2004⁷⁷. Le propriétaire est tenu de répercuter sur les locataires la réduction des coûts immobiliers découlant de l'octroi de prêts sans intérêt ou à taux préférentiel (art. 14 LOG). Dans ce cas, les locataires sont tenus de respecter des limites en matière de revenu, de fortune et d'occupation (art. 15 LOG et 17ss OLOG), le groupe-cible étant les ménages et personnes n'ayant pas accès aux logements appropriés correspondant à leur situation économique ou à leurs besoins spécifiques⁷⁸. Le contrôle des loyers porte uniquement sur les loyers, non sur les frais accessoires (art. 13 LOG)⁷⁹.

L'article 11 alinéa 1 OLOG permet au propriétaire, pendant la durée du contrôle, d'adapter les loyers à la suite, notamment, d'améliorations augmentant la valeur de la chose louée (art. 11 al. 1 let. b OLOG).

Les termes de l'OLOG ne sont pas identiques à ceux utilisés à l'article 14 OBLF puisque l'OLOG parle d'améliorations augmentant la valeur de la chose louée alors que l'OBLF se réfère aux prestations supplémentaires du bailleur, lesquelles comprennent les améliorations créant des plus-values ainsi que, depuis 2006, les améliorations énergétiques.

La question est donc de savoir si les améliorations énergétiques peuvent, sous le régime de la LOG et de l'OLOG, être assimilées aux améliorations augmentant la valeur de la chose louée comme elles sont assimilées aux prestations supplémentaires du bailleur sous le régime de l'OBLF, afin qu'elles puissent de la même manière être encouragées.

La question ne fait l'objet d'aucune jurisprudence publiée ou diffusée et n'a pas non plus été abordée en doctrine. A notre sens, il s'agit d'une lacune qui s'explique par le fait que le Conseil fédéral n'a pas modifié l'article 11 alinéa 1 OLOG en même temps qu'il a adopté l'article 14 alinéa 2 OBLF. En effet, l'article 5 lettre a LOG pose, parmi les principes régissant les mesures d'encouragement, que les ressources comme l'énergie ou le terrain doivent être utilisées de façon économe et rationnelle. Le législateur a, de plus, exprimé le souhait que les principes du développement durable, et en particulier celui des économies d'énergie, mènent à concentrer l'aide fédérale sur la rénovation de logements plutôt que sur la construction de nouveaux logements⁸⁰. Enfin, et

⁷⁶ RS 842.1 ; « OLOG ».

⁷⁷ RS 842.4.

⁷⁸ Message du Conseil fédéral (note 55), p. 2669.

⁷⁹ Pour les conséquences procédurales de cette distinction : art. 54 al. 4 LOG et Arrêt TF 4A_394/2015 du 6 novembre 2015.

⁸⁰ Message du Conseil fédéral (note 55), p. 2665.

surtout, le Conseil fédéral a précisé, dans son Message à l'appui de la LOG, que pour définir la notion de rénovation qui génère une plus-value, on peut se reporter aux principes énoncés en droit du bail ainsi qu'à la jurisprudence qui s'y rattache, renvoyant expressément à l'article 269a CO ainsi qu'à l'article 14 OBLF⁸¹. En cela, le fait que les loyers sont fixés sur les coûts (art. 12 al. 1 let. b LOG) n'est pas un obstacle puisque dans le même temps le système mis en place à l'article 11 OLOG permet une adaptation des loyers en fonction de la variation de ceux-ci.

Aussi, nous sommes d'avis que les améliorations énergétiques effectuées dans un immeuble soumis au contrôle des loyers selon la LOG peuvent être répercutées sur les loyers selon les mêmes modalités et dans la même mesure que sous le régime du Code des obligations.

2. Le système de la LGL et les rénovations énergétiques

La LGL est la loi fondant l'encouragement à la construction de logements dits sociaux à Genève. Elle prévoit à cet effet que l'Etat acquiert des terrains en usant notamment des droits de préemption et d'expropriation que lui confère la loi, qu'il encourage la construction de logements, en particulier à but non lucratif, par voie notamment de caution simple d'emprunts hypothécaires, d'octroi de prêts avec ou sans intérêt, de subventions, d'avantages fiscaux, de mises à disposition dans la mesure des disponibilités de terrains à bâtir en droit de superficie, d'aide à l'équipement de terrains à bâtir, pouvant également faire usage des aides et moyens que les lois et ordonnances fédérales fournissent aux cantons dans le même dessein, qu'il construit des logements par l'intermédiaire de fondations de droit public, qu'il veille à la qualité des logements et de leur environnement, ainsi qu'à l'économie des coûts de production et d'exploitation et qu'il favorise, dans le cadre du développement durable, les projets utilisant des produits et des matériaux de construction respectueux de l'environnement, présentant une aptitude maximale au recyclage (art. 2 al. 1 LGL).

La politique d'encouragement de logements dits d'utilité publique s'exprime par le dispositif mis en place par la Loi pour la construction de logements d'utilité publique du 24 mai 2007⁸². Aux termes de celle-ci, l'Etat constitue un parc de logements d'utilité publique de 20 % du parc locatif du canton par la construction et l'acquisition de logements dans lequel le loyer de deux tiers au moins des nouveaux logements d'utilité publique construits doit respecter les normes applicables aux catégories d'immeubles comprenant des logements dits sociaux au sens de la LGL (art. 1 al. 1 LUP). Les logements

⁸¹ Message du Conseil fédéral (note 55), p. 2677.

⁸² RSG I 4 06 ; « LUP ».

d'utilité publique au sens de la LUP sont les logements locatifs, pour lesquels un taux d'effort et un taux d'occupation sont appliqués et qui sont détenus par l'Etat, une fondation de droit public, une commune ou un organisme sans but lucratif (art. 1 al. 2 LUP) ; on parle dans ce cas de logements pérennes. Pour parvenir à l'objectif visé d'un parc de logements d'utilité publique, un Fonds pour la construction de logements d'utilité publique est constitué, financé en premier lieu par la part cantonale au bénéfice de la Banque nationale suisse (art. 4 al. 2 LUP).

La politique d'encouragement est, en outre, assurée, sous l'angle de l'aménagement du territoire, par la Loi générale sur les zones de développement du 29 juin 1957⁸³. Cette loi a pour fonction de permettre le développement de zones ordinaires par la superposition sur celles-ci de zones dites de développement afin de permettre l'utilisation des normes d'une zone de construction plus dense. En contrepartie de la densification ainsi permise, la LGZD impose la destination des constructions dans le périmètre ainsi que les caractéristiques de ceux-ci (art. 5 al. 1 LGZD). En particulier, la LGZD impose un certain pourcentage de logements dits sociaux au sens de la LGL, respectivement d'utilité publique au sens de la LUP, dans les périmètres densifiés (art. 4B LGZD).

Tant la LGL que la LUP et la LGZD prévoient un contrôle des loyers. La durée du contrôle est fonction de la période d'aide octroyée selon la LGL (art. 1 al. 3 LGL), respectivement de 10 ans pour les logements au bénéfice de la densification permise par la LGZD (art. 5 al. 3 LGZD) ; le contrôle est permanent pour les logements d'utilité publique selon la LUP (art. 2 al. 2 LUP).

Dans les trois systèmes, le contrôle des loyers se fait selon les modalités prévues par la LGL (art. 2 al. 4 LUP et 5 al. 3 LGZD). Certaines caractéristiques du régime peuvent être mises en évidence. Tout d'abord, le contrôle des loyers intervient aux côtés d'un contrôle portant sur l'essentiel des éléments financiers de l'opération : contrôle du prix du terrain⁸⁴, contrôle du prix de construction⁸⁵, contrôle du rendement des fonds propres⁸⁶ notamment. Par ailleurs, les loyers sont fixés à un montant nominal arrêté dans une pratique de l'Office du logement⁸⁷. Tous ces éléments sont fixés par le truchement d'un plan finan-

⁸³ RSG L 1 35 ; « LGZD ».

⁸⁴ Pratique administrative de l'Office du logement, Prix admis dans les plans financiers pour les terrains en zone de développement (PA/SI/001.05) du 1^{er} août 2006/15 octobre 2012.

⁸⁵ Pratique administrative de l'Office du logement, Coûts de construction admis dans les plans financiers des immeubles soumis à la LGZD ou à la LGL (PA/SI/036.01) du 1^{er} octobre 2012/19 juin 2014.

⁸⁶ Pratique administrative de l'Office du logement, Taux de rendement nets initiaux admis en fonction du type de financement (PA/SI/004.03) du 3 avril 2007/22 janvier 2014.

⁸⁷ Pratique administrative de l'Office du logement, Loyers maximums par pièce pour accord de principe (PA/SI/005.03) du 1^{er} janvier 2008/1^{er} octobre 2012.

cier accepté au début de la période de contrôle, dont les effets sont destinés à durer pendant toute la période de celui-ci (art. 27 LGL et 5 al. 2 LGZD).

Outre les éléments susmentionnés, le plan financier prévoit également un poste pour les charges d'exploitation destinées à couvrir les charges courantes et constituer des réserves pour l'entretien. Le système des réserves pour l'entretien est conçu pour s'équilibrer pendant la durée de la période de contrôle : les dépenses effectives étant inférieures aux dépenses budgétées durant les premières années, une réserve nécessaire est ainsi constituée, destinée à financer des travaux liés à l'usure et au vieillissement dans les années qui précèdent la sortie du régime de contrôle. Ainsi, la constitution d'une provision pour travaux d'entretien et de réparation, même autorisée par la décision validant le plan financier, ne doit pas permettre au propriétaire d'obtenir par des voies détournées, à la fin du contrôle officiel, un rendement des fonds propres excédant celui autorisé. Le solde positif du compte de réserve pour travaux doit de ce fait tendre vers zéro à la fin du contrôle⁸⁸.

Pendant toute la durée du contrôle, l'état locatif agréé de l'immeuble ne peut être modifié qu'en raison de la diminution légale des prestations de l'Etat et de l'évolution des conditions d'exploitation des immeubles, notamment des variations du taux des intérêts des dettes hypothécaires et du coût des travaux d'entretien et de réparation, sans préjudice des besoins d'alimentation des réserves pour l'entretien (art. 42 al. 1, première phrase, LGL⁸⁹). L'adaptation des loyers ne peut donc pas être demandée sur la base de cette disposition pour des travaux de rénovation énergétique.

Lorsque de tels travaux sont réalisés, ils doivent, s'agissant de travaux importants dépassant l'entretien courant, être préalablement soumis pour approbation à l'Office du logement (art. 3 al. 3 LGL). Si le propriétaire entend pouvoir en répercuter tout ou partie sur le montant des loyers, il doit, partant, obtenir l'accord de l'Office du logement. Dans ce contexte, il ne peut pas se prévaloir d'une application directe de l'article 14 OBLF puisque cette disposition n'est pas applicable. La question est donc de savoir si l'Office peut, voire doit, faire une application analogique de l'article 14 OBLF et autoriser des travaux importants dépassant l'entretien courant consistant en des améliorations énergétiques, en répercutant le coût sur le montant des loyers prévus dans le plan financier. Plaident en faveur de cette solution le fait que la LGL érige en principe la poursuite du développement durable (art. 1 al. 2 let. e LGL) et que l'aide de l'Etat est subordonnée à des critères d'économie des coûts de production et d'exploitation, de qualité des logements et de leur environnement et en

⁸⁸ ATA/311/2011 du 17 mai 2011 c. 7 ; ATA/879/2010 du 14 décembre 2010 c. 4 ; Richard BARBEY, Le contrôle officiel des loyers à Genève, *in* RDAF 1981 p. 209/217.

⁸⁹ La deuxième phrase de l'article 42 alinéa 1 LGL réserve l'article 24 alinéa 2 de la loi figurant dans les mesures fiscales d'encouragement mais cet alinéa a dans l'intervalle été supprimé.

matière d'énergie, à des économies d'énergie et à une minimisation du recours aux énergies non renouvelables conformément aux exigences de la législation en la matière (art. 15 al. 2 LGL). Contre cette solution, on opposera que les loyers tels que bloqués ne le sont pas sur la base de seuls critères de coûts, mais sont plafonnés selon un montant prédéterminé dans la pratique de l'Office du logement dans le cadre d'une appréciation globale du plan financier, de sorte que la modification d'un élément du plan en affecte tout l'équilibre.

A notre sens, l'Office devrait, en cas de rénovations énergétiques, faire application de l'article 14 OBLF, à tout le moins en partie. En effet, dans la mesure où la LGL se réfère expressément au principe du développement durable et où elle subordonne l'aide étatique à la qualité énergétique des bâtiments, l'application analogique de l'article 14 OBLF doit être vue comme une mesure concourant à cet effet. D'ailleurs, la pratique fixant le montant des loyers connaît déjà un montant majoré des loyers à la pièce pour les logements dans les bâtiments à très haute performance énergétique ; ce qui vaut pour les bâtiments neufs doit à notre sens également valoir pour les rénovations lorsqu'elles consistent en des améliorations énergétiques. Enfin, l'Office du logement n'est pas entravé dans sa marge de décision par le principe de la légalité puisque le fonctionnement de l'instrument du plan financier dépend de sa pratique administrative et n'est pas figé par une base légale qui l'empêcherait d'agir dans ce sens. Une solution ménageant les divers intérêts en cause pourrait être que l'Office complète sa pratique en admettant un montant d'augmentation possible afin de tenir compte de rénovations énergétiques intervenant au cours de la période de contrôle.

3. Le système de la LDTR et les rénovations énergétiques

La LDTR, dont son article 1 prévoit qu'elle a pour but de préserver l'habitat et les conditions de vie existants ainsi que le caractère actuel de l'habitat, vise, entre autres buts, à protéger le parc locatif en quantité et qualité⁹⁰. A cet effet, elle prévoit des restrictions à la démolition, à la transformation et au changement d'affectation des maisons d'habitation, l'encouragement à des travaux d'entretien et de rénovation raisonnables et proportionnés de ces bâtiments, des restrictions quant à l'aliénation des appartements destinés à la location ainsi que l'expropriation temporaire de l'usage des appartements laissés vides sans motif légitime (art. 1 al. 2 LDTR).

⁹⁰ Pour une description des buts de la LDTR, qui ne ressortent pas tous de l'article 1 alinéa 1 de la loi, voir Emmanuelle GAIDE/Valérie DÉFAGO GAUDIN, La LDTR – Démolition, transformation, rénovation, changement d'affectation et aliénation – Immeubles de logements et appartements, Berne 2014, p. 107ss.

Le contrôle des loyers instauré par cette loi s'impose en cas de démolitions ou de transformations d'un immeuble de logement. Dans ce cas, le contrôle des loyers n'est pas justifié parce que représentant la contrepartie d'une prestation étatique, comme dans les politiques d'encouragement au logement, mais il constitue le moyen direct de parvenir au but prévu par la loi⁹¹. Contrairement aux systèmes du contrôle des loyers dans la LOG ou la LGL dans lesquels il s'agit de concilier un loyer déjà bloqué avec des améliorations énergétiques intervenant au cours de la période de contrôle, ce sont, dans le cadre de la LDTR, les travaux de rénovation énergétique qui sont susceptibles d'entraîner un blocage des loyers.

Un des enjeux de la mise en œuvre de la LDTR est la distinction entre travaux de transformation et d'entretien. En effet, les travaux de transformation déclenchent l'application de la loi tandis que les travaux d'entretien n'y sont pas soumis. Par travaux d'entretien, non assujettis à la loi, il faut entendre les travaux courants d'entretien faisant partie des frais d'exploitation ordinaires d'une maison d'habitation. Les travaux raisonnables d'entretien régulier ne sont pas considérés comme travaux de transformation, pour autant qu'ils n'engendrent pas une amélioration du confort existant (art. 3 al. 2 LDTR). La distinction entre transformations et entretien est à la fois qualitative et quantitative. Selon la jurisprudence, il convient de tenir un raisonnement en deux temps. Il faut tout d'abord examiner si, de par leur nature, les travaux en cause relèvent de l'entretien ou, au contraire, consistent en des travaux de rénovation. En prolongement de cette distinction, la jurisprudence a admis que des travaux d'entretien sont susceptibles d'aboutir à une rénovation ou à une transformation soumise à la LDTR, en raison d'une incidence directe de ceux-ci sur le loyer du logement, ou lorsque, n'ayant pas été exécutés périodiquement ou par rotation tout au long de l'existence de l'immeuble, ou encore parce qu'ils n'ont pas été exécutés du tout pendant de nombreuses années, leur accumulation, même en tenant compte d'une exécution rationnelle commandant un regroupement, leur confère une incidence propre à engendrer un changement de standing de l'immeuble. On parle alors aussi de travaux d'entretien différés dans le temps. Dans un deuxième temps, il s'agit de s'attacher à l'ampleur et, partant, au coût desdits travaux et à leur répercussion sur le montant du loyer, dès lors qu'il pourrait en résulter un changement d'affectation qualitatif des logements, au risque que le loyer de ces derniers ne réponde plus aux besoins prépondérants de la population⁹². On précise que dans ses dernières jurisprudences sur cette question⁹³, la Chambre administrative de la Cour de justice, suivie par le Tribunal fédéral⁹⁴, a renoncé au critère,

⁹¹ GAIDE/DÉFAGO GAUDIN (note 90), p. 263.

⁹² ATA/584/2015 du 9 juin 2015 c. 5, et les références.

⁹³ ATA/584/2015 du 9 juin 2015 ; ATA/440/2015 du 12 mai 2015 ; ATA/334/2014 du 13 mai 2014.

⁹⁴ Arrêt TF 1C_624/2014 du 13 février 2014.

pourtant objectif, du coût des travaux ramené à la pièce, soit CHF 10'000.-, pour distinguer entre transformations et entretien.

Cette distinction doit être appliquée en cas de travaux consistant en des rénovations énergétiques. Lorsque ceux-ci sont de grande ampleur, parce qu'ils touchent notamment à l'enveloppe du bâtiment ou à la toiture, ils sont susceptibles de consister en des transformations, déclenchant l'application de la LDTR et, partant, un blocage des loyers. En revanche, des travaux de moindre ampleur, comme par exemple le changement des fenêtres intervenant à l'exclusion d'autres travaux, devraient être considérés comme relevant de l'entretien.

La fixation des loyers et des prix en cas de démolitions ou de transformations fait l'objet des articles 10 à 14 LDTR. Le système est, très schématiquement, le suivant. Il s'agit tout d'abord de se référer au montant des loyers avant travaux et de déterminer si ceux-ci sont inférieurs ou supérieurs aux loyers correspondant aux besoins prépondérants de la population. Par besoins prépondérants de la population, il faut entendre les loyers accessibles à la majorité de la population (art. 9 al. 3 LDTR). La loi contient le montant nominal des loyers à la pièce par année mais ces chiffres ont depuis été réévalués par le Conseil d'Etat. Actuellement, les loyers répondant aux besoins de la population sont compris entre CHF 2'536.- et 3'405.- la pièce l'an⁹⁵. Si les loyers avant travaux sont inférieurs au plafond de CHF 3'405.- la pièce l'an, il est possible de répercuter le coût des travaux sur les loyers, conformément à la formule de calcul figurant à l'article 11 alinéa 1 LDTR, jusqu'audit plafond. En revanche, si les loyers avant travaux sont d'ores et déjà supérieurs au plafond, ils ne peuvent pas être augmentés, lorsqu'il apparaît qu'ils permettent économiquement au propriétaire de supporter le coût des travaux sans majoration de loyer (art. 11 al. 3 LDTR).

La LDTR contient une disposition particulière destinée à favoriser les rénovations énergétiques, l'article 9 alinéa 6 LDTR⁹⁶. Cette disposition a été adoptée lors de la modification du 7 mars 2010 de la Loi sur l'énergie du 18 septembre 1986⁹⁷ par laquelle le législateur genevois a repensé en profondeur les moyens de sa politique énergétique et imposé un certain nombre de mesures pour limiter les émissions de gaz à effet de serre ainsi que la consommation d'électricité, dans le domaine de la construction notamment. La législation se veut à la fois plus directive en matière d'utilisation rationnelle de

⁹⁵ Arrêté du Conseil d'Etat du 24 août 2011 relatif à la révision des loyers correspondant aux besoins prépondérants de la population, publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève du 26 août 2011.

⁹⁶ Une disposition de même teneur existe pour les démolitions : art. 6 al. 3 LDTR.

⁹⁷ RSG L 2 30 ; « LEn ».

l'énergie mais conserve un certain nombre d'instruments incitatifs⁹⁸, dont l'article 9 alinéa 6 LDTR. La teneur de cette disposition est la suivante : « Les mesures suivantes peuvent également être répercutées sur les loyers, aux conditions prévues par l'article 14 de l'ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux, du 9 mai 1990 : – les mesures destinées à réduire les pertes énergétiques de l'enveloppe du bâtiment ; – les mesures visant à une utilisation rationnelle de l'énergie ; – les mesures destinées à réduire les émissions des installations techniques ; – les mesures visant à utiliser les énergies renouvelables ; – le remplacement d'appareils ménagers à forte consommation d'énergie par des appareils à faible consommation. Pour les loyers correspondant, avant travaux, aux besoins prépondérants de la population, le loyer après travaux n'excédera pas le montant maximum de la fourchette des loyers correspondant aux besoins prépondérants de la population, majoré : a) d'un montant correspondant à la baisse prévisible des charges énergétiques du locataire, auquel peut être rajouté, si nécessaire : b) un montant correspondant à la contribution énergétique du locataire, qui ne pourra pas dépasser 10 F par pièce, par mois. Pour les loyers situés, avant travaux, au-delà des besoins prépondérants de la population, la hausse mentionnée ci-dessus n'excédera pas la baisse prévisible des charges énergétiques du locataire à laquelle peut être rajouté, si nécessaire, un montant correspondant à la contribution énergétique du locataire qui ne pourra pas dépasser 10 F par pièce, par mois. »

En substance, le système mis en place vise une répartition tripartite des coûts des rénovations énergétiques entre l'Etat, le propriétaire – qui peut prétendre à une subvention – et le locataire. L'article 9 alinéa 6 LDTR renvoie expressément à l'article 14 OBLF et fait par conséquent sienne la définition des améliorations énergétiques selon cette disposition. En revanche, le renvoi à la méthode de calcul préconisée par cette disposition est malheureux puisque la LDTR dispose, avec l'article 11 alinéa 1 LDTR, d'une méthode de calcul propre pour la répercussion des travaux sur les loyers. En outre, l'art. 5 du Règlement d'application de la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation du 29 avril 1996⁹⁹ précise qu'en règle générale, la part des travaux d'amélioration énergétique qui constitue des prestations supplémentaires au sens de l'article 14 alinéa 3 OBLF s'élève à 50 % du coût total des travaux d'amélioration énergétique considéré (al. 2) et que le solde constitue d'importantes réparations au sens de l'article 14 alinéa 1 OBLF et doit être con-

⁹⁸ Exposé des motifs à l'appui du projet de loi présenté par le Conseil d'Etat modifiant la loi sur l'énergie (PL 10258), p. 19. L'article 9 alinéa 6 LDTR est le fruit d'un amendement apparu au cours des travaux préparatoires, le projet de loi initial ne contenant pas de disposition relative à la répercussion des rénovations énergétiques sur les loyers : Rapport de la Commission de l'énergie et des Services industriels de Genève chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat modifiant la loi sur l'énergie, déposé le 22 septembre 2009 (PL 10258-A), p. 3. Ces documents sont disponibles à l'adresse www.ge.ch/grandconseil.

⁹⁹ RSG L 5 20.01 ; « RDTR ».

sidéré, en règle générale, à raison de 50 à 70 %, comme des investissements créant des plus-values (al. 3)¹⁰⁰.

Ainsi, dans le système de la LDTR, les rénovations énergétiques ont expressément été prises en compte dans la loi, par le renvoi à l'article 14 OBLF, et les intérêts publics opposés ont été directement arbitrés dans la loi.

Conclusion

Les rénovations ou améliorations énergétiques sont à la croisée des chemins entre droit public et droit privé. Avec une norme telle l'article 14 alinéa 2 OBLF, la problématique énergétique, qui relève de l'intérêt public, a saisi le droit privé. L'article 14 alinéa 2 OBLF est une disposition qui peut être qualifiée de *quasi aliud* dans le mécanisme de protection contre les loyers abusifs puisqu'il a non seulement la fonction d'assurer la protection contre les loyers abusifs, mais aussi de favoriser la poursuite des intérêts publics en matière de politique énergétique.

L'articulation et la mise en œuvre de cette disposition, pourtant adoptée il y a près de huit ans, ne sont pas encore stabilisées, mettant en évidence la complexité de la matière. Ainsi, les questions de la condition – nécessaire ou non – de la réduction des frais accessoires ou de la part du coût des améliorations pouvant être répercutée sur les loyers ne sont pas clairement tranchées. La très importante question de l'existence – ou non – d'un défaut en cas de non-conformité aux prescriptions en matière énergétique est également encore ouverte à ce jour.

Dans le système des loyers contrôlés, les mêmes incertitudes demeurent puisque les autorités administratives devraient s'inspirer de la solution de l'article 14 alinéa 2 OBL, qu'elles y soient invitées par le législateur ou parce que la poursuite de l'intérêt public aux économies d'énergie dans les bâtiments doit valoir de la même manière, fût-ce au détriment de l'intérêt public à l'existence d'un parc de logements à loyers modérés imposant que les loyers ne soient pas augmentés.

¹⁰⁰ Pour un exemple de calcul de répercussion sur les loyers de rénovations énergétiques selon la LDTR, voir GAIDE/DÉFAGO GAUDIN (note 90), p. 309ss.

Déductions fiscales liées à la propriété immobilière (impôt sur le revenu)

Questions choisies

ALEXANDRE FALTIN¹ ET YACINE REZKI²

I. Introduction

L'impôt sur le revenu frappe le revenu net des contribuables. Le revenu net se détermine en partant du revenu brut, dont le montant est réduit par un certain nombre de déductions. Celles-ci sont fondamentalement au nombre de trois :

- les déductions organiques, à savoir les frais d'acquisition du revenu ;
- les déductions générales, portant sur certaines dépenses particulières (intérêts passifs, charges sociales, etc.) ;
- les déductions sociales.

En matière immobilière, le revenu brut imposable comprend non seulement les revenus effectivement réalisés (loyers), mais également la valeur locative des immeubles ou parties d'immeubles dont le contribuable se réserve l'usage en raison de son droit de propriété ou de jouissance obtenu à titre gratuit.

Il est dès lors naturel que les frais d'entretien puissent être déductibles du revenu. En effet, s'agissant du revenu locatif, le bailleur est tenu de procéder à un certain nombre de réparations. Le même raisonnement doit être tenu pour l'immeuble dont le propriétaire se réserve l'usage : à partir du moment où le fisc impose la valeur locative de l'immeuble occupé par le propriétaire, les frais d'entretien doivent être déductibles, en tant que frais d'acquisition du revenu.

¹ Avocat associé, Oberson Abels SA, chargé d'enseignement à l'Université de Genève (GSEM).

² Avocat-stagiaire, Oberson Abels SA.

En matière d'impôt fédéral direct, la déduction des frais d'entretien est prévue à l'art. 32 al. 2 à 4 LIFD³. Pour les impôts cantonaux, l'art. 9 al. 3 LHID⁴ régit la matière :

<i>Art. 32 al. 2 LIFD</i>	<i>Art. 9 al. 3 LHID</i>
<p><i>al. 2</i></p> <p>Le contribuable qui possède des immeubles privés peut déduire les frais nécessaires à leur entretien, les frais de remise en état d'immeubles acquis récemment, les primes d'assurances relatives à ces immeubles et les frais d'administration par des tiers.</p> <p>Le DFF détermine dans quelle mesure les investissements destinés à économiser l'énergie et à ménager l'environnement peuvent être assimilés aux frais d'entretien.</p>	<p>Le contribuable qui possède des immeubles privés peut déduire les frais nécessaires à leur entretien, les frais de remise en état d'immeubles acquis récemment, les primes d'assurances relatives à ces immeubles et les frais d'administration par des tiers.</p> <p>En outre, les cantons peuvent prévoir des déductions pour la protection de l'environnement, les mesures d'économie d'énergie et la restauration des monuments historiques. Ces trois dernières déductions sont soumises à la réglementation suivante :</p> <p>a. le Département fédéral des finances détermine en collaboration avec les cantons dans quelle mesure les investissements destinés à économiser l'énergie et à ménager l'environnement peuvent être assimilés à des frais d'entretien ;</p>

³ Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, RS 642.11.

⁴ Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, RS 642.14.

<i>Art. 32 al. 2 LIFD</i>	<i>Art. 9 al. 3 LHID</i>
<p data-bbox="194 196 241 222"><i>al. 3</i></p> <p data-bbox="150 239 597 491">Sont en outre déductibles les frais occasionnés par des travaux de restauration de monuments historiques que le contribuable entreprend en vertu de dispositions légales, en accord avec les autorités ou sur leur ordre, pour autant qu'ils ne soient pas subventionnés.</p> <p data-bbox="194 543 241 568"><i>al. 4</i></p> <p data-bbox="150 585 597 775">Au lieu du montant effectif des frais et primes se rapportant aux immeubles privés, le contribuable peut faire valoir une déduction forfaitaire. Le Conseil fédéral arrête cette déduction forfaitaire.</p>	<p data-bbox="617 239 1064 526">b. pour autant qu'ils ne soient pas subventionnés, les frais occasionnés par des travaux de restauration de monuments historiques sont déductibles dans la mesure où le contribuable les a entrepris en vertu de dispositions légales, en accord avec les autorités ou sur ordre d'une autorité administrative.</p>

Un certain nombre d'éléments ressort à la simple comparaison de ces deux normes :

- a) s'agissant de la déduction des frais nécessaires à l'entretien, des frais de remise en état d'immeubles acquis récemment, des primes d'assurances relatives à ces immeubles et des frais d'administration par des tiers, la lettre des deux lois est rigoureusement identique ;
- b) les cantons ne sont en revanche pas tenus de permettre la déduction d'investissements destinés à économiser l'énergie et à ménager l'environnement. Néanmoins, s'ils entendent prévoir une telle déduction, son étendue doit correspondre à ce que le Département fédéral des finances a prévu⁵ ;
- c) la déduction des frais occasionnés par des travaux de restauration de monuments historiques est facultative pour les cantons.

La marge de manœuvre des cantons est donc étroite : la déduction des frais immobiliers doit répondre à ces règles. Elle ne peut pas être plus restrictive.

⁵ Dans le même sens : MARKUS REICH (in ZWEIFEL/ATHANAS [édit.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1 (StHG), 2e éd., Bâle 2002, n. 57 ss ad art. 9).

Elle ne peut pas non plus être plus large, l'art. 9 al. 4 LHID prévoyant, en outre, qu' « on n'admettra pas d'autres déductions ». En matière de déductions immobilières, l'harmonisation fiscale tend donc, *de lege*, vers une uniformisation fiscale. Aussi, la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue sur la base de l'art. 32 al. 2 LIFD peut être appliquée très largement aux impôts cantonaux également.

II. Déductions des frais d'entretien

Selon l'art. 32 al. 2 LIFD, le contribuable qui possède des immeubles privés peut déduire les frais nécessaires à leur entretien, les frais de remise en état d'immeubles acquis récemment, les primes d'assurances relatives à ces immeubles et les frais d'administration par des tiers. En outre, le Département fédéral des finances détermine dans quelle mesure les investissements destinés à économiser l'énergie et à ménager l'environnement peuvent être assimilés aux frais d'entretien.

Trois ordonnances d'application précisent la matière :

- l'Ordonnance du Conseil fédéral sur les frais relatifs aux immeubles (ci-après : « OCF »)⁶. Cette ordonnance :
 - indique le montant de la déduction forfaitaire possible en lieu et place de la déduction effective (10 % du rendement brut – loyers ou valeur locative – pour les bâtiments dont l'âge est inférieur ou égal à dix ans au début de la période fiscale ; 20 % ensuite) ;
 - donne une définition de principe des investissements destinés à économiser l'énergie et à ménager l'environnement qui peuvent être déduits ;
- l'Ordonnance du Département fédéral des finances, sur les mesures en faveur de l'utilisation rationnelle de l'énergie et du recours aux énergies renouvelables (ci-après : « ODF »)⁷. Cette ordonnance contient une énumération exemplative des mesures écologiques déductibles ;
- l'Ordonnance de l'Administration fédérale des contributions sur les frais relatifs aux immeubles privés déductibles dans le cadre de l'impôt fédéral direct (ci-après « OAF »)⁸. Cette ordonnance donne une liste exemplative de frais déductibles et non déductibles.

⁶ RS 642.116.

⁷ RS 642.116.1.

⁸ RS 642.116.2.

Il convient de relever que plusieurs cantons ont émis des directives cataloguant, de manière relativement détaillée, les travaux qu'ils qualifient de travaux d'entretien, d'investissements écologiques, de purs travaux à plus-value (impactant en principe l'impôt sur la fortune et l'impôt sur les gains immobiliers) ou de dépenses neutres.

Enfin, on rappellera que les frais d'entretien, à l'instar des autres déductions, s'opèrent sur le revenu brut global du foyer fiscal (art. 25 LIFD). Il n'y a donc pas de limitation des déductions à hauteur du revenu immobilier.

A. Frais d'entretien au sens étroit

Les frais d'entretien au sens étroit sont essentiellement ceux qui sont encourus pour des travaux destinés à compenser l'usure normale de la chose due à son usage et à l'écoulement du temps et à maintenir l'état d'entretien original du bien⁹. Ils doivent permettre de conserver la valeur d'usage de l'immeuble, notamment son rendement locatif¹⁰. Ils constituent des frais organiques d'acquisition du revenu immobilier¹¹.

Sont notamment déductibles :

- Les dépenses dues aux réparations ou aux rénovations, si elles n'entraînent pas une augmentation de la valeur de l'immeuble ;
- Les versements aux fonds de rénovation des propriétés par étages, lorsque ces affectations ne servent à couvrir que les frais d'entretien d'installations communes ;
- Les frais d'exploitation : contributions périodiques pour l'enlèvement des ordures ménages, l'épuration des eaux, l'éclairage et le nettoyage des rues, l'entretien des routes, etc. Les taxes immobilières représentant des impôts réels entrent dans la catégorie des frais d'exploitation et sont déductibles à ce titre¹².

⁹ Jugement du 19 décembre 2014 du Tribunal administratif de première instance du canton de Genève, JTAPI/1440/2014.

¹⁰ RDAF 1997 II p. 581.

¹¹ ATF 133 II 287 consid. 2.1.

¹² A Genève, il s'agit de l'impôt immobilier complémentaire (art. 76-79 LCP). A relever que, jusqu'en 2010, l'impôt immobilier complémentaire genevois n'était pas déductible du revenu imposable pour l'impôt cantonal (art. 38 lit. e LIPP, dans sa teneur au 1.1.2010, alors qu'il l'était pour l'impôt fédéral direct). L'ancienne Commission cantonale de recours en matière administrative a, par jugement du 15 février 2010, estimé que cet impôt devait être déduit, également pour l'impôt cantonal. Suite à cette décision, le Conseil d'Etat a adopté un règlement transitoire permettant la déduction de cet impôt (RTDIF). Depuis le 30 août 2011, la LIPP ne prévoit plus la non déductibilité de l'impôt immobilier complémentaire (modification de l'art. 38 lit. e LIPP).

En revanche, les dépenses courantes liées économiquement et juridiquement à la possession d'un immeuble (frais de chauffage, eau courante, etc.) ne sont pas déductibles dans la mesure où elles sont qualifiées fiscalement d'utilisation du revenu¹³.

B. Frais de remise en état d'immeubles acquis récemment

Fondamentalement, les frais d'entretien comprennent les dépenses engagées par le contribuable pour le maintien de la valeur de son immeuble. L'état du bien au moment de son acquisition ne devrait pas être déterminant.

Néanmoins, dans le cadre d'une jurisprudence qui remonte à 1973¹⁴, le Tribunal fédéral prévoyait une exception à la déductibilité des frais visant à remettre en état un immeuble acquis il y a moins de cinq ans qui avait été négligé par le propriétaire précédent. Il s'agissait d'éviter de privilégier fiscalement le contribuable qui achète un immeuble dont l'entretien a été laissé à l'abandon dans le but de le rénover par rapport au contribuable qui achète un immeuble déjà rénové. Cette exception était connue sous le nom de "Pratique Dumont". L'ancrage juridique de cette pratique pouvait être trouvé à l'art. 34 lit. d LIFD, qui prévoit que les frais d'acquisition, de production ou d'amélioration d'éléments de fortune ne sont pas déductibles. En outre, la non déductibilité des frais de remise en état d'immeubles acquis récemment était également rappelée dans l'Ordonnance de l'Administration fédérale des contributions sur les frais relatifs aux immeubles privés¹⁵.

Critiquée sur le plan politique¹⁶ pour des considérations d'ordre économique¹⁷, la « pratique Dumont » a été abrogée par le législateur en 2010¹⁸ par l'ajout à l'art. 32 al. 2 LIFD de la mention de la déductibilité des frais de remise en état d'immeubles acquis récemment. Le fait que la modification législative se soit limitée à mentionner la déductibilité des frais de remise en état d'immeubles récemment acquis s'explique donc par le fait que ces frais étaient déductibles déjà auparavant lorsque l'immeuble avait été acquis il y a plus de cinq ans.

¹³ Décision de la Commission cantonale de recours en matière administrative du 29 juin 2008, DCCR/663/2009, consid. 6.

¹⁴ ATF 99 Ib 362.

¹⁵ Art. 1 al. 2 lit. a de cette ordonnance, dans sa teneur valable jusqu'au 31.12.2009.

¹⁶ Voir notamment les initiatives parlementaires : 00.460 (14.12.2000) ; 04.457 (04.10.2004) ainsi que la motion 96.3622 (11.12.1996).

¹⁷ MANDY WAGNER, La pratique Dumont : Rappel et actualité, in ECS 12/09, p. 954.

¹⁸ FF 2010 4861.

C. La déduction des investissements écologiques

1. Situation actuelle

Contrairement aux travaux d'entretien, les dépenses à plus-values réalisées par un contribuable sur son bien immobilier ne sont en principe pas déductibles (art. 34 lit. d LIFD). Sont en particulier concernées, les dépenses permettant d'améliorer durablement l'état de l'immeuble, d'en élever le standing ou d'en augmenter sa valeur¹⁹. En revanche, le coût des travaux à plus-value sont pris en compte dans le calcul de l'impôt sur les gains immobiliers²⁰.

Fondamentalement, l'impôt sur le revenu doit appréhender la capacité contributive des contribuables. Il ne devrait pas, en théorie du moins, servir des buts autres que fiscaux²¹. Néanmoins, la Confédération dispose d'une compétence pour légiférer en matière de protection de l'environnement (art. 74 Cst) ce qui, à notre sens, permet de tempérer cette affirmation.

L'art. 32 al. 2, 2^{ème} phrase, de la LIFD attribue au Département fédéral des finances (ci-après : « DFF ») la faculté d'assimiler les investissements destinés à économiser l'énergie et à ménager l'environnement à des frais d'entretien déductibles. *A priori*, une déduction de ce type ne saurait avoir sa place en matière d'impôt sur le revenu et d'imposition d'après la capacité contributive. En effet, les investissements dont il est question ne consistent pas en des travaux de maintien de la valeur d'un immeuble. Toutefois, et comme indiqué ci-dessus, on peut trouver le fondement de cette déduction dans la compétence de la Confédération pour légiférer en matière de protection de l'environnement.

La notion d'investissements destinés à économiser l'énergie et à ménager l'environnement est définie à l'art. 5 OCF : il s'agit des frais encourus en vue de rationaliser la consommation d'énergie ou de recourir aux énergies renouvelables et concernent le remplacement d'éléments de construction ou d'installations vétustes et l'adjonction d'éléments de construction ou d'installations dans des bâtiments existants. Ces investissements ne sont déductibles que dans la mesure où ils ne sont pas subventionnés²².

Le DFF a établi une liste exemplative des investissements écologiques déductibles (art. 1 ODF) :

¹⁹ BASTIEN VERREY, L'imposition différée du gain immobilier : harmonisation fédérale et droit cantonal comparé, RJI Band/Nr. 51, 2011, p. 137.

²⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 17 octobre 2011, réf : 2C_277/2011 consid. 3. 1.

²¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 6 juillet 2007, réf : 2C_63/2010, consid. 2.3.

²² Art. 6 OCF.

- a. les mesures tendant à réduire les déperditions énergétiques de l'enveloppe du bâtiment, par exemple :
 1. isolation thermique des sols, murs, toits et plafonds jouxtant l'extérieur, des locaux non chauffés ou le terrain,
 2. remplacement des fenêtres par des modèles améliorés sur le plan énergétique,
 3. pose de colmatages,
 4. installation de sas non chauffés,
 5. renouvellement de jalousies ou de volets à rouleau ;

- b. les mesures en faveur de l'utilisation rationnelle de l'énergie dans les installations du bâtiment, par exemple :
 1. renouvellement du générateur de chaleur, à l'exception de son renouvellement par des chauffages électriques fixes à résistances,
 2. remplacement des chauffe-eau (à l'exception du remplacement des chauffe-eau à circulation par des chauffe-eau centraux),
 3. raccordement à un réseau de chauffage à distance,
 4. pose de pompes à chaleur, d'installations à couplage chaleur-force et d'équipements alimentés aux énergies renouvelables,
 5. pose et renouvellement d'installations servant avant tout à l'utilisation rationnelle de l'énergie, notamment :
 - dispositifs de réglage, vannes thermostatiques de radiateurs, pompes de recirculation, ventilateurs,
 - isolation thermique des conduites, de la robinetterie ou de la chaudière,
 - dispositifs de mesure servant à l'enregistrement de la consommation et l'optimisation du fonctionnement,
 - appareils liés au décompte individuel des frais de chauffage et d'eau chaude,
 6. assainissement de cheminée lié au renouvellement d'un générateur de chaleur,
 7. mesures de récupération de la chaleur, par exemple dans des installations de ventilation et de climatisation ;

- c. les analyses énergétiques et les plans-directeurs de l'énergie ;

- d. le renouvellement d'appareils ménagers gros consommateurs d'énergie, tels que cuisinières, fours, réfrigérateurs, congélateurs, lave-vaisselle, lave-linge, équipements d'éclairage, etc., qui font partie de la valeur de l'immeuble.

De manière générale, les mesures qui n'ont qu'un effet secondaire sur l'économie d'énergie, mais qui visent, premièrement, à augmenter le confort ou l'espace du logement, ne sont pas déductibles²³. À cet égard, les travaux visant à l'aménagement des combles ou à la création de chambres ou d'appartements ne sont pas déductibles, quand bien même ils permettraient d'effectuer des économies d'énergie²⁴.

²³ Arrêt du Tribunal fédéral du 12 mai 2009, réf. 2C_666/2008.

²⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 4 septembre 2014, réf. 2C_153/2014.

Les possibilités de déduction des investissements écologiques sont limitées aux bâtiments existants. Cette limitation se justifie car il s'agit d'inciter à l'adaptation de constructions inappropriées du point de vue des standards modernes²⁵. Dès lors, il convient de préciser la notion de « bâtiments existants ». En effet, il n'est pas aisé de déterminer le moment à partir duquel un bâtiment devient un « bâtiment existant » pour lequel il se justifie de prendre des mesures incitatives visant son adaptation aux standards modernes. Dans une jurisprudence datant de 2012, le Tribunal fédéral a refusé la déduction pour des investissements sur une maison familiale construite deux ans avant lesdits investissements²⁶. Dans une cause antérieure, le Tribunal administratif zurichois avait admis la déduction d'un investissement écologique sur un bâtiment dont la construction datait de 21 mois avant ledit investissement. Le Tribunal administratif zurichois avait considéré que le bâtiment en question, habité, était un bâtiment existant²⁷.

Certaines jurisprudences cantonales retiennent un délai de 5 ans dans l'appréciation de la notion de « bâtiments existants ». Les bâtiments dont la construction est inférieure à 5 ans ne seraient ainsi pas considérés comme étant des bâtiments existants²⁸.

Dans cette optique, la déduction n'est pas non plus possible lors de travaux de rénovation totale qui, dans les faits, conduisent à l'établissement d'un nouveau bâtiment (destruction du bâtiment et remplacement par un nouveau dont l'affectation n'est pas identique)²⁹.

En revanche, la rénovation complète d'un bâtiment dont l'affectation n'est pas modifiée ne constitue pas un nouveau bâtiment³⁰ et reste donc déductible dans la mesure où elle répond aux conditions de l'ODFF.

2. Evolution future ?

Par décisions des 19 mars et 11 juin 2009, les chambres fédérales ont adopté la motion 09.3014, chargeant le Conseil fédéral d'améliorer l'efficacité et l'efficience des déductions fiscales pour les investissements énergétiques concernant les immeubles privés. Le texte de la motion prévoyait que la révision devait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2011. La motion s'expliquait par le fait que

²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 18 décembre 2012, réf. 2C_727/2012 et 2C_729/2012.

²⁶ Arrêt du Tribunal fédéral du 18 décembre 2012, réf. 2C_727/2012 et 2C_729/2012.

²⁷ Tribunal administratif zurichois du 17.11.2010, réf. SB.2010.00041 et SB.2010.00040.

²⁸ Voir notamment l'arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois du 18 novembre 2014, *in* RFJ 2015, p. 407 ; l'arrêt de la Commission cantonale de recours en matière d'impôt du canton de Soleure du 29 Octobre 2012 résumé *in* Steuer Revue 2013, p. 778.

²⁹ Arrêt du Tribunal fédéral du 6 juillet 2010, réf. 2C_63/2010.

³⁰ Tribunal cantonal SG, du 9 décembre 2010, *in* Steuer Revue 2011, p. 309.

le système actuel ne définit pas clairement les mesures visées. De plus, une partie des investissements écologiques sont déductibles alors qu'il s'agirait en réalité de mesures légalement prescrites ou qui auraient été exécutées de toute manière. Il y aurait donc un effet d'aubaine, puisque les déductions devraient en principe avoir un effet incitatif. La motion estimait qu'il fallait limiter les déductions aux mesures qui garantissent une contribution importante à l'objectif énergétique, qui vont au-delà des prescriptions légales et qui sont généralement non rentables.

Suite à l'adoption de cette motion, un projet de refonte de l'ODFF a été mis en consultation. Ce projet restreignait fortement la déduction des investissements écologiques. La déduction était limitée :

- aux mesures visant à réduire les déperditions énergétiques de l'enveloppe du bâtiment, dans la mesure où certains coefficients de transmission thermique n'étaient pas dépassés ou si la valeur limite pour les besoins de chaleur pour le chauffage est respectée ;
- aux mesures suivantes en faveur de l'utilisation rationnelle de l'énergie et du recours aux énergies renouvelables pour les installations techniques du bâtiment :
 1. le remplacement d'un générateur de chaleur utilisé comme chauffage principal par une installation fonctionnant aux énergies renouvelables ou aux rejets thermiques et disposant d'un *label ou certificat de qualité déterminé* ;
 2. le raccordement à un réseau de chauffage à distance fonctionnant avec une *part d'énergies renouvelables ou de rejets thermiques de 50 % au moins* ;
 3. la pose et le remplacement d'installations servant avant tout à l'utilisation rationnelle de l'énergie et au recours aux énergies renouvelables :
 - isolation thermique des conduites, de la robinetterie ainsi que de la chaudière, des réservoirs d'eau chaude et des accumulateurs de chaleur,
 - installations de récupération de chaleur, par exemple dans des installations de ventilation et de climatisation,
 - aération contrôlée dans les habitations, avec récupération de la chaleur,

- installations photovoltaïques ;
- les mesures menant à la certification du bâtiment selon les normes Minergie ;
- le coût des analyses et des concepts énergétiques.

Le projet de révision mettait donc l'accent sur le résultat énergétique des mesures entreprises.

Ce projet a fait l'objet d'importantes critiques, notamment par les cantons. En outre, le contre-projet indirect du Conseil fédéral à l'initiative populaire "Sécurité du logement à la retraite", rejeté par le Parlement, prévoyait d'inscrire les mêmes principes dans une loi, en n'accordant de déduction aux contribuables détenant un immeuble dans leur fortune privée que pour les investissements consacrés à des mesures particulièrement efficaces permettant d'économiser l'énergie et de préserver l'environnement.

En revanche, dans le cadre de la Stratégie énergétique 2050 (sortir du nucléaire), le Conseil fédéral préconise à nouveau de revoir l'ODFF. Vraisemblablement, cette question reviendra à l'ordre du jour dans le cadre de la réforme fiscale écologique annoncée par le Conseil fédéral dans ce contexte.³¹

III. Primes d'assurance et frais d'administration

Les primes d'assurances relatives aux immeubles détenus dans la fortune privée sont déductibles (art. 32 al. 2 LIFD). Il s'agit en particulier de l'assurance-incendie, des assurances contre les dégâts des eaux et le bris de glaces ou encore de l'assurance responsabilité civile³².

Il en va de même pour les frais d'administration de l'immeuble par des tiers (art. 32 al. 2 LIFD), constitués notamment des frais d'administration déductibles tels les frais de port, de téléphone, d'annonces, d'imprimés, de poursuite, de procès et des rétributions au gérant³³.

³¹ Cf. à ce sujet, les explications du Conseil fédéral à l'interpellation 12.3876 « Pourquoi la révision 2010 de l'ordonnance sur les déductions en faveur de mesures énergétiques n'entre-t-elle pas en vigueur ? ».

³² Art. 1 al. 1 lit. b OAFC.

³³ Art. 1 al. 1 lit. c OAFC.

IV. Période de déduction des dépenses mentionnées

En vertu du principe de périodicité, seuls les travaux relatifs à la période fiscale considérée sont déductibles. La question se pose de savoir si la date déterminante est celle de l'émission de la facture, de son paiement, voire de la réalisation des travaux. Dans les cantons romands, la date d'établissement de la facture par les fournisseurs est généralement retenue comme critère déterminant. Tel est notamment le cas en ce qui concerne les cantons de Neuchâtel³⁴, Vaud³⁵, Genève³⁶ ou encore Berne³⁷. On notera toutefois que dans le canton de Fribourg, c'est la date du paiement qui est déterminante³⁸.

Le principe de périodicité des déductions a pour conséquence l'impossibilité du report de la déduction dans le temps. Les montants des déductions excédant le revenu imposable sur une période d'imposition sont ainsi « perdus » dans la mesure où ils ne pourront plus être déduits par la suite.

Toutefois, dans la mesure où les déductions de l'art. 32 al. 2 LIFD sont imputables à l'ensemble des revenus, il est possible de déduire des frais alors même que le bien immobilier ne génère aucun revenu ni aucune valeur locative. Tel est notamment le cas dans l'hypothèse où des travaux rendent l'occupation des lieux impossible. Ce n'est que lorsqu'il apparaît sur la durée, au vu d'un revenu inexistant ou trop faible et de la nature des frais engagés, que ceux-ci ne sont pas justifiés et n'ont pas de sens d'un point de vue économique, que se pose la question d'un refus de leur déduction³⁹.

V. Immeubles appartenant à la fortune commerciale

Conformément à son libellé clair, les déductions immobilières prévues à l'art. 32 al. 2 LIFD ne visent que les immeubles appartenant à la fortune privée du contribuable⁴⁰.

Pour les immeubles faisant partie de la fortune commerciale, les déductions admises sont celles qui sont justifiées par l'usage commercial ou professionnel. Aux frais d'entretien s'ajoutent d'éventuels amortissements, provisions et pertes effectives.

³⁴ Service des contributions, Notice spéciale pour la déduction des frais effectif relatifs aux immeubles et des investissements destinés à économiser de l'énergie, ch. 4.

³⁵ Déclaration fiscale vaudoise, page immobilier.

³⁶ Administration fiscale cantonale, *Information N°1/2011*, 1^{er} février 2011, chap. 4, p. 5.

³⁷ Intendance des impôts, *Notice 5 sur les frais immobiliers*, 2014, ch. 1.

³⁸ RDAF 2003 II, p. 681.

³⁹ ATF 133 II 287.

⁴⁰ RDAF 2013 II p. 416.

VI. Conclusion

En tant que frais d'acquisition du revenu, la déduction des frais d'entretien, primes d'assurance et frais d'administration par des tiers n'est pas controversée. Il en irait différemment si, par exemple, la valeur locative du logement occupé par le propriétaire n'était plus imposée.

En revanche, les investissements écologiques sont déductibles non pas afin de cerner la capacité contributive mais en tant que mesure incitative. Dans ce contexte, certains estiment que la réglementation actuelle serait trop large, car elle permet la déduction d'investissements qui seraient de toute manière entrepris, soit en raison de certains standards actuels, soit en raison d'obligations légales. On peut penser, par exemple, à l'obligation de remplacer le simple vitrage par un double vitrage.

Néanmoins, on peut se demander si un tel raisonnement est exact. En effet, à partir du moment où il devient normal, voire obligatoire, d'entreprendre certaines mesures de type écologique, la non-conformité à ces nouveaux standards fait clairement perdre de la valeur à l'immeuble concerné. Aussi, le propriétaire n'a généralement pas le choix : s'il veut conserver la valeur de son investissement, il devra effectuer les mesures écologiques. Or, dans ce cas, on ne se trouve plus, à notre sens, dans l'investissement, mais dans la dépense pour le maintien de la valeur du bien, c'est-à-dire dans les frais d'entretien, qui doivent de toute manière être déductibles, en tant que frais organiques.

Table des matières

Avant-propos	5
Préface	7
Sommaire	11
Table des abréviations.....	13

ALEXANDRE FLÜCKIGER

La transition énergétique entre conflits d'objectifs et conflits de compétence : aspects de droit constitutionnel	23
I. Introduction	23
II. Les objectifs constitutionnels	24
A. Les objectifs de politique énergétique	24
B. Les objectifs environnementaux, économiques et sociaux.....	26
C. L'intérêt public des buts énergétiques	27
D. La pesée des intérêts	28
III. La répartition fédéraliste des compétences	30
A. Une répartition complexe ?.....	30
B. Le droit de l'énergie comme panorama des différentes compétences possibles	31
C. Les chevauchements de compétences entre cantons et Confédération.....	33
D. L'harmonisation des réglementations.....	38
1. Introduction.....	38
2. L'harmonisation des réglementations par voie constitutionnelle ou législative	39
a) Les divers procédés.....	39
b) La fin des compétences cantonales provisoires	39
c) L'interprétation étendue de la compétence limitée aux principes	40
d) L'interprétation restrictive des réserves cantonales proprement dites.....	44

e) Le fondement parallèle sur une compétence plus large	47
3. L'harmonisation des réglementations par des actes non obligatoires	48
4. L'harmonisation des réglementations par des normes privées.....	52
E. Une répartition des compétences à réexaminer ?.....	54
IV. Conclusion.....	55
Bibliographie	57

JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY

Le traitement de l'énergie en droit de la construction

Une belle illustration des problèmes du renvoi aux normes techniques 61

I. Les constats en guise d'introduction	61
II. Le droit de l'énergie	64
A. L'état des bases légales.....	64
B. Un (dés)ordre juridique ?.....	66
III. Le droit de la construction énergétique	69
A. Un multiphénomène de droit matériel	69
B. Les effets juridiques secondaires	72
IV. La normalisation.....	75
A. Le phénomène	75
B. Une appréciation : une certaine prudence est de mise	79
V. Panorama de la jurisprudence disponible en droit de l'énergie de la construction.....	81
VI. Quelques références de doctrine.....	90

ERIC BRANDT

La coordination des intérêts divergents 93

I. Introduction	93
II. La notion d'intérêts divergents	93
III. Principes de l'obligation de planifier et de coordination	98
A. Obligation de planification	98
B. Principe de coordination.....	101

C. L'article 25a LAT	102
D. En résumé.....	103
E. Premier projet d'éoliennes à Sainte-Croix	103
F. Projet de barrage Hydro-Rhône à Bex-Massongex	104
IV. La coordination d'intérêts divergents dans la planification	106
A. Les plans directeurs des cantons	106
- Les projets à forte incidence spatiale.....	107
- Projets de parcs éoliens dans le plan directeur du canton de Vaud	108
B. Les plans d'affectation.....	109
C. Exemple d'intérêts pour les parcs éoliens	110
- La politique énergétique de la Confédération (art. 89 Cst.).....	110
- La protection de la nature et du paysage (art. 78 Cst.).....	111
aa) Les inventaires fédéraux	111
bb) Les autres mesures de protection du paysage	112
cc) Les mesures de conservation de la faune et de protection des espèces menacées	113
- La protection de l'environnement au sens strict (art. 74 Cst.)	113
- La conservation des forêts (art. 77 Cst.).....	114
- L'aménagement du territoire (art. 75 Cst.).....	115
- Les autres intérêts ou les objections des opposants	117
V. La pesée des intérêts	118
A. Analyse du processus de pesée des intérêts.....	118
B. Exemple du parc éolien de Crêt-Meuron (NE)	119
C. Exemple du deuxième projet d'éoliennes à Sainte-Croix.....	121
- Aménagement du territoire – Plan directeur cantonal	121
- Protection contre le bruit	122
- Les infrasons	123
- Protection du paysage (impacts sur des objets figurant sur des inventaires fédéraux).....	123
- Protection de l'avifaune	124
- Protection de la forêt	125
- Aménagement du territoire – Plan d'affectation spécial.....	126
aa) détermination de l'intérêt public à la réalisation du projet.....	126
bb) la comparaison avec les autres intérêts opposés.....	127
- Protection du paysage.....	127
- Protection contre le bruit et protection de la faune.....	128
cc) Résultat de la pesée des intérêts.....	128

- En résumé	129
VI. La coordination d'intérêts divergents dans la procédure d'autorisation de construire.....	129
A. La première version de l'article 18a LAT (2007).....	130
B. La seconde version de l'article 18a LAT (2012).....	131
- La constitutionnalité.....	132
- Le champ d'application.....	132
- L'obligation d'annonce	133
- Les dispositions fédérales d'exécution	133
- Les dispositions cantonales d'exécution.....	134
- La réserve du droit cantonal (al. 2).....	134
- Pesée d'intérêts concernant l'aspect esthétique (al. 4)	136
Champ d'application.....	136
La clause d'esthétique.....	136
La protection des villages et des bourgs.....	137
C. Exemples de la pratique vaudoise sur l'ancien article 18a LAT (2007).....	137
D. Exemple avec le nouvel article 18a LAT (2012)	140
E. Cas de la maison solaire à Saint-Sulpice.....	141
- Les faits.....	141
- L'arrêt de la CDAP du 31 décembre 2014	141
- L'arrêt du Tribunal fédéral du 18 novembre 2015	142
- En résumé	143
VII. Conclusion.....	143

EMILE SPIERER

Les mesures de soutien financier	147
I. Introduction	147
II. Le contexte des soutiens financiers.....	147
A. Deux grandes familles d'actions.....	148
B. Les soutiens financiers : principes	150
III. Les soutiens financiers 2015.....	152
IV. Perspectives pour 2016 et plus	153

VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN

Les rénovations énergétiques : incidence et répercussion sur les loyers.....	155
Introduction.....	155
I. Les améliorations énergétiques dans le système des loyers libres	156
A. Le système des loyers libres et la protection contre les loyers abusifs.....	156
B. La notion d'améliorations énergétiques	157
1. Les buts de l'article 14 alinéa 2 OBLF	158
2. La nature des travaux.....	159
3. La réduction des frais accessoires.....	160
C. Les améliorations énergétiques dans la méthode relative	161
1. La part des améliorations énergétiques à répercuter sur le loyer.....	162
2. Les améliorations énergétiques découlant d'une obligation de droit public	164
D. Les améliorations énergétiques dans la méthode absolue	166
II. Les rénovations énergétiques dans les différents systèmes de loyers contrôlés.....	168
A. Les fondements et les principes applicables aux systèmes de loyers contrôlés	168
B. Les rénovations énergétiques dans les différents systèmes de loyers contrôlés	170
1. Le système de la LOG et les rénovations énergétiques	170
2. Le système de la LGL et les rénovations énergétiques	173
3. Le système de la LDTR et les rénovations énergétiques	176
Conclusion	180

ALEXANDRE FALTIN ET YACINE REZKI

Déductions fiscales liées à la propriété immobilière (impôt sur le revenu)	
Questions choisies	181
I. Introduction	181
II. Déductions des frais d'entretien	184
A. Frais d'entretien au sens étroit	185
B. Frais de remise en état d'immeubles acquis récemment.....	186
C. La déduction des investissements écologiques	187
1. Situation actuelle.....	187
2. Evolution future ?	189

III. Primes d'assurance et frais d'administration.....	191
IV. Période de déduction des dépenses mentionnées.....	192
V. Immeubles appartenant à la fortune commerciale.....	192
VI. Conclusion.....	193
Table des matières	195

Derniers ouvrages parus



Collection
Genevoise

<http://www.unige.ch/droit/CG.html>

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte (éd.) 2016
La propriété par étages aujourd'hui
Une alerte cinquantenaire

Hottelier, Michel / Foëx, Bénédicte (éds) 2016
La propriété immobilière face aux défis
énergétiques
Du statut juridique de l'énergie au
contrôle des loyers

Foëx, Bénédicte / Hottelier, Michel (éds) 2016
Propriété et liberté d'entreprendre
De la liberté de contracter à l'arbitrage
immobilier

Foëx, Bénédicte (éd.) 2013
Planification territoriale
Droit fédéral et spécificités cantonales

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012
Les rénovations d'immeubles

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012
La réforme des droits réels immobiliers
Les modifications du Code civil entrées
en vigueur le 1er janvier 2012

Foëx, Bénédicte (éd.) 2011
Droit de superficie et leasing immobilier
Deux alternatives au transfert de prop-
riété

Foëx Bénédicte / Hottelier Michel (éd.) 2009
La garantie de la propriété à l'aube du
XXI^e siècle
Expropriation, responsabilité de l'Etat,
gestion des grands projets et protection
du patrimoine

Foëx, Bénédicte / Hottelier, Michel (éds) 2007
Servitudes, droit de voisinage, responsa-
bilités du propriétaire immobilier

Hottelier, Michel / Foëx, Bénédicte (éds) 2005
Protection de l'environnement et immo-
bilier
Principes normatifs et pratique jurispru-
dentielle

Hottelier, Michel / Foëx, Bénédicte (éds) 2003
La propriété par étages
Fondements théoriques et questions
pratiques

Hottelier, Michel / Foëx, Bénédicte (éds) 2001
L'aménagement du territoire
Planification et enjeux

Hottelier, Michel / Foëx, Bénédicte (éds) 1999
Les gages immobiliers
Constitution volontaire et réalisation
forcée

Collection générale

Dan, Adrian 2015

Le délit de commission par omission –
éléments de droit suisse et comparé

Kaveh, Mirfakhraei 2014

Les indemnités de fin de contrat dans le
contrat d'agence et le contrat de distribu-
tion exclusive

Sigrist, Alexandra 2013

Les pouvoirs de la police :
le cas de la délinquance juvénile

Pavlidis, Georgios 2012

Confiscation internationale :
instruments internationaux, droit de
l'Union européenne, droit suisse

Rubido, José-Miguel 2012

L'exercice du droit de préemption
immobilier au regard du droit privé

Gonin, Luc 2011

L'obsolescence de l'Etat moderne
Analyse diachronique et contextuelle
à l'exemple de l'Etat français

Marti, Ursula 2011

Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
Am Beispiel der internationalen,
europäischen und schweizerischen
Rechtsordnung

Alberini, Adrien 2010

Le transfert de technologie en droit com-
munautaire de la concurrence
Mise en perspective avec les règles
applicables aux accords de recherche
et développement, de production
et de distribution

Bernard, Frédéric 2010

L'Etat de droit face au terrorisme

Donatiello, Giuseppe 2010

Responsabilité du débiteur :
de la délégation à l'organisation
de l'exécution des obligations
Codifications supranationales récentes
(CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes
européens) et Code des obligations su-
isse

Recueils de textes

Rémy Wyler / Anne Meier / 2015

Sylvain Marchand (éds)
Regards croisés en droit du travail : Liber
Amicorum pour Gabriel Aubert

François Bellanger / 2012

Jacques de Werra (éds)
Genève au confluent du droit interne
et du droit international
Mélanges offerts par la Faculté de droit
de l'Université de Genève
à la Société Suisse des Juristes à
l'occasion du Congrès 2012

Hottelier, Michel (éd.) 2011

Albert Cohen
L'écrivain au service de l'Etat de droit
Actes du colloque organisé le 18 février
2011 par la Faculté de droit et la Fonda-
tion Mémoire Albert Cohen

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010

Emouvoir et persuader pour
promouvoir le don d'organes ?
L'efficacité entre éthique et droit

Droit civil

- Baddeley, Margareta /
Foëx Bénédic / Leuba Audrey /
Papaux Van Delden Marie-Laure (éds)* 2014
Facettes du droit de la personnalité
Journée de droit civil 2013 en l'honneur
de la Professeure Dominique Manaï
- Marchand Sylvain* 2012
Droit de la consommation
- Baddeley, Margareta /
Foëx Bénédic / Leuba Audrey /
Papaux Van Delden Marie-Laure (éd.)* 2012
Le droit civil dans le contexte
international
Journée de droit civil 2011
- Baddeley, Margareta /
Foëx, Bénédic (éd.)* 2009
La planification du patrimoine
Journée de droit civil 2008 en l'honneur
du Professeur Andreas Bucher
- Perrin, Jean-François /
Chappuis, Christine* 2008
Droit de l'association
3^e édition
- Baddeley, Margareta (éd.)* 2007
La protection de la personne
par le droit
Journée de droit civil 2006 en l'honneur
du Professeur Martin Stettler

Droit et Histoire

- Mettral Dubois Véronique* 2015
L'œuvre politique de James Fazy
(1794-1878) et son apport à l'avènement
des droits fondamentaux à Genève
Sources doctrinales et contexte histo-
rique
- Dufour, Alfred / Quastana, François /
Monnier, Victor (éds)* 2013
Rousseau, le droit et l'histoire
des institutions
Actes du colloque international pour
le tricentenaire de la naissance de
Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)
organisé à Genève, les 12, 13 et
14 septembre 2012
- Dufour, Alfred / Monnier, Victor (éds)* 2011
La Savoie, ses relations avec
Genève et la Suisse
Actes des journées d'étude à l'occasion
du 150^e anniversaire de l'Annexion
de la Savoie à la France organisées à
Genève, les 4 et 5 novembre 2010
- Schmidlin, Bruno* 2011
Der Vertrag im europäischen Zivilrecht /
Le contrat en droit civil européen
- Hottelier, Michel (éd.)* 2010
Fazy, James
De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédic (éds) 2015
Responsabilité civile - Responsabilité pénale
(Journée de la responsabilité civile 2014)

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédic (éds) 2013
Le tort moral en question
(Journée de la responsabilité civile 2012)

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédic (éds) 2011
La preuve en droit de la responsabilité civile
(Journée de la responsabilité civile 2010)

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédic (éds) 2009
La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel
(Journée de la responsabilité civile 2008)

Winiger Bénédic 2009
La responsabilité aquilienne au 19e siècle
Damnum iniuria et culpa datum

Droit international

Pascal Herren 2016
L'intervention internationale au nom des droits de l'homme - L'autorité de l'approche finaliste

João Ernesto Christófolo 2016
Solving Antinomies Between Peremptory Norms in Public International Law

Carron Djemila 2016
L'acte déclencheur d'un conflit armé international

Cassius Jean Sossou Biadja 2015
L'acte uniforme OHADA relatif à l'arbitrage à l'épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale
Approche comparée de droit international privé

McGregor Eleanor 2015
L'arbitrage en droit public suisse
Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement

Reymond Michel 2015
La compétence internationale en cas d'atteinte à la personnalité par Internet

Palaco Caballero de María Flor 2015
La Cour internationale de justice et la protection de l'individu

Romano Gian Paolo 2014
Le dilemme du renvoi en droit international privé
La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse

Granges Mathieu 2014
Les intérêts moratoires en arbitrage international

Grignon Julia 2014
L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire

Bulak Begüm 2014
La liberté d'expression face à la présomption d'innocence
Justice et médias en droit italien et suisse à l'aune de la convention et de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme