

WENGERPLATTNER

Dr. Dr. h.c. Heinz Aemisegger

Avocat, ancien juge fédéral

Seestrasse 39 | Case postale | CH-8700 Küsnacht-Zurich

T +41 43 222 38 00 | F +41 43 222 38 01

heinz.aemisegger@wenger-plattner.ch

ONNEN SCHILLING RECHTSANWÄLTE

Prof. Dr. iur. Arnold Marti

Avocat, ancien juge cantonal

Bühlstrasse 15

Case postale 172 CH-8201 Schaffhouse

T +41 52 620 32 75 F +41 52 624 52 95

marti@anwalt-sh.ch | www.anwalt-sh.ch

ÉTUDE JURIDIQUE

27 octobre 2021

**À L'ATTENTION DES OFFICES FÉDÉRAUX
OFEN, ARE et OFEV**

**«TRANSITION ÉNERGÉTIQUE – SIMPLIFICATION DE LA
PLANIFICATION DES PROJETS DESTINÉS À UTILISER LES
ÉNERGIES RENOUVELABLES»**

RÉALISÉE PAR LE

DR. IUR. Dr. h.c. HEINZ AEMISEGGER

EN COLLABORATION AVEC LE

PROF. DR. IUR. ARNOLD MARTI

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction	3
II. Mandat de l’OFEN, de l’ARE et de l’OFEV	4
1. Teneur du contrat	4
2. Feed-back de l’OFEN, de l’ARE et de l’OFEV	6
2.1 Analyse d’impact générale	6
2.2 Intégration des «installations appropriées» dans la conception de la Confédération	6
2.3 Compétence relative à la coordination réglée des sites dans la conception de la Confédération	6
2.4 Planification directrice	7
2.5 Procédures cantonales d’approbation des plans	7
2.6 Avantages d’une procédure d’approbation des plans	7
2.7 Souhait formulé oralement	8
III. Transition énergétique – Sécurité de planification accrue pour les projets destinés à utiliser les énergies renouvelables	8
1. Teneur de la motion 20.4268 de la CEATE-N	8
2. Évaluation de la motion de la CEATE-N – Autres propositions	9
2.1 Droit en vigueur dans le domaine de l’énergie	9
2.2 Dossier de planification requis et procédure d’autorisation selon le droit en vigueur	13
a. Éoliennes	13
b. Installations hydroélectriques	19
2.3 Évaluation de la réglementation en vigueur dans le contexte de la motion 20.4268 de la CEATE-N – Propositions de révision	21
3. Proposition de procédure d’autorisation efficace pour construire des installations de production d’énergie alternative	30
4. Révision de la loi sur l’énergie et de la loi sur l’approvisionnement en électricité	31
5. Admissibilité des propositions – Compétence législative de la Confédération limitée à des principes	32
IV. Propositions législatives concrètes	35

1. Remarques préalables	35
2. Propositions législatives	36
V. Commentaires des propositions législatives	37

I. INTRODUCTION

1 La présente étude juridique porte sur la procédure d'autorisation des installations de production d'électricité d'origine renouvelable. Elle examine comment, en s'appuyant sur une procédure largement coordonnée entre la Confédération, les cantons et les communes, ainsi qu'entre cantons, mettre en place en un minimum de temps des bases de planification efficaces. Ces bases devraient permettre d'obtenir rapidement des autorisations en force pour des installations de production d'énergie alternative, notamment dans le domaine de l'hydraulique et de l'éolien. Les installations photovoltaïques peuvent certes, elles aussi, contribuer sensiblement à assurer la sécurité de l'approvisionnement en électricité de la Suisse, mais elles ne sont pas analysées en détail ci-après. Cette étude fournit néanmoins des axes de réflexion pour la planification et l'autorisation de ces installations de production d'énergie alternative.

2 Les procédures de planification et d'autorisation de ces installations sont actuellement trop longues. Il s'écoule plus de 20 ans entre le lancement d'un projet de grande installation de production d'énergie et sa réalisation. La plupart du temps, les autorités cantonales et communales sont compétentes. Le manque d'adéquation du droit cantonal pour mener efficacement ces procédures a été mis en lumière ces dernières années. Ce droit n'est pas adapté au traitement et à la résolution des problèmes spécifiques qui se posent lors de la planification et de l'autorisation de grandes installations exploitant les énergies renouvelables. Dans le cadre de ces procédures, les autorités cantonales et communales sont donc régulièrement confrontées à des problèmes majeurs, souvent difficiles à résoudre. En particulier, les exigences de coordination du droit fédéral relatif à la protection de l'environnement et à l'aménagement du territoire compliquent fortement la tâche des autorités cantonales et communales de planification et d'autorisation. Les erreurs de procédure qui occasionnent des retards coûteux et importants sont bien trop fréquentes. Les requérants doivent dès lors mobiliser des moyens financiers considérables pendant des années, sans pour autant être sûrs que leur projet sera autorisé. Fortement mises à mal, les conditions-cadres économiques dissuadent les investisseurs potentiels de planifier et de réaliser en

Suisse de grandes centrales destinées à utiliser les énergies renouvelables, ceux-ci se tournant alors vers l'étranger en vue d'investissements éventuels dans le secteur de l'énergie.

- 3 Pour désamorcer cette problématique, le droit procédural doit être amélioré au niveau tant fédéral que cantonal et compléter efficacement les mesures de soutien financier. Sinon, il ne sera pas possible de mener à bien la transition énergétique et d'assurer la sécurité de l'approvisionnement en électricité de la Suisse.

II. MANDAT DE L'OFEN, DE L'ARE ET DE L'OFEV

1. Teneur du contrat

- 4 Les deux experts signataires ont été chargés de réaliser une étude juridique pour clarifier les questions énoncées en introduction.

- 5 Le cadre des présents travaux est défini en détail dans le contrat (sous-produit 8100031; n° de commande 8100082228; n° de contrat SI/3003317-01) entre les experts signataires et la Confédération suisse, représentée par l'Office fédéral de l'énergie (OFEN), l'Office fédéral du développement territorial (ARE) et l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), concernant l'étude juridique «Transition énergétique – Simplification de la planification des projets destinés à utiliser les énergies renouvelables». La prestation devant être fournie par les mandataires est exposée comme suit au point 2 du contrat:

- 6 «Réalisation d'une étude juridique sur la simplification de la planification des projets destinés à utiliser les énergies renouvelables. Cette étude s'appuie sur le contenu et la structure de la disposition générale du 25 février 2021 et examine les feed-back du 22 mars 2021 de l'OFEN, de l'ARE et de l'OFEV, en particulier l'idée d'une analyse d'impact (sur l'environnement) dans les procédures de planification.» Voici le contenu de cette **disposition générale**:

«Disposition générale sur le mandat d'étude

I. Introduction/mandat

II. Conception de la Confédération sur les projets prioritaires d'installations de production d'énergie (nouvelles installations et agrandissements)

1. Compétence législative de la Confédération limitée à des principes selon les art. 75 et 89 de la Constitution (Cst.)
2. Compétence générale de la Confédération en matière de planification (plans sectoriels et conceptions)
3. Conception de la Confédération spécifique aux projets prioritaires d'installations de production d'énergie

3.1. Antécédents (projet de loi sur l'énergie [LEne] de 2013 du Conseil fédéral; refus par le Parlement/motifs; lacunes du droit en vigueur; révision en cours de la LEne; nouvelles interventions parlementaires; proposition des auteurs)

3.2 Présentation de la conception proposée: sens et but de la conception – Coordination réglée du site ou simple désignation de celui-ci? – Exigences relatives à la coordination réglée et à la désignation du site (conditions du droit de l'environnement, pesée nécessaire des intérêts et évaluation de la faisabilité) – Procédure relative à la coordination réglée et à la désignation du site (compétence, processus, participation des cantons, du public et des associations, voies de droit)

4. Compatibilité de cette conception avec la compétence restreinte de la Confédération en matière de législation et de planification ainsi qu'avec l'autonomie de planification des cantons et des communes; évaluation éventuelle des chances sur le plan politique

III. Intégration de la conception de la Confédération dans les plans directeurs cantonaux

1. Fonction du plan directeur cantonal et contenu requis pour les installations de production d'énergie, selon le droit en vigueur

2. Impact de la conception fédérale proposée sur la planification directrice cantonale: obligation de reprise par les cantons (ou simple recommandation à leur attention); approfondissement par les cantons (approfondissement de la pesée des intérêts et de l'évaluation de la faisabilité; vérification préalable des mesures de remplacement; harmonisation avec d'autres tâches territoriales [en particulier selon la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE), la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (LPN), la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT), la loi fédérale sur la protection des eaux (LEaux), la loi fédérale sur les forêts (LFo), la loi fédérale sur l'aménagement des cours d'eau, le droit cantonal de la construction, de la planification, de l'environnement et de la circulation]; directives sur les adaptations nécessaires de la planification, notamment en matière de raccordement)

3. Procédure fédérale d'approbation des plans et voies de droit

IV. Concentration des procédures cantonales d'approbation des plans

1. Procédures de planification et d'autorisation selon le droit cantonal en vigueur

2. Motifs d'une concentration des procédures d'approbation des plans (lien entre la conception de la Confédération et cette concentration; gain de temps et sécurité de planification accrue)

3. Admissibilité d'une directive fédérale correspondante en raison de la compétence législative restreinte de la Confédération; évaluation éventuelle des chances sur le plan politique

4. Quelles procédures seraient concernées?

5. Quelles autres dispositions sont nécessaires à cette concentration?

6. Participation et voies de droit

V. Récapitulatif/dispositions légales proposées/conclusion»

2. Feed-back de l'OFEN, de l'ARE et de l'OFEV

7 Les feed-back du 22 mars 2021 de l'OFEN, de l'ARE et de l'OFEV qui doivent être pris en compte dans l'étude sont exposés brièvement ci-après:

2.1 Analyse d'impact générale

8 Une analyse d'impact générale est intégrée à la disposition. Elle accroît la sécurité juridique et contribue de manière déterminante à un choix optimal du site pouvant accueillir des installations de production d'énergie alternative qui revêtent une importance particulière et doivent donc être désignées comme prioritaires. Un examen des compétences de la Confédération dans le droit des eaux (art. 76 Cst.) est également souhaité.

2.2 Intégration des «installations appropriées» dans la conception de la Confédération

9 La conception de la Confédération mentionnée au point II traite *principalement des installations de production d'énergie alternative réputées appropriées*. De plus, le point II. 5 évoque la possibilité d'y intégrer, le cas échéant avec le consentement des cantons, d'autres installations appropriées nécessaires à la transition énergétique. Une attention particulière est portée aux conditions de cette intégration ainsi qu'aux difficultés et aux effets juridiques connexes. En l'espèce, des réponses sont apportées aux questions suivantes: l'intégration d'installations supplémentaires dans la conception de la Confédération est-elle opportune? Faut-il privilégier leur prise en compte directe dans les plans directeurs cantonaux?

2.3 Compétence relative à la coordination réglée des sites dans la conception de la Confédération

10 Conformément à la requête des offices fédéraux, un avis détaillé est formulé sur la compétence du Conseil fédéral en matière de coordination réglée ou de désignation des sites des installations de production d'énergie alternative réputées prioritaires. Les déclarations du Conseil fédéral en réponse à la motion 20.4268 sont également examinées: celui-ci précise que n'y étant pas expressément autorisée par la Constitution, la Confédération n'est pas habilitée à édicter des plans d'aménagement du territoire contraignants pour les cantons dans le domaine des installations de production d'énergie. De plus, il est fait référence au considérant 8 de l'arrêt du Tribunal fédéral (ATF) 103 la 329 sur le droit d'eau («Il paraît ainsi douteux qu'une loi fédérale puisse limiter les attributions des cantons en matière d'utilisation des eaux publiques») et à l'indication connexe du Conseil

fédéral dans sa réponse à la motion 20.4268, selon laquelle les cantons conserveraient le droit d'octroyer les concessions même si l'approche de la planification positive était adoptée.

2.4 Planification directrice

- 11 Conformément aux requêtes formulées dans les feed-back, la relation entre la conception de la Confédération et les plans directeurs cantonaux est analysée, notamment la question des tâches et des compétences incombant encore aux cantons en raison de l'obligation de tenir compte des décisions de la conception fédérale.

2.5 Procédures cantonales d'approbation des plans

- 12 Selon les feed-back des offices fédéraux, le Conseil fédéral a précisé dans sa réponse à la motion 10.3344 qu'en ce qui concerne le droit constitutionnel, les possibilités d'accélérer les procédures cantonales et communales d'octroi d'autorisation de construire au moyen de prescriptions légales fédérales ont été entièrement exploitées par l'introduction de l'art. 25a de la loi sur l'aménagement du territoire (LAT)¹. Dans sa réponse à la motion 11.3728, le Conseil fédéral indique que la procédure d'approbation des plans peut regrouper les instruments que sont l'élaboration des plans d'affectation et l'autorisation de construire. Il ajoute qu'il n'est pas certain qu'il serait admissible du point de vue constitutionnel de contraindre les cantons à introduire dans leur droit des plans d'affectation spéciaux qui pourraient poursuivre le même objectif. Enfin, il précise que quoi qu'il en soit, imposer aux cantons de recourir à cet instrument pour l'exploitation des énergies renouvelables n'entrerait pas dans le cadre autorisé par la Constitution. Les offices fédéraux veulent que l'étude porte aussi sur cet avis du Conseil fédéral.

2.6 Avantages d'une procédure d'approbation des plans

- 13 S'appuyant sur une étude d'econcept («Efficience des procédures de planification et d'autorisation de construire, ainsi que des procédures de recours qui s'y rapportent», résumé en français disponible [ici](#)), les offices fédéraux arguent que les procédures d'approbation des plans peuvent elles aussi durer très longtemps. Il n'y a aucune différence qualitative notable sur la durée de la procédure entre le modèle de coordination appliqué par les cantons (autorité unique coordonnant la procédure et les décisions des différentes autorités cantonales) et le modèle

¹

Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (loi sur l'aménagement du territoire, LAT; RS 700)

de concentration (procédure et décision regroupées auprès d'une seule autorité administrative). De plus, les cantons voient d'un œil critique un rapprochement entre la planification de l'affectation et l'autorisation de construire (cf. p. 24 de la [version allemande](#) de l'étude susmentionnée). Dans tous les cas, cette procédure ne présente pas nécessairement que des avantages. D'ailleurs, même une procédure d'approbation des plans requiert une étude de l'impact sur l'environnement (EIE).

2.7 **Souhait formulé oralement**

14 Le souhait suivant a été formulé oralement aux auteurs de la présente étude: leurs commentaires devraient être facilement compréhensibles, aussi concrets que possible et axés sur la pratique pour constituer une base appropriée aux débats politiques.

III. **TRANSITION ÉNERGÉTIQUE – SÉCURITÉ DE PLANIFICATION ACCRUE POUR LES PROJETS DESTINÉS À UTILISER LES ÉNERGIES RENOUVELABLES**

15 Les auteurs de la présente étude ont rédigé le document de réflexion «Mehr Planungssicherheit für Projekte zur Nutzung erneuerbarer Energien», qui concernait la **motion 20.4268** (intitulée «Sécurité de planification améliorée pour les projets d'installations d'intérêt national destinées à utiliser les énergies renouvelables») déposée le 27 octobre 2020 par la **Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national (CEATE-N)**. Leurs commentaires restent pour l'essentiel d'actualité. Ils sont donc reproduits ci-après, mais sous une forme sensiblement remaniée et étendue. La jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral², notamment, imposait cette mise au point.

1. **Teneur de la motion 20.4268 de la CEATE-N**

16 Cette motion charge le Conseil fédéral de créer les bases légales nécessaires à une planification positive, avec le concours des cantons et des organisations de protection de l'environnement qui disposent d'un droit de recours, pour des sites pouvant accueillir des installations, conformément à l'art. 12 LEnE. Son libellé précise que dans la mesure où la pesée des différents intérêts nationaux en présence a lieu dans le cadre de cette planification positive, celle-ci ne doit plus être répétée lors de la procédure d'autorisation concrète. Il précise encore que les délais prévus dans cette nouvelle base légale ne doivent pas prolonger l'en-

²

Cf. ATF 1C_657/2018, 1C_658/2018 du 18 mars 2021, parc éolien de Sainte-Croix (VD).

semble de la procédure. Le développement de cette motion souligne que la nouvelle loi fédérale sur l'énergie confère un intérêt national à l'utilisation des énergies renouvelables et à leur développement, cet intérêt national étant donné lorsque les installations remplissent des critères déterminés en matière de taille et d'importance³. Il y est aussi précisé que la réalisation de tels projets est déterminante pour le succès du virage énergétique et la décarbonisation de la société. Et encore que les investisseurs potentiels ont besoin d'une sécurité de planification aussi élevée que possible. Si la pesée des intérêts nationaux n'est effectuée que durant la procédure d'autorisation, l'engagement financier préliminaire de l'investisseur est déjà immense. Les procédures de recours sont fréquentes et les projets sont bloqués pendant des années en raison d'intérêts nationaux concurrents. Même si l'investisseur potentiel doit également assumer des charges (avant-projet) dans le cas d'une planification positive, celles-ci sont sensiblement inférieures aux coûts d'un projet détaillé tel qu'il est exigé dans une procédure d'autorisation à l'issue somme toute incertaine. Une planification positive fournit une sécurité de planification bien plus importante. Bien entendu, la pesée des intérêts ne doit pas être réalisée deux fois pour les mêmes aspects. Les décisions relatives à la pesée des intérêts nationaux prises lors de la planification positive ne font plus l'objet de la procédure d'autorisation. Le texte se termine en ajoutant que vu l'urgence du développement de nouvelles capacités de production d'énergie, il faut s'assurer de ne pas allonger la durée totale de la procédure.

17 **Remarque sur l'élaboration de la motion:** la CEATE-N a déposé la motion le 27 octobre 2020 à l'issue des débats sur l'initiative parlementaire 20.441 (Kamerzin). Celle-ci propose d'adapter l'art. 12 LEne afin que l'intérêt national à la réalisation de projets relatifs à l'énergie renouvelable soit considéré comme prépondérant par rapport aux autres intérêts en présence. Le traitement de cette initiative a été suspendu jusqu'à l'été 2021⁴.

2. Évaluation de la motion de la CEATE-N – Autres propositions

2.1 Droit en vigueur dans le domaine de l'énergie

18 La situation juridique actuelle n'est effectivement pas optimale pour planifier et construire des installations destinées à utiliser les énergies renouvelables. Cela concerne surtout la durée de planification et de réalisation des installations de

³ Art. 12, al. 4, LEne et art. 8 à 9 de l'ordonnance sur l'énergie (OEne; RS 730.01)

⁴ Cf. communiqué de presse du 27 octobre 2020 de la CEATE-N.

production d'énergie alternative, qui dépassait ou dépasse souvent les 20 ans, principalement en raison des instruments de procédure qui répartissent les compétences entre les trois niveaux de l'État (Confédération, cantons et communes) et qui sont dès lors trop compliqués, trop lourds et pas assez efficaces pour planifier et autoriser des installations aussi complexes⁵. Présenté par le Conseil fédéral avec le message du 4 septembre 2013 relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050⁶, le projet de nouvelle loi sur l'énergie prévoyait dans son art. 11 l'élaboration d'un concept de développement des énergies renouvelables (notamment de l'hydraulique et de l'éolien) par les cantons, avec le soutien de la Confédération et la participation des communes et des milieux concernés. Ce concept entendait désigner les zones et les tronçons de cours d'eau qui se prêtent à l'utilisation d'énergies renouvelables grâce à la planification tant positive que négative (al. 1 et 2). Il aurait permis une utilisation adéquate des potentiels existants prenant en compte l'ensemble du territoire national ainsi que les objectifs de développement, les intérêts de protection et d'utilisation ainsi que les effets sur le développement du réseau (al. 3). Soumis à l'approbation du Conseil fédéral, ce concept aurait dû être «pris en compte» par la Confédération et les cantons dans l'accomplissement de leurs tâches ayant des effets sur l'aménagement du territoire (al. 5 et 6). Les Chambres fédérales ont supprimé son élaboration lors des débats parlementaires sur la nouvelle LEne.

19 Les dispositions suivantes ont été conservées dans la loi sur l'énergie du 30 septembre 2016⁷:

- L'art. 2 comprend des valeurs indicatives pour le développement de l'électricité issue d'énergies renouvelables: un développement permettant d'atteindre au moins 37 400 GWh en 2035 est visé pour la force hydraulique; il est de 11 400 GWh pour les autres installations.
- Selon l'art. 10, les cantons veillent à ce que les plans directeurs cantonaux désignent les zones et tronçons de cours d'eau qui se prêtent à l'utilisation d'énergies renouvelables (cf. également l'art. 8b LAT), les zones et tronçons de cours d'eau à préserver pouvant eux aussi être indiqués

⁵ Cf. chiffre marginal (Cm) 39 ci-après.

⁶ FF 2013 6771 ss et FF 2013 6975 ss

⁷ LEne, RS 730.0

au sens d'une planification négative (al. 1). Si nécessaire, les cantons veillent à ce que des plans d'affectation soient établis ou adaptés (al. 2).

- En lieu et place du concept spécifique prévu par le Conseil fédéral, la Confédération est chargée à l'art. 11 de soutenir les cantons en élaborant des bases méthodologiques pour le développement des énergies renouvelables selon les principes de vue d'ensemble, de cohérence et de coordination (sous l'égide du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication [DETEC], avec la participation des autres départements concernés), comme elle l'a fait dans l'intervalle pour l'éolien⁸.
- En vertu de l'art. 12, l'utilisation des énergies renouvelables et leur développement revêtent de manière générale un intérêt national (al. 1). Certaines installations (dont les centrales d'accumulation et les centrales à pompage-turbinage) présentent également un intérêt national à partir d'une certaine taille et d'une certaine importance, mais les nouvelles installations sont interdites dans les biotopes d'importance nationale (al. 2). L'intérêt national attaché à la réalisation de ces projets doit être considéré comme équivalent aux autres intérêts nationaux lors de la pesée des intérêts au sens de l'art. 6 LPN, mais une dérogation à la règle selon laquelle un objet doit être conservé intact peut être envisagée (al. 3). Le Conseil fédéral fixe la taille et l'importance requises pour les installations (al. 4), tout en tenant compte de critères tels que la puissance, la production ou la flexibilité de production dans le temps et en fonction des besoins du marché (al. 5).
- Au titre de l'art. 13 (autres cas revêtant un intérêt national), le Conseil fédéral peut reconnaître un intérêt national au sens de l'art. 12 à une installation qui contribue de manière essentielle à atteindre des valeurs indicatives de développement ou lorsque le canton d'implantation en fait la demande (al. 1). Le Conseil fédéral doit néanmoins tenir compte des autres sites d'implantation éventuels et de leur nombre (al. 2).

⁸

Cf. la Conception énergie éolienne qui a été révisée en raison de la nouvelle LENE et que le Conseil fédéral a approuvée le 25 septembre 2020 (ARE: Conception énergie éolienne. Base pour la prise en compte des intérêts de la Confédération lors de la planification d'installations éoliennes, Berne, 2020). Jusqu'à présent, un concept correspondant fait défaut pour la force hydraulique (cf. cependant l'étude de l'OFEN «Potentiel hydroélectrique de la Suisse» disponible sur Internet et ses tableaux sur les nouvelles grandes centrales et sur les rénovations et agrandissements des grandes centrales existantes, p. 19 s. et 33).

- Selon l'art. 14 (procédure d'autorisation et délais), les cantons doivent prévoir des procédures d'autorisation rapides pour la construction, l'agrandissement et la rénovation d'installations destinées à l'utilisation d'énergies renouvelables (al. 1). Le Conseil fédéral peut renoncer à une autorisation de construire pour les bâtiments et les installations qui doivent être érigés provisoirement en vue d'examiner l'adéquation des sites (al. 2). Les commissions et services visés à l'art. 25 LPN doivent remettre leur rapport d'expertise dans un délai de trois mois (sinon, décision sur la base des pièces du dossier; al. 3). Quant aux autres prises de position et autorisations, le Conseil fédéral désigne un organe de coordination et prévoit des délais d'ordre pour le dépôt des prises de position et la clôture des procédures d'autorisation (al. 4).

20 Le Conseil fédéral a mis en œuvre ces directives dans l'ordonnance du 1^{er} novembre 2017 sur l'énergie⁹. À l'art. 7 OEne (Guichet unique), l'OFEN est chargé de coordonner les prises de position et les procédures d'autorisation concernant les éoliennes.

21 Les installations hydroélectriques revêtant un intérêt national sont définies à l'art. 8 OEne: il s'agit de nouvelles installations produisant au moins 20 GWh/an ou ayant une production d'au moins 10 GWh/an et 800 heures de capacité de retenue à pleine puissance (al. 1). Les seuils respectifs sont abaissés de moitié pour l'agrandissement ou la rénovation des installations existantes (al. 2). Si la production est inférieure à ces seuils, l'exigence concernant la capacité de retenue diminue de façon linéaire (al. 3). La puissance minimale des centrales à pompage-turbinage doit être de 100 MW (al. 4).

22 L'art. 9 OEne fixe les exigences minimales suivantes pour reconnaître un intérêt national aux éoliennes/parcs éoliens (installations disposées à proximité les unes des autres sur un site commun; même zone définie dans le plan directeur et rapport d'impact sur l'environnement): production annuelle moyenne d'au moins 20 GWh pour les nouvelles éoliennes/nouveaux parcs éoliens (al. 2) et production supplémentaire de 20 GWh pour l'agrandissement/la rénovation des installations existantes (al. 3)¹⁰.

⁹ OEne, RS 730.01

¹⁰ Concernant la critique sur le bas niveau des seuils, en particulier pour les installations hydroélectriques, cf. le commentaire *Marti* sur l'ATF 1C_357/2015 du 1^{er} février 2017, Fafleralp dans ZBI 2017, p. 562 ss, 574 s. avec mention de l'avis défavorable de la Commission fédérale pour la protection de la nature et du paysage (CFNP) lors de la consultation.

2.2 Dossier de planification requis et procédure d'autorisation selon le droit en vigueur

a. Éoliennes

- 23 Concernant la planification et la mise en œuvre des projets d'installations destinées à utiliser l'énergie éolienne, la situation juridique actuelle est la suivante¹¹:
- 24 Au niveau fédéral, la Conception énergie éolienne a été élaborée pour promouvoir l'éolien. Elle a force obligatoire pour les autorités en vertu de l'art. 22 de l'ordonnance sur l'aménagement du territoire (OAT)¹². De plus, le droit fédéral octroie, à l'art. 10 LENE, un mandat de planification aux cantons pour les éoliennes. Conformément aux dispositions de l'art. 11 LENE, la Conception énergie éolienne ne comprend que des bases méthodologiques (les principes de prise en compte des intérêts et la carte des principales zones à potentiel éolien sont particulièrement importants), mais aucune véritable planification positive ou négative. Selon l'art. 8b LAT, les cantons doivent toutefois désigner dans leur planification directrice les zones qui se prêtent à l'énergie éolienne (et, le cas échéant, celles qui doivent être préservées) en tenant compte de la Conception énergie éolienne (planification positive ou négative). Comme indiqué dans cette Conception, ils doivent prendre suffisamment en considération les plans de développement définis par le Conseil fédéral dans le domaine de l'énergie éolienne ainsi que les valeurs indicatives de la politique énergétique, sans que des sites concrets définis par le droit fédéral ne soient prévus¹³.
- 25 La désignation des zones au sens des art. 10, al. 1, LENE et 8b LAT ne suffit pas pour réaliser les installations de production d'énergie requises. Eu égard à l'obligation d'inscrire dans le plan directeur les projets ayant des incidences importantes sur le territoire et l'environnement (art. 8, al. 2, LAT), une coordination réglée propre au site est en principe nécessaire dans ce plan pour les éoliennes¹⁴. Le site de l'installation doit être choisi sur la base d'une évaluation, en tenant compte des principes de la Conception énergie éolienne de 2020 qui ont force

¹¹ Cf. aussi le commentaire *Marti* sur l'ATF 1C_346/2014 du 10 novembre 2014, zone du parc éolien de Schwyberg, dans ZBI 2017, p. 683 ss, et *Christoph Jäger*, Expertise juridique du 11 avril 2019 «Éoliennes; marge de manœuvre des cantons en matière de réglementation» à l'attention de l'OFEN, Cm 35 ss, p. 12 ss.

¹² Ordonnance du 28 juin 2000 sur l'aménagement du territoire (OAT; RS 700.1)

¹³ Cf. *Jäger* (note de bas de page 11), Cm 44 ss, et Conception énergie éolienne du 25 septembre 2020, p. 13.

¹⁴ Cf. ATF 1C_346/2014 du 10 novembre 2014, zone du parc éolien de Schwyberg, et l'ATF 1C_657/2018, 1C_658/2018 du 18 mars 2021, parc éolien de Sainte-Croix (VD). Cf. d'un œil critique *Tschannen*, Commentaire pratique LAT: planification directrice et sectorielle, pesée des intérêts, Zurich/Bâle/Genève, 2019, art. 8b, Cm 3. Concernant la petite centrale hydraulique de Kraftwerke Obergoms AG (KWOG), le Tribunal fédéral a cependant rejeté l'obligation de plan directeur (ATF 140 II 262, consid. 2, p. 265 ss, Kraftwerke Obergoms AG).

obligatoire pour les autorités. Comme indiqué en détail ci-après, cette Conception devrait cependant comprendre des sites concrets pour les grandes installations éoliennes les plus importantes. En application des art. 14 ss OAT, sa version en vigueur du 25 septembre 2020 devrait dès lors être remaniée ou complétée en ce sens, en collaboration avec les cantons et les communes et avec la participation d'organisations spécialisées (cf. art. 18 OAT).

- 26 Les zones répertoriées dans la Conception énergie éolienne doivent être soumises à un examen détaillé pendant la procédure cantonale de plan directeur. La mention subséquente du site dans le plan directeur doit montrer de manière détaillée comment les activités ayant des effets sur l'organisation du territoire sont coordonnées (art. 5, al. 2, let. a, OAT). Le plan directeur et les sites qui y sont définis pour les installations de production d'énergie alternative se fondent sur des études de base différenciées recueillies au cours de la procédure de plan directeur (art. 6 LAT). Celui-ci doit préciser au moins le cours que doit suivre l'aménagement du territoire cantonal, la façon de coordonner les activités qui ont des effets sur l'organisation du territoire, une liste de priorités et les moyens à mettre en œuvre (art. 8, al. 1, LAT)¹⁵. Ce faisant, la planification des installations de production d'énergie alternative doit accorder une attention particulière à l'agriculture, à la protection de l'environnement, de la nature et du paysage, ainsi qu'aux risques naturels (art. 6, al. 2, LAT)¹⁶. Les évaluations générales provisoires qui ont été réalisées en fonction du niveau de planification et qui figurent dans la conception doivent être approfondies avec soin dans tous ces domaines. Les incidences probables sur le territoire et l'environnement des installations de production d'énergie alternative prioritaires recensées doivent être identifiées en détail et prises en compte dans la pesée des intérêts de la procédure de plan directeur, conformément aux principes définis dans la conception de la Confédération (cf. Cm 44 s. ci-après). Le canton doit effectuer sur cette base une pesée détaillée des intérêts en présence en intégrant tous les éléments d'appréciation significatifs, notamment ceux de la conception sur les installations de production d'énergie alternative désignées comme prioritaires. S'il en ressort que les intérêts attachés à la définition du site d'implantation sont supérieurs aux intérêts opposés, celui-ci doit figurer dans le plan directeur en tant que coordination réglée.

¹⁵ *Tschannen*, Commentaire pratique LAT (note de bas de page 14), art. 6 et 8

¹⁶ *Tschannen*, Commentaire pratique LAT (note de bas de page 14), art. 6

- 27 Une coordination réglée qui est inscrite dans le plan directeur et qui a force obligatoire pour les autorités selon l'art. 9, al. 1, LAT peut uniquement être contestée par la commune en question pour atteinte à l'autonomie communale si le droit cantonal le lui permet. Les propriétaires fonciers concernés et les organisations de protection de l'environnement légitimées n'en ont pas le droit. Ils ne peuvent s'opposer qu'à la planification d'affectation subséquente, qui a force obligatoire pour les propriétaires fonciers. Ce faisant, ils peuvent néanmoins réclamer un examen accessoire (à titre préjudiciel) de cette coordination réglée et des principes de la Conception énergie éolienne¹⁷.
- 28 Concernant la réalisation d'éoliennes, la planification d'affectation ayant force obligatoire pour les propriétaires fonciers doit être édictée en tenant compte des coordinations réglées inscrites dans le plan directeur et des principes de la Conception énergie éolienne, conformément à l'obligation d'aménager le territoire visée à l'art. 2 LAT. Une EIE doit être menée et la CFNP doit procéder à une expertise¹⁸. Selon l'autonomie de planification accordée en principe aux communes, celles-ci initient la planification d'affectation, mais uniquement lorsqu'il n'existe aucune base légale pour désigner une zone d'affectation cantonale spécifique appropriée. D'après l'interprétation dominante, qui ne fait cependant pas l'unanimité, le canton peut néanmoins contraindre les communes (si nécessaire en s'appuyant sur des directives judiciaires) à édicter la planification d'affectation requise par la voie d'un mandat de planification lié au plan directeur, même en l'absence de base légale cantonale spécifique; il lui suffit de se fonder sur l'art. 10, al. 2, LEné¹⁹.
- 29 Le plan d'affectation correspondant propre à un projet expose les effets ayant force obligatoire pour les propriétaires fonciers. Il doit également clarifier toutes les questions essentielles du projet qui restent en suspens, et une pesée détaillée et complète des intérêts en présence au sens des art. 3 OAT et 6 LPN doit être réalisée, les mesures de reconstitution et de remplacement requises

¹⁷ Cf. à ce sujet et sur le désavantage connexe pour la sécurité de planification et d'investissement, *Marti* (note de bas de page 10), p. 686, avec un renvoi à l'article de *Waldmann* dans FZR, 1986, p. 385 ss.

¹⁸ Cf. l'ordonnance relative à l'étude de l'impact sur l'environnement (OEIE), annexe 21.8, et l'art. 7 LPN.

¹⁹ Concernant la limitation du milieu bâti, cf. *Aemisegger/Kissling*, Commentaire pratique LAT: Planifier l'affectation, Zurich/Bâle/Genève, 2016, art. 15, Cm 43. Dans ce contexte, l'art. 4, al. 1^{er}, de la loi du 1^{er} décembre 1997 sur l'aménagement du territoire et le droit de l'urbanisme dans le canton de Schaffhouse (Baugesetz, Schaffhauser Rechtsbuch; SHR 700.100) prévoit que le Conseil d'État fixe aux communes un délai raisonnable pour adapter les plans d'affectation. Si une commune n'honore pas son obligation en la matière, le Conseil d'État établit et publie les plans nécessaires en lieu et place de la commune et à la charge de celle-ci.

d'après la LPN devant être traitées. Il faut en particulier dûment tenir compte des intérêts spécifiques des propriétaires fonciers et des voisins. Ce plan d'affectation propre à un projet anticipe en grande partie la procédure d'autorisation de construire qui sera menée sur cette base. Si tel est le cas, le projet correspondant doit déjà être soumis à l'EIE. Les décisions du plan d'affectation ne peuvent donc pas être attaquées directement ou à titre accessoire pendant la procédure d'autorisation de construire²⁰. Ceux ayant qualité pour recourir qui ont omis de contester les décisions du plan d'affectation propre à un projet ne peuvent donc plus s'opposer efficacement au projet à ce moment-là.

30 Selon l'art. 25a, al. 4, LAT, la procédure des plans d'affectation est soumise à l'obligation de coordination au même titre que la procédure d'autorisation de construire. Si des éléments propres à un projet qui sont liés à la procédure d'autorisation de construire ou à d'autres procédures d'autorisation (p. ex. autorisation de défrichement, autorisations en matière de protection des eaux, etc.) ont une importance considérable pour la pesée détaillée des intérêts dans la procédure des plans d'affectation (cf. art. 3 OAT), ils doivent être pris en compte dans cette procédure de planification. Comme indiqué précédemment, l'EIE doit alors traiter les questions concernant à la fois la planification d'affectation et l'autorisation de construire. Il est par conséquent nécessaire d'engager simultanément la procédure des plans d'affectation, la procédure d'autorisation de construire et la procédure d'autorisation spéciale et de réaliser une EIE correspondante détaillée, qui comprend un seul niveau²¹. En outre, la problématique de l'équipement requis doit être examinée.

31 L'importance de l'installation en question pour l'approvisionnement en énergie ou pour la transition énergétique joue un rôle dans la pesée détaillée des intérêts qui est réalisée lors de la définition de la zone d'affectation correspondante, même s'il n'existe aucune directive suprême concrète et précise, à l'exception des valeurs seuils déjà prévues pour déterminer la présence d'un intérêt national²². En l'espèce, il convient plutôt de procéder à une pesée des intérêts con-

²⁰ ATF 145 II 176, consid. 4.2, p. 18; *Aemisegger/Kissling*, Commentaire pratique LAT (note de bas de page 19), remarques préliminaires sur la planification d'affectation, n° 79

²¹ Cf. ATF 1C_657/2018, 1C_658/2018 du 18 mars 2021, parc éolien de Sainte-Croix (VD).

²² Art. 12 LEne; art. 8 s. OEne

crets concernés par cette installation, en particulier des intérêts nationaux de protection et d'affectation qui sont souvent contradictoires, en tenant compte des mentions correspondantes dans le plan directeur et des principes de la Conception énergie éolienne, dans la mesure où cette pesée n'a pas déjà été réalisée correctement et avec une force obligatoire pour les autorités dans le cadre du plan directeur²³. La planification d'affectation propre à un projet qui s'appuie sur la coordination réglée d'un site concret dans le plan directeur peut être contestée par les propriétaires fonciers concernés et les organisations de protection de l'environnement légitimées, les recourants pouvant également demander – comme indiqué précédemment – un examen à titre accessoire des bases de la Conception et du plan directeur²⁴.

- 32 L'autorisation de construire, qui doit déjà être coordonnée sur le plan matériel avec la planification d'affectation (art. 25a, al. 4, LAT), doit être octroyée conformément à l'art. 22 LAT, sur la base du plan d'affectation communal propre à un projet qui a été approuvé par l'autorité cantonale compétente²⁵. Lorsque son contenu figure déjà dans le plan d'affectation, seules les questions de détail encore en suspens pour les éoliennes prévues doivent être clarifiées. Comme ces installations sont en général érigées en dehors des zones à bâtir, une autorité cantonale doit impérativement décider, en vertu de l'art. 25, al. 2, LAT, si le projet est conforme à l'affectation des zones ou est lié à un site, en plus de l'autorisation de construire communale.
- 33 Comme souligné précédemment, la procédure d'autorisation de construire doit être initiée parallèlement à la procédure des plans d'affectation pour des questions juridiques de coordination liées à l'art. 25a LAT²⁶. Cette autorisation ne peut cependant être délivrée que lorsque le plan d'affectation propre au projet a été

²³ Cf. ATF 1C_346/2014 du 10 novembre 2014, zone du parc éolien de Schwyberg, consid. 2.10 ss, notamment consid. 4 [protection des biotopes et des espèces], consid. 5 [protection du paysage] et consid. 6 [pesée de tous les intérêts en présence], *Marti* (note de bas de page 11), p. 686 ss, et ATF 1C_657/2018, 1C_658/2018 du 18 mars 2021, parc éolien de Sainte-Croix (VD). Des informations importantes issues de la procédure d'autorisation de construire et du rapport d'impact sur l'environnement s'y rapportant ainsi que des autorisations spéciales, p. ex. dans les domaines de la forêt et de la protection des eaux, sont souvent indispensables à une pesée détaillée des intérêts dans la procédure des plans d'affectation. Ainsi, il est nécessaire de connaître le type d'installation faisant l'objet d'une procédure d'autorisation de construire pour évaluer la protection contre le bruit et la protection des oiseaux.

²⁴ Cf. à titre d'exemple l'ATF 1C_346/2014 du 10 novembre 2014, zone du parc éolien de Schwyberg.

²⁵ Cf. art. 26 LAT.

²⁶ Comme dans le cas du parc éolien de Sainte-Croix (VD; cf. ATF 1C_657/2018, 1C_658/2018 du 18 mars 2021) et manifestement dans celui de Schwyberg (cf. ATF 1C_346/2014 du 10 novembre 2014, consid. 2.10, zone du parc éolien de Schwyberg [FR]).

jugé exécutoire par les autorités cantonales administratives et judiciaires, car elle doit y être conforme²⁷. Selon le droit en vigueur, les procédures d'autorisation spéciale (p. ex. autorisations de défrichement et autorisations en matière de protection des eaux) doivent déjà être lancées en même temps que la procédure des plans d'affectation. Tout comme ces derniers, ces autorisations sont soumises à une pesée complète et détaillée des intérêts propres au projet. Les pesées d'intérêts prévues dans les différentes procédures d'autorisation ne doivent pas se contredire, raison pour laquelle il faut impérativement les coordonner d'ores et déjà sur le plan matériel et les intégrer à une pesée de tous les intérêts propres au projet²⁸.

- 34 En cas de recours contre le plan d'affectation ou l'autorisation de construire, la décision de la dernière instance cantonale, soit en général le tribunal administratif, clôt la procédure cantonale. Un recours en matière de droit public contre la décision de la dernière autorité cantonale est possible devant le Tribunal fédéral (art. 82, let. a, de la loi sur le Tribunal fédéral [LTF] en relation avec l'art. 86, al. 1, let. d, et al. 2, LTF ainsi que l'art. 90 LTF). Le législateur fédéral ne peut pas réduire les voies de droit cantonales en raison de la garantie de l'accès au juge cantonal qui est inscrite dans la Constitution (cf. art. 29a et 191b, al. 1, Cst.).
- 35 Eu égard au droit fédéral, les cantons pourraient décider d'eux-mêmes, via des dispositions particulières, de mener simultanément la procédure de planification propre au projet et la procédure d'autorisation de construire et de confier la conduite globale de la procédure, y compris l'octroi de cette autorisation, à une autorité cantonale. Ils pourraient également concentrer leurs procédures d'approbation des plans et la délivrance d'une concession hydraulique pour la planification et l'autorisation des installations destinées à utiliser des énergies renouvelables et les combiner avec la procédure d'expropriation. De nombreux cantons l'ont déjà fait dans le génie hydraulique (cf. Cm 37 ci-après) et, pour la plupart, dans la construction des routes²⁹ également. Cela présenterait l'avantage de définir dans un seul acte les bases de planification requises, l'autorisation de construire

²⁷ Concernant la relation entre le plan d'affectation et l'autorisation de construire, cf. également l'art. 22, al. 2, let. a, LAT.

²⁸ Cf. ATF 1C_657/2018, 1C_658/2018 du 18 mars 2021, parc éolien de Sainte-Croix (VD).

²⁹ Cf. § 12 ss de la loi du 27 septembre 1981 sur les routes du canton de Zurich (StrG-ZH; LS 722.1); art. 29 ss de la loi du 4 juin 2008 sur les routes du canton de Berne (LR-BE; RSB 732.11); art. 15 ss de la loi du 1^{er} septembre 2005 sur les routes du canton des Grisons (StrG-GR; BR 807.100); art. 39 ss de la loi du 3 septembre 1965 sur les routes du canton du Valais (LR-VS; RS 725.1); art. 39 ss et art. 45, al. 1, let. a et b, de la loi du 12 juin 1988 sur les routes du canton de Saint-Gall (StrG; sGS 732.1); art. 40 ss de la loi du 18 février 1980 sur les routes du canton de Schaffhouse (StrG-SH; SHR 725.100); art. 30 ss de la loi du 22 septembre 2013 sur les routes du canton d'Uri (StrG-UR; RB 50.111), etc.

et son octroi (avec une EIE à un niveau). De même, il serait judicieux de délivrer les autorisations spéciales requises (autorisation de défrichement, autorisations en matière de protection des eaux, etc.) en même temps que la décision d'approbation des plans (on parle alors de «concentration des procédures d'approbation des plans»). À l'issue du plan d'affectation et de l'octroi de l'autorisation de construire et des autres autorisations, toutes les instances de recours ne pourraient plus intervenir à plusieurs reprises avant que le Tribunal fédéral se prononce³⁰. Jusqu'à présent, les cantons ne sont guère allés dans ce sens pour la planification et l'autorisation des installations destinées à utiliser les énergies renouvelables, bien que l'art. 14, al. 1, LEné exige expressément d'eux qu'ils prévoient des procédures d'autorisation rapides pour la construction, l'agrandissement et la rénovation de ces installations. Il est indispensable d'agir rapidement pour mener à bien la transition énergétique et assurer un approvisionnement suffisant du pays en énergie électrique. Une intervention du législateur fédéral est nécessaire en la matière. Elle pourrait se traduire par une définition homogène des règles de planification et d'autorisation correspondantes, ce qui aurait l'avantage d'encourager dans plusieurs cantons la réalisation de grandes installations exploitant des énergies alternatives.

b. Installations hydroélectriques

36 En principe, les explications précédentes sur les éoliennes s'appliquent aussi à la planification et à la construction des installations hydroélectriques. Hormis l'étude susmentionnée de l'OFEN «Potentiel hydroélectrique de la Suisse» qui date d'août 2019, il n'existe toutefois (encore) aucune conception au sens de l'art. 11 LEné pour le développement de la force hydraulique. Cette étude n'a certes aucune force obligatoire pour les autorités au sens de l'art. 22 OAT, mais les cantons doivent en tenir compte comme étude de base dans leur planification directrice³¹. En vue du développement de la force hydraulique, les cantons doivent désigner dans leurs plans directeurs des zones et tronçons de cours d'eau qui se prêtent à l'utilisation d'énergies renouvelables au sens d'une planification

³⁰ Cf. ATF 1C_346/2014 du 10 novembre 2014, zone du parc éolien de Schwyberg; *Marti* (note de bas de page 11), p. 686; et ATF 1C_657/2018, 1C_658/2018 du 18 mars 2021, parc éolien de Sainte-Croix (VD).

³¹ Cf. également art. 6, al. 4, LAT.

positive ou négative³², des coordinations réglées propres à un site étant nécessaires dans le plan directeur pour les nouvelles installations hydroélectriques en vertu de l'art. 8, al. 2, LAT. Cela ne vaut cependant que pour les projets ayant des incidences importantes sur le territoire et l'environnement, soit toutes les grandes installations exploitant des énergies alternatives. Les petites centrales hydrauliques ne sont en général pas concernées³³.

37 Pour la mise en œuvre, plusieurs cantons prévoient déjà une concentration de leurs procédures d'approbation des plans (combinées parfois avec l'octroi de concessions hydrauliques), de sorte que ces installations peuvent d'ores et déjà être projetées et autorisées en un acte, comme le prévoit le droit fédéral aux art. 62 ss de la loi sur les forces hydrauliques (LFH) pour les aménagements hydroélectriques internationaux³⁴. Dans son ouvrage, Lukas Widmer commente comme suit, de manière intéressante, la procédure relative aux projets hydroélectriques³⁵:

«Un peu plus des deux tiers des cantons analysés concentrent les procédures liées aux projets hydroélectriques. Dans le cadre de cette concentration, toutes les autres autorisations et décisions requises en la matière, telles que l'autorisation de construire, les titres d'expropriation et les crédits, peuvent être demandées ou octroyées simultanément. Cette concentration servant à simplifier et à coordonner les procédures, j'estime opportun de l'instaurer dans tous les cantons pour éviter de mener plusieurs procédures parallèles ou subséquentes.»

Un examen détaillé des informations de Lukas Widmer sur les différents cantons révèle toutefois qu'un tiers seulement des cantons analysés prévoit de concentrer au sens strict les procédures d'approbation des plans pour les projets hydroélectriques³⁶, tandis qu'un autre tiers a des dispositions particulières pour coordonner ces procédures³⁷. Cela ne change rien au fait qu'une véritable concentration des procédures devrait être prévue pour accélérer les démarches.

³² Art. 10, al. 1, LEne; art. 8b LAT

³³ ATF 140 II 262, consid. 2.3, p. 266 ss (petite centrale hydraulique d'Obergoms); ATF 137 II 254, consid. 3.2, p. 257 ss avec renvois (Vendlincourt [JU]).

³⁴ Cf. à ce sujet les indications figurant dans *Marti*, ZBl, 2017, p. 462 ss (centrale d'Aarau) pour le canton d'Argovie et dans la note de bas de page 10, p. 571 s. (ATF 1C_357/2015 du 1^{er} février 2017, petite centrale hydraulique de Fafferalp) pour le canton du Valais, où l'octroi des concessions précède cependant la procédure d'approbation des plans, donnant dès lors lieu à une procédure à deux niveaux.

³⁵ *Lukas Widmer*, Organisation, Verfahren und Koordination im Bereich der Naturgefahrenprävention unter besonderer Berücksichtigung des kantonalen Rechts, Diss. Lucerne, 2017, p. 585

³⁶ Il s'agit des cantons AG, BE, GR, LU, OW, SG et UR.

³⁷ Cf. *Widmer* (note de bas de page 35), p. 106 ss, et résumé, p. 572 s.

38 Comme indiqué au précédent Cm 35, la plupart des cantons concentrent par ailleurs les procédures d’approbation des plans pour la planification et l’autorisation des routes. Ils les combinent en général à la procédure d’expropriation. Loin d’être nouvelles pour eux, ces procédures d’approbation des plans sont déjà utilisées régulièrement avec succès³⁸. En revanche, d’autres cantons exécutent encore une procédure à deux niveaux même pour les installations hydroélectriques (plan d’affectation communal à édicter sur la base des mentions correspondantes dans le plan directeur, puis procédure d’autorisation de construire). La procédure d’octroi des concessions doit encore être menée en parallèle³⁹. Comme dans le cas des éoliennes, une pesée détaillée des intérêts en présence doit être effectuée dans le cadre de la procédure des plans d’affectation propre à un projet, sur la base du rapport d’impact sur l’environnement et, le cas échéant, d’une expertise de la CFNP, tout en tenant compte des indications du plan directeur cantonal. Souvent contradictoires, les intérêts nationaux de protection et d’affectation notamment doivent être évalués pour le projet concret⁴⁰. Même si les procédures suggérées dans la présente étude doivent, pour des motifs liés au droit constitutionnel, se limiter aux installations de production d’énergie alternative les plus importantes, certains cantons pourraient être incités à mettre en place des dispositions similaires pour des centrales plus petites.

2.3 Évaluation de la réglementation en vigueur dans le contexte de la motion 20.4268 de la CEATE-N – Propositions de révision

39 Exposée précédemment, la situation juridique actuelle est insatisfaisante pour les gestionnaires potentiels d’installations destinées à utiliser les énergies renouvelables et les éventuels investisseurs dans ce domaine. On peut également se demander si, en l’état, les installations supplémentaires de production d’énergie qui sont nécessaires pour mener à bien la transition énergétique pourront être réalisées dans un délai raisonnable ou dans les délais prévus. Sur ce point, il convient d’accepter la motion de la CEATE-N. Hormis les bases méthodologiques de la Conception énergie éolienne et les valeurs indicatives abstraites pour le développement des énergies renouvelables (art. 2 LEne), le droit en vigueur ne comprend aucune directive concrète sur les installations de production

³⁸ Dans ce contexte, cf. également *Marti*, Commentaire pratique LAT, art. 25a, Cm 17.

³⁹ Cf. p. ex. art. 34 WWG et UVPVV/SH, annexe, ch. 21.3, pour le canton de Schaffhouse.

⁴⁰ Cf. à titre d’exemple l’ATF 1C_357/2015 du 1^{er} février 2017, Falleralp, dans ZBI, 2017, p. 562 ss avec le commentaire *Marti* (note de bas de page 10), une décision d’octroi de concession, et non un plan d’affectation, ayant dû être évaluée au premier niveau de l’EIE en raison du droit valaisan.

d'énergie requises pour la transition énergétique. Il n'y a notamment aucune priorisation de ces installations à l'échelle nationale. Pour chaque plan d'affectation propre à un projet de nouvelle installation de production d'énergie, il faut donc clarifier, le plus souvent par voie judiciaire, si cette construction revêt un intérêt national prépondérant, bien que des dispositions juridiques aient défini entre temps l'intérêt national attaché à la production d'énergie⁴¹. Il est en effet très fréquent que l'examen juridique soit réalisé uniquement lors de la procédure des plans d'affectation, car les propriétaires fonciers concernés et les organisations de protection de l'environnement légitimées ne peuvent en principe contester à titre accessoire les mentions au plan directeur que dans le cadre de cette procédure. Cette situation insatisfaisante est un problème connu des voies de droit. Indispensable selon l'ordre juridique et constitutionnel, cette pesée individuelle des intérêts en présence⁴² est nécessaire sur le plan légal notamment en raison de l'art. 6 LPN. À notre avis, elle pourrait être simplifiée considérablement en créant une planification positive au niveau national, comme le réclame la motion de la CEATE-N. Il convient toutefois d'examiner plus avant la constitutionnalité et le contenu de cet outil, comme nous le faisons dans les commentaires ci-après.

40 En revanche, une priorisation abstraite de toutes les installations de production d'énergie au sens de l'art. 12 LEne – comme le suggère l'initiative parlementaire 20.441 du conseiller national Kamerzin, dont l'examen a été provisoirement suspendu – semble contraire à la Constitution et à la systématique, car les intérêts nationaux sont tous au même niveau et seule une pesée concrète des intérêts en présence dans chaque cas peut répondre aux exigences juridiques de la Constitution et de la législation.

41 En cas de planification positive à l'échelle nationale, il faudrait tout d'abord se demander quelles installations seraient concernées. À notre avis, il conviendrait de se limiter aux installations les plus importantes pour la transition énergétique, car d'un point de vue constitutionnel, elles seules justifient de porter atteinte, avec une planification positive nationale, à la souveraineté des cantons et des communes en matière de planification et d'autorisation. Étant donné que les nouvelles installations de production d'énergie d'origine renouvelable s'accompagnent régulièrement d'atteintes importantes à la nature et aux paysages de notre pays, qui sont déjà fortement sous pression, les organisations de protection de

⁴¹ Art. 14 LEne, art. 8 s. OEne

⁴² Cf. en particulier art. 78, al. 2 et 4, Cst.; art. 6 LPN.

l'environnement réclament à juste titre une priorisation des installations les plus importantes pour la transition énergétique. C'est également ce que préconise une étude de Kaspar Plüss⁴³, réalisée avec le soutien du centre de compétences pour la recherche sur l'énergie, la société et la transition (CREST). Eu égard à la simple compétence législative de la Confédération limitée à des principes selon les art. 75 et 89 Cst., une planification positive fédérale devrait, contrairement au texte de la motion, se limiter aux grandes installations les plus significatives en raison de sa force obligatoire pour les autorités, en tant que dérogation au principe de souveraineté des cantons en matière de planification. Elle ne doit pas s'étendre à toutes les installations auxquelles le droit fédéral reconnaît un intérêt national. D'après la définition en vigueur aux art. 8 et 9 OEne, les petites installations peuvent elles aussi revêtir un intérêt national même si elles n'apportent en soi aucune contribution essentielle à l'approvisionnement en énergie et à la transition énergétique⁴⁴ et si leur réglementation et leur planification détaillées par la Confédération ne se justifient dès lors pas au vu de sa compétence restreinte.

- 42 Compte tenu du système actuel d'aménagement du territoire et de la compétence législative de la Confédération limitée à des principes en matière d'utilisation de l'énergie et d'approvisionnement en énergie (art. 89, al. 2, Cst.), seule une conception au sens de l'art. 13 LAT est envisageable comme outil de planification positive au niveau national pour assurer la réalisation des nouvelles installations de production d'énergie qui sont nécessaires à la transition énergétique. Comme le réclame la motion, elle devrait être élaborée par la Confédération, en collaboration avec les cantons, les communes et les organisations de protection de l'environnement autorisées à recourir (art. 18 OAT), et serait soumise à la participation de la population selon l'art. 4 LAT en relation avec l'art. 19 OAT. Elle devrait notamment comprendre une liste des grandes installations prioritaires exploitant des énergies alternatives. Dans ce processus, les cantons d'implantation concernés joueraient un rôle important par leur position de droit public et pourraient utiliser la conciliation au sens de l'art. 20 OAT lors de l'élaboration de cette conception.

⁴³ Interessenabwägung beim Bau von Wasser- und Windenergieanlagen, Zurich/Saint-Gall, 2017; cf. également *Marti*, commentaire de l'ATF 1C_346/2014 du 10 novembre 2014, zone du parc éolien de Schwyberg, ZBI, 2017, p. 684 s.

⁴⁴ Concernant les art. 8 et 9 OEne, cf. également les remarques critiques figurant dans *Marti* (note de bas de page 10), ZBI, 2017, p. 574 s. (commentaires de l'ATF 1C_357/2015 du 1^{er} février 2017, Fafleralp).

- 43 Pour définir dans cette conception les sites des installations de production d'énergie alternative prioritaires, il faut prendre en compte, d'une part, les besoins et les planifications de l'approvisionnement en énergie à la lumière des objectifs de développement inscrits dans la loi et, d'autre part, les intérêts opposés dans la région concernée, à savoir les intérêts de protection et les autres revendications importantes liées à l'aménagement du territoire et à la protection de l'environnement. Lors de la désignation du site, une pesée des intérêts ainsi identifiés sera réalisée conformément au niveau de planification, ainsi qu'une évaluation, dans les grandes lignes, de la faisabilité juridique pour le site en question et pour l'installation prévue. La planification positive de la conception devrait préciser le type et l'envergure des installations dès le niveau fédéral. En principe, des avant-projets ou des planifications des agents énergétiques suffiraient. Ils devraient alors être soumis à une pesée de tous les intérêts en présence au sens de l'art. 3 OAT à l'échelle de la Suisse et leur faisabilité devrait être vérifiée.
- 44 Comme indiqué précédemment, toutes les installations de production d'énergie alternative désignées comme prioritaires sont soumises à une obligation de planification propre au projet qui, conformément aux propositions formulées dans la présente étude, doit être exécutée dans le cadre de trois niveaux de planification⁴⁵ consécutifs (conception, planification directrice, concentration des procédures d'approbation des plans). Les autorités de planification disposent d'une marge d'appréciation et de manœuvre à chacun de ces niveaux. Cette marge doit être exercée dans le cadre des pesées détaillées des intérêts qui sont conformes à chaque niveau (cf. art. 3 OAT). Dans un premier temps, les autorités compétentes doivent identifier tous les intérêts significatifs, c'est-à-dire aussi bien ceux qui sont en faveur de la réalisation d'une installation que ceux qui s'y opposent. Ce faisant, les intérêts visés à l'art. 18, al. 1^{er}, LPN (mesures de remplacement d'ordre général) et à l'art. 6 LPN (mesures de remplacement sur des sites inscrits dans un inventaire fédéral) revêtent une grande importance. Dès lors, tous les intérêts significatifs pour la pesée des intérêts doivent être recensés dans une analyse d'impact (cf. art. 3, al. 1, let. a, OAT), les aspects économiques et les exigences de protection, y compris les éventuelles mesures de remplace-

⁴⁵ Cf. ATF 137 II 245, consid. 3.1, p. 257 (Vendlincourt [JU]; construction pyramidale: plan directeur, plan d'affectation et autorisation de construire); ATF 120 Ib 207, consid. 5, p. 212 (Wangen [SZ]); PIERRE TSCHANNEN, Commentaire pratique LAT: Planification directrice et sectorielle, pesée des intérêts, art. 2 n° 40 avec d'autres renvois à la doctrine et à la jurisprudence.

ment, devant être pris en compte. Ces aspects favorables ou opposés à une installation seront identifiés à chacun des niveaux de planification susmentionnés, grâce à une méthode adaptée au niveau en question. Les intérêts recensés seront pondérés sur cette base, feront l'objet d'une pesée des intérêts et seront évalués dans ce sens (évaluation des effets au sens large, art. 3, al. 1, let. b, OAT).

45 En ce qui concerne les questions environnementales, l'évaluation des effets des installations les plus importantes pour la transition énergétique qui sont répertoriées dans la conception fédérale suggérée équivaut à une évaluation environnementale stratégique (EES; évaluation des effets au sens strict)⁴⁶. Elle est réalisée dans les phases de planification et d'avant-projet, qui offrent encore une grande marge de manœuvre pour le développement du projet⁴⁷. Lors de la procédure ultérieure d'approbation des plans qui s'appuie sur les coordinations réglées correspondantes du plan directeur, on vérifie dans le cadre de l'EIE⁴⁸ si une installation concrète prévue respecte les dispositions en matière d'environnement. En plus des aspects environnementaux, l'évaluation des effets au sens large mentionnée au précédent Cm 44 englobe tous les autres aspects significatifs⁴⁹ pour la pesée des intérêts selon l'art. 3 OAT. Elle est donc plus vaste qu'une simple évaluation des effets au sens strict axée sur le droit de l'environnement.

46 Les art. 14 ss OAT comprennent des prescriptions formelles et matérielles importantes pour l'élaboration des conceptions de la Confédération. Selon l'art. 15, al. 3, let. c, OAT, les incidences majeures du projet sur le territoire et l'environnement doivent expressément être appréciées d'une manière qui corresponde au niveau de planification. Cet examen des projets et des sites d'implantation correspondants peut donc ne pas être très détaillé. Il doit permettre d'évaluer sommairement les incidences éventuelles au niveau du territoire, de l'environnement, de l'importance énergétique et de la rentabilité, d'autres sites devant également être envisagés. En se basant sur la conception de la Confédération, il convient

⁴⁶ OFEV (éditeur): Évaluation des effets sur l'environnement pour les plans et programmes. Tour d'horizon et états des lieux en Suisse. Office fédéral de l'environnement, Berne, 2018. Connaissances de l'environnement n° 1809: 44 p., p. 8 s.

⁴⁷ OFEV (éditeur): Évaluation des effets sur l'environnement pour les plans et programmes. Tour d'horizon et états des lieux en Suisse. Office fédéral de l'environnement, Berne, 2018. Connaissances de l'environnement n° 1809: 44 p., p. 8 s.

⁴⁸ Cf. art. 10a ss de la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (loi sur la protection de l'environnement, LPE; RS 814.01) et art. 1 ss de l'ordonnance du 19 octobre 1988 relative à l'étude de l'impact sur l'environnement (OEIE; RS 814.011).

⁴⁹ En particulier, les aspects territoriaux et économiques.

d'examiner plus en détail lors de la procédure cantonale de plan directeur subséquente si les projets répertoriés dans cette conception peuvent être coordonnés. Si tel est le cas, des directives concrètes sont formulées dans le plan directeur en vue de la réalisation du projet, par exemple en relation avec les mesures de remplacement au sens des art. 6, al. 1, et 18, al. 1^{er}, LPN, ces directives devant être respectées dans la procédure ultérieure d'approbation des plans.

47 Les principes énoncés par le Conseil fédéral dans la Conception énergie éolienne du 25 septembre 2020 sont très largement transposables à la conception proposée ici pour les installations de production d'énergie alternative désignées comme prioritaires et leurs sites. Ceux-ci devraient être répertoriés dans la conception suggérée, contrairement à la Conception énergie éolienne de 2020 qui ne comporte aucun site concret. Cela n'affecte en rien la compétence des cantons pour désigner les sites des installations prioritaires dans leurs plans directeurs cantonaux. Leur souveraineté en matière de planification est conservée. Dans la procédure cantonale de plan directeur, les sites des installations prioritaires recensées dans la conception doivent donc faire l'objet d'une analyse d'impact et d'une évaluation des effets sensiblement plus détaillées et approfondies que dans la conception, qui englobent tous les aspects significatifs (économie, territoire et environnement). Les connaissances locales approfondies des cantons revêtent alors une importance particulière.

48 Selon l'art. 22 OAT en vigueur, la conception relative aux installations de production d'énergie prioritaires aurait force obligatoire pour les autorités. En tant que conception émanant du Conseil fédéral, elle ne pourrait pas être attaquée directement devant le Tribunal fédéral, mais serait juste examinée à titre accessoire par celui-ci lors de la procédure subséquente de planification ou d'autorisation. Cette force obligatoire se limiterait toutefois à l'obligation, pour les autorités cantonales, de mener rapidement une procédure de plan directeur pour les grandes installations exploitant des énergies alternatives qui sont répertoriées dans la conception, en tenant compte des principes de cette dernière, et d'effectuer à cette occasion un examen détaillé des projets correspondants.

49 Il est indéniable que la conception simplifierait considérablement la pesée des intérêts en présence pour la planification positive au niveau de la planification directrice cantonale et, notamment, de la planification d'affectation ainsi que lors des procédures de recours subséquentes. Les autorités administratives et judi-

ciaires pourraient alors se fonder pour cette pesée sur l'ordre de priorité des installations figurant dans cette conception (cf. en particulier art. 6 et 18, al. 1^{er}, LPN et art. 3 OAT) au lieu de devoir chaque fois déterminer l'importance de l'installation dans un contexte global. Comme indiqué précédemment, la conception pourrait être examinée à titre accessoire par les autorités judiciaires dans la procédure cantonale subséquente de mise en œuvre, mais en pratique, elle aurait sans doute une grande importance pour la décision ultérieure des autorités de planification et de jurisprudence en raison de son élaboration participative et de sa vue d'ensemble nationale. Elle créerait une sécurité juridique considérable pour les futures étapes de la planification et de l'autorisation, car les tribunaux feraient preuve d'une grande retenue lors de son examen.

50 La future conception sur les installations de production d'énergie prioritaires devrait elle aussi être mise en œuvre par les cantons. Contrairement à la proposition formulée dans la motion, on ne saurait prescrire, selon nous, qu'une pesée des intérêts nationaux ne doit plus être réalisée dans la procédure de planification et d'autorisation. Il faudrait plutôt partir du principe que la conception s'appuie sur une évaluation globale sommaire des intérêts significatifs et qu'elle n'a force obligatoire que pour les autorités cantonales de planification selon l'art. 22 OAT au sens d'une obligation de planification. En outre, comme indiqué précédemment, un examen accessoire par un tribunal doit être possible pour les motifs cités (aucun recours direct possible contre la conception) dans le cadre de la planification directrice cantonale et, en particulier, lors de l'élaboration de la planification d'affectation, qui a force obligatoire pour les propriétaires fonciers.

51 Compte tenu du système de planification en vigueur et pour garantir la coordination spatiale, une procédure de plan directeur devrait être menée pour les sites concernés sur la base de la conception de la Confédération et, comme auparavant, des principes exposés en introduction. L'organe cantonal compétent effectuerait alors une pesée détaillée des intérêts qui serait axée sur ce niveau de planification. Si cette évaluation débouchait sur une issue favorable pour une installation de production d'énergie alternative, la désignation correspondante devrait être introduite dans le plan directeur pour le site en question⁵⁰.

52 Il incomberait à la Confédération de ne pas approuver un plan directeur qui présente des lacunes et de demander qu'il soit corrigé ou complété (art. 11 OAT). Selon l'art. 9, al. 2, LAT, les plans directeurs cantonaux doivent être vérifiés et,

⁵⁰ Cf. à ce sujet le précédent Cm 26.

si nécessaire, adaptés lorsque de nouvelles tâches se présentent. Les services fédéraux peuvent demander une adaptation par l'intermédiaire du DETEC (art. 12 OAT).

- 53 Une fois la coordination réglée inscrite dans le plan directeur, une procédure des plans d'affectation propre au projet et une procédure concrète d'autorisation de construire demeurerait nécessaires, les délais correspondants étant déjà fixés (art. 14 LEne).
- 54 Outre les délais visés à l'art. 14 LEne et les délais supplémentaires réclamés par la motion de la CEATE-N, d'autres prescriptions plus efficaces du droit fédéral simplifieraient et rationaliseraient sensiblement ces procédures cantonales de mise en œuvre. Par exemple, le législateur fédéral pourrait prévoir que les cantons mettent en place, pour les installations de production d'énergie désignées comme prioritaires dans la conception de la Confédération, une concentration des procédures d'approbation des plans comprenant à la fois la procédure des plans d'affectation propre à un projet et la procédure d'autorisation de construire. La réalisation des projets prioritaires ferait ainsi l'objet d'une seule et même procédure, comme c'est déjà le cas dans certains cantons pour les installations hydroélectriques et, au vu de ce qui précède, pour les aménagements hydroélectriques internationaux.
- 55 De plus, cette concentration des procédures d'approbation des plans, qui permettrait également d'accorder toutes les autres autorisations au titre d'une loi spéciale (p. ex. autorisations en matière de protection des eaux et autorisations de défrichement), devrait intégrer la procédure d'octroi des concessions hydrauliques requises et, pour toutes les installations, être associées à la procédure d'expropriation nécessaire (on parle alors de procédure combinée).
- 56 Pour ce qui est des voies de droit, les communes ne pourraient plus contester devant le Tribunal fédéral l'inscription au plan directeur des sites destinés à accueillir des installations de production d'énergie prioritaires au motif qu'elle porte atteinte à leur autonomie. En effet, la compétence en matière de planification et d'autorisation de ces installations serait désormais ancrée au niveau cantonal, supprimant de facto l'autonomie des communes d'implantation pour le projet en question. Celles-ci ne seraient alors pas compétentes pour la planification ou l'autorisation. Elles pourraient toutefois encore attaquer l'autorisation de planification cantonale devant les juridictions de recours compétentes de la même façon que les propriétaires fonciers concernés et les organisations de protection

de l'environnement autorisées à recourir et, notamment, réclamer l'examen accessoire de ces inscriptions au plan directeur. Toutes les parties pourraient ainsi lutter à armes égales. Hormis ces inscriptions au plan directeur non contestables directement, l'approbation des plans et l'autorisation des installations de production d'énergie désignées comme prioritaires dans la conception de la Confédération relèveraient d'un seul acte de souveraineté cantonal, sur lequel se fonderait ensuite une procédure de recours unique pour toutes les parties et les personnes autorisées à recourir.

À cet effet, compte tenu de l'ATF 1C_644/2019, 1C_648/2019 du 4 février 2021, cons. 2.4, destiné à être publié (Grüningen ZH, recours contre la décision du 28 octobre 2019 du Conseil d'État zurichois concernant le site destiné à abriter la décharge de Tägnauser Holz), il faut cependant qu'une disposition légale fédérale spécifique exclue le recours direct au tribunal contre les décisions portant sur l'inscription dans le plan directeur cantonal des sites prévus pour des installations de production d'énergie renouvelable. En effet, il ressort de cet arrêt qu'une commune se sentant lésée dans son autonomie par le plan directeur cantonal est, contrairement à un particulier, habilitée à recourir directement contre une décision du Conseil d'État zurichois portant sur l'inscription dans le plan directeur cantonal d'un site destiné à accueillir une décharge. Le Tribunal fédéral estime que même si la mise en œuvre du plan d'affectation est du ressort de la «direction cantonale», la commune en tant que responsable du plan directeur et du plan d'affectation communaux est touchée dans sa souveraineté par la décision attaquée, qui se répercute sur son territoire (cf. § 84, al. 2, en relation avec § 44a de la loi du 7 septembre 1975 du canton de Zurich sur la planification et la construction, PBG). Des atteintes effectives à l'autonomie sont difficilement envisageables vu que les communes ne sont pas compétentes au niveau de la planification et de l'autorisation des installations. Toutefois, le Tribunal fédéral a fondé sa décision concernant l'association de communes à but spécifique de droit public en se basant sur le fait que dans le droit cantonal zurichois régissant la gestion des déchets, l'exécution est du ressort des communes.

57 La procédure de planification et d'autorisation des installations désignées comme prioritaires selon le sens précité pour mener à bien la transition énergétique serait dès lors extrêmement efficace. Elle offrirait néanmoins à toutes les parties les voies de droit requises et fournirait en outre aux requérants et aux investisseurs potentiels une sécurité d'investissement optimale. Nous pensons que l'atteinte à

la souveraineté des communes en matière de planification et à la souveraineté des cantons en matière de procédure qu'elle génère est justifiée au titre de la pratique relative à l'art. 75, al. 1, Cst. pour ces installations prioritaires, car il s'agit de garantir un objectif constitutionnel et législatif (transition énergétique selon les art. 1 ss LENE)⁵¹.

58 Contrairement à l'objection des autorités fédérales mentionnée au précédent Cm 13, selon lesquelles des procédures concentrées d'approbation des plans pourraient elles aussi durer très longtemps, les auteurs de la présente étude se déclarent convaincus que la procédure épurée et concise qu'ils proposent se traduirait par un important gain de temps. D'ailleurs, le législateur fédéral a édicté pour ce motif la loi fédérale du 18 juin 1999 sur la coordination et la simplification des procédures de décision⁵², qui s'appuie essentiellement sur l'ATF «Chrüzlen» du 14 mars 1990⁵³. Ce faisant, il a privilégié le modèle de concentration au modèle de coordination et s'est focalisé sur l'efficacité de la procédure.

3. Proposition de procédure d'autorisation efficace pour construire des installations de production d'énergie alternative

59 En résumé, une procédure efficace et ciblée pour construire des installations de production d'énergie renouvelable pourrait se présenter comme suit:

- La Confédération élabore une conception au sens de l'art. 13 LAT sous la forme d'une planification positive propre à un site et à un projet pour classer par ordre de priorité les installations hydroélectriques les plus importantes, en collaboration avec les cantons, les communes, les organisations de protection et la population concernée. Elle remanie de manière analogue la Conception énergie éolienne existante.
- S'appuyant sur la Conception installations hydroélectriques et sur la version révisée de la Conception énergie éolienne, qui ont force obligatoire pour les autorités, les cantons mènent des procédures de plan directeur propres au site pour les installations désignées comme prioritaires dans ces conceptions.
- Sur la base des coordinations réglées des plans directeurs, les cantons concentrent les procédures d'approbation des plans pour les installations concernées et octroient dans ce cadre toutes les autorisations requises pour les installations

⁵¹ Cf. les précédents Cm 62 ss; cf. également la doctrine et la jurisprudence sur une atteinte similaire à la souveraineté cantonale en matière de procédure et à la souveraineté communale en matière de planification à l'art. 25a LAT, en particulier *Ruch*, Commentaire pratique LAT: Autorisation de construire, protection juridique et procédure, Zurich/Bâle/Genève, 2020, art. 25, Cm 15 s.; *Marti*, Commentaire pratique LAT, art. 25a, Cm 25.

⁵² Loi fédérale du 18 juin 1999 sur la coordination et la simplification des procédures de décision, RO 1999 3071 ss. Il s'agit d'un acte modificateur unique qui introduit une concentration des procédures d'approbation des plans dans les lois pertinentes concernant l'organisation de la Confédération.

⁵³ ATF 116 Ib 50 (Egg et Oetwil am See, Chrüzlen); *Marti*, Commentaire pratique LAT, art. 25a, Cm 2

prioritaires éligibles (y c. la concession hydraulique pour les installations hydroélectriques), cette procédure d'approbation des plans devant également être couplée à la procédure d'expropriation (procédure combinée).

- Lorsque la décision d'approbation des plans est accordée dans le cadre de la procédure de planification et d'autorisation susmentionnée (conception définie par la Confédération, fondement dans le plan directeur, concentration des procédures d'approbation des plans), celui qui a qualité pour recourir n'aurait plus qu'une seule possibilité de recours auprès d'instances cantonales, avant le Tribunal fédéral.

60 Dans ce contexte, il convient de souligner qu'en vertu de l'art. 16, al. 1, LIE⁵⁴, la partie électrique des installations de production d'énergie alternative nécessite une approbation des plans selon le droit fédéral. Celle-ci couvre toutes les autorisations requises par ce droit (art. 16, al. 3, LIE). Aucune autorisation cantonale n'est nécessaire pour cette partie de l'installation (art. 16, al. 4, LIE). La concentration des procédures cantonales d'approbation des plans, qui traitent les questions de construction, de planification, d'expropriation et du droit des eaux, doit être coordonnée de manière appropriée avec la procédure fédérale d'approbation des plans au sens des art. 16 ss LIE⁵⁵.

4. Révision de la loi sur l'énergie et de la loi sur l'approvisionnement en électricité

61 Le 18 juin 2021, le Conseil fédéral a approuvé le projet de loi relative à un approvisionnement en électricité sûr reposant sur des énergies renouvelables. Englobant la révision de la loi sur l'énergie et de la loi sur l'approvisionnement en électricité, ce projet de loi entend renforcer le développement des énergies renouvelables indigènes et la sécurité d'approvisionnement de la Suisse⁵⁶. Il se concentre sur l'utilisation de mesures de soutien financier et ne comprend aucune disposition visant à accélérer les procédures de planification et d'autorisation des installations destinées à utiliser les énergies renouvelables. Ces mesures ne devraient

⁵⁴ Loi fédérale du 24 juin 1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant (loi sur les installations électriques, LIE; RS 734.0)

⁵⁵ Concernant les possibilités de coordination, cf. Michelangelo Giovannini, dans: Alain Griffel/Hans. U. Lini-ger/Heribert Rausch/Daniela Thurnherr (éditeurs), Fachhandbuch öffentliches Baurecht, Zurich-Bâle-Genève, 2016, Cm 5227 ss.

⁵⁶ Projet de loi relative à un approvisionnement en électricité sûr reposant sur des énergies renouvelables (modification de la loi sur l'énergie et de la loi sur l'approvisionnement en électricité), FF 2021 1667; cf. également le message concernant la loi relative à un approvisionnement en électricité sûr reposant sur des énergies renouvelables, FF 2021 1666; DETEC, OFEN, fiche d'information du 11 novembre 2020 sur la loi fédérale pour un approvisionnement en électricité sûr reposant sur des énergies renouvelables.

pas atteindre leur objectif tant que ces procédures ne seront pas simplifiées et raccourcies.

5. Admissibilité des propositions – Compétence législative de la Confédération limitée à des principes

62 Si la Confédération disposait d'une compétence exclusive globale pour la politique énergétique, pour le droit de l'aménagement du territoire et pour le droit des eaux, comme c'est le cas, par exemple, pour la protection de l'environnement, les installations destinées à utiliser les énergies renouvelables seraient autorisées sur la base d'un plan sectoriel au sens de l'art. 13 LAT, dans le cadre d'une concentration des procédures fédérales d'approbation des plans qui seraient couplées à l'expropriation. Un seul acte juridique susceptible de recours réglerait alors toutes les questions de planification, d'autorisation et d'expropriation.

63 La Confédération n'ayant cependant qu'une compétence réglementaire partielle au sens d'une compétence législative limitée à des principes⁵⁷ en matière de politique énergétique (art. 89 Cst.)⁵⁸, d'aménagement du territoire (art. 75 Cst.)⁵⁹ et dans le domaine des eaux (art. 76 Cst.)⁶⁰, les deux outils de planification et d'autorisation cités qui relèvent du droit fédéral ne peuvent pas être pris en considération. S'ils ne devaient concerner que la planification et l'autorisation des installations de production d'énergie alternative, une modification de la Constitution serait nécessaire. Les auteurs de la présente étude pensent que ce serait une solution fiable et la plus sûre sur le plan juridique pour résoudre la problématique exposée ici.

64 D'après le droit en vigueur, les questions juridiques relatives à la planification et à la construction des installations destinées à utiliser les énergies alternatives relèvent de la souveraineté des cantons et donc du droit cantonal⁶¹.

⁵⁷ Message du 4 septembre 2013 relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050, FF 2013 6771, en l'espèce 6958 ss

⁵⁸ Cf. *Christoph Jäger/Andrea Schächli*, Obligations d'aménagement résultant de l'art. 10 LEne, avis de droit à l'attention de l'Office fédéral du développement territorial (ARE), Berne, 2020, Cm 13 ss

⁵⁹ Cf. FF 1997 I 227; *Alain Griffel*, Die Grundsatzgesetzgebungskompetenz gemäss Art. 75 Abs. 1 BV: Tragweite und Grenzen, Rechtsgutachten zuhanden des Bundesamtes für Raumentwicklung ARE, Berne, 2017; *Häfelin/Haller/Keller Thurnherr*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. A., Zurich/Bâle/Genève, 2020, n° 1087 ss.

⁶⁰ La décision d'octroyer des concessions hydrauliques est donc réservée aux cantons, cf. ATF 103 Ia 329, consid. 8; cf. précédents Cm 62 et 65.

⁶¹ Message du 4 septembre 2013 relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050, FF 2013 6771, en l'espèce 6958; *Ricardo Jagmetti*, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, tome VII, Energierecht, Cm 1321 s.

- 65 Comme indiqué précédemment, la Confédération n'ayant qu'une compétence législative limitée à des principes en matière de droit de l'énergie, de droit de l'aménagement du territoire et de droit des eaux⁶², ses possibilités législatives sont fortement restreintes dans ces domaines. Elle peut uniquement réglementer les questions qui ont une importance absolument déterminante pour la mise en œuvre de l'aménagement du territoire et la concrétisation de sa politique énergétique. Elle peut néanmoins élaborer des conceptions (art. 13 LAT) et édicter pour ces questions des réglementations détaillées directement applicables à la planification⁶³. La Confédération «peut, sur la base de l'art. 75, al. 1, Cst., réglementer tout le domaine de l'aménagement du territoire, mais doit laisser aux cantons des marges de manœuvre substantielles qui vont au-delà de simples dispositions d'exécution. C'est la raison pour laquelle la densité réglementaire (niveau de détail) a tendance à être globalement faible»⁶⁴. La situation est analogue pour la politique énergétique⁶⁵. Le droit des cantons à disposer des droits d'utilisation des eaux ne saurait certes être restreint par le droit fédéral en vertu de la première phrase de l'art. 76, al. 4, Cst., mais l'art. 76, al. 2, Cst. accorde également à la Confédération en matière de droit des eaux une compétence réglementaire partielle au sens d'une compétence législative limitée à des principes qui couvre les règles procédurales proposées ici⁶⁶.
- 66 Les sites des installations désignées comme prioritaires pour les énergies renouvelables sont souvent hors des zones à bâtir. En l'espèce, le droit fédéral peut réglementer de manière exhaustive l'affectation admise en fixant des dispositions plus détaillées que dans les zones à bâtir⁶⁷. Dans ce contexte, les prescriptions

⁶² Message du 4 septembre 2013 relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050, FF 2013 6771, en l'espèce 6958; BSK, BV-*Kern*, art. 89, n° 14; BSK, BV-*Griffel*, art. 75, n° 25; CR, Cst.-*Grisel*, art. 89, n° 49; CR, Cst-*Haag*, art. 75, n° 30; *Schaffhauser/Uhlmann*, St. Galler Kommentar zu Art. 89 BV, Cm 11; *Ruch*, St. Galler Kommentar zu Art. 75 BV, Cm 27 ss.

⁶³ Message du 4 septembre 2013 relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050, FF 2013 6771, en l'espèce 6958; *Ricardo Jagmetti*, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, tome VII, Energierecht, Cm 1321 s.

⁶⁴ Cf. *Griffel* (note de bas de page 59), Grundsatzgesetzgebungskompetenz, p. 16; Message du 4 septembre 2013 relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050, FF 2013 6771, en l'espèce 6958.

⁶⁵ *Jäger/Schäppi* (note de bas de page 58), Cm 13 ss

⁶⁶ Message du 4 septembre 2013 relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050, FF 2013 6771, en l'espèce 6958 ss; BSK-BV-*Caluori/Griffel*, art. 76, n° 20; *Marti*, St. Galler Kommentar zu Art. 76 Abs. 2, Cm 9; CR Cst-*Poltier/Largey* art. 76, n° 26 ss; cf. précédent Cm 66.

⁶⁷ Cf. *Griffel* (note de bas de page 59), compétence législative limitée à des principes, p. 14 avec renvois.

de l'art. 89, al. 1 et 2, Cst. jouent un rôle majeur dans la planification et l'autorisation des installations de production d'énergie alternative qui sont particulièrement importantes. En vertu de l'art. 89, al. 1, Cst., la Confédération et les cantons s'emploient, dans les limites de leurs compétences respectives, à promouvoir un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économiquement optimal et respectueux de l'environnement. L'art. 89, al. 2, Cst. accorde à la Confédération une compétence législative limitée à des principes pour l'utilisation des énergies indigènes et des énergies renouvelables, l'art. 89, al. 5, Cst. l'obligeant à respecter le principe de subsidiarité⁶⁸.

67 L'importance de ces dispositions fédérales pour mener à bien la transition énergétique et assurer le futur approvisionnement du pays en électricité est déterminante dans l'évaluation de la constitutionnalité des propositions législatives concrètes mentionnées précédemment (cf. notamment Cm 59) et ci-après (cf. Cm 70 ss).

68 Se fondant sur les bases dont ils disposent, les auteurs de la présente étude pensent que les prescriptions proposées revêtent une grande importance et qu'elles sont dès lors conformes à la Constitution. Eu égard aux principes de coordination stricts énoncés aux précédents Cm 30 et 33, qui doivent être respectés selon le droit en vigueur et qui impliquent en général de lancer simultanément et de coordonner les procédures des plans d'affectation et d'autorisation des grandes installations de production d'énergie, ces propositions ne vont guère, sur le plan matériel, au-delà des réglementations existantes à l'art. 25a LAT et ne constituent pas une atteinte disproportionnée à la souveraineté des cantons en matière d'organisation et de procédure. De plus, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faut veiller à ce que la procédure respecte globalement le principe constitutionnel garantissant le traitement équitable d'une cause et son jugement dans un délai raisonnable (art. 29, al. 1, Cst.; art. 6, al. 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [CEDH])⁶⁹. Ce droit constitutionnel à une procédure équitable n'est manifestement pas garanti⁷⁰ pour les requérants des projets d'installations de production d'énergie alternative et pour leurs opposants au regard des durées bien trop

⁶⁸ Cf. *Jäger/Schäppi* (note de bas de page 58), Cm 4 ss, p. 13, Cm 33 ss.

⁶⁹ ATF 142 II 20, consid. 3 à 7, p. 25 ss, et consid. 1.4, p. 24 s. (Spreitenbach/AG); ATF 136 II 165, consid. 1.2.2, p. 171 (aéroport de Zurich, avec renvois)

⁷⁰ Cf. précédent Cm 2.

longues que l'on observe actuellement dans les cantons pour les procédures distinctes de planification et d'autorisation des installations destinées à utiliser les énergies renouvelables. Les améliorations proposées dans cette étude sont donc admises à l'aune de la Constitution fédérale et de la CEDH. Dans tous les cas, le législateur fédéral se doit d'agir, y compris sous l'angle du droit constitutionnel.

IV. PROPOSITIONS LÉGISLATIVES CONCRÈTES

1. Remarques préalables

69 Les auteurs de la présente étude ont élaboré des propositions législatives concrètes sur la base des commentaires formulés au précédent point III. Il s'agit d'axes de réflexion pour d'éventuels futurs travaux du législateur fédéral; ces propositions n'ont qu'une valeur d'exemple. Pour des raisons factuelles, elles se réfèrent à la LAT et à la LEne, sans toutefois présumer la procédure législative dans laquelle elles pourraient s'intégrer. Les dispositions concernées pourraient aussi bien être l'objet d'une révision de la LAT que de la LEne, par exemple. Une révision simultanée des deux actes à cette fin, par exemple dans le cadre d'une loi spéciale, serait également envisageable. Ces dispositions pourraient aussi figurer partiellement ou entièrement sous le titre «Modification d'autres actes» en annexe de la LEne ou de la LAT. Toutes les prescriptions pourraient également être ajoutées à la LEne, en particulier celles qui s'appuient sur une conception de la Confédération, les auteurs partant alors du principe qu'il s'agirait d'une conception au sens de l'art. 13 LAT. La démarche retenue par le législateur est une question d'appréciation politico-juridique sur laquelle les auteurs ne s'expriment pas.

2. Propositions législatives

70 **Art. 13a LAT Conception de la Confédération sur l'utilisation des énergies renouvelables (nouvelle proposition)**

¹La Confédération élabore, en étroite collaboration avec les cantons, une conception sur l'utilisation des énergies renouvelables. Les principaux sites d'implantation appropriés des installations destinées à l'approvisionnement en énergie y sont désignés sur la base d'une évaluation des effets conforme au niveau de planification.

²Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution du présent article.

71 **Art. 8b, al. 1, LAT Contenu du plan directeur dans le domaine de l'énergie (en vigueur)**

¹Le plan directeur désigne les zones et les tronçons de cours d'eau qui se prêtent à l'utilisation d'énergies renouvelables.

72 **Art. 8b, al. 2, 3 et 4, LAT (nouvelle proposition)**

²Les cantons fixent en particulier les sites des principales installations de production et de stockage dans leurs plans directeurs (coordination réglée). Ils tiennent compte, pour ce faire, de la conception de la Confédération visée à l'art. 13a.

³Les requérants d'installations soumises à l'obligation d'inscription dans le plan directeur qui sont destinées à l'utilisation d'énergies renouvelables ont droit, pour les sites d'implantation qu'ils proposent, à une exécution rapide de la procédure de plan directeur par les cantons.

⁴Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution du présent article.

73 **Art. 10a LEnE Procédure d'approbation des plans (nouvelle proposition)**

¹Dans le cadre d'une concentration des procédures d'approbation des plans couplées à la procédure d'expropriation, les cantons évaluent la planification et l'autorisation des installations destinées à l'utilisation d'énergies renouvelables qui, sur la base de la conception de la Confédération, sont inscrites dans leurs plans directeurs. Si l'octroi d'une concession est nécessaire, ils l'accordent également pendant la procédure d'approbation des plans. Les cantons édictent les dispositions procédurales requises.

²Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution de l'al. 1.

74 **Art. 14, al. 1, LEnE Procédures d'autorisation rapides (en vigueur, inchangé)**

¹Les cantons prévoient des procédures d'autorisation rapides pour la construction, l'agrandissement et la rénovation d'installations destinées à l'utilisation d'énergies renouvelables.

V. COMMENTAIRES DES PROPOSITIONS LÉGISLATIVES

75 **Art. 13a LAT Conception de la Confédération sur l'utilisation des énergies renouvelables (nouvelle proposition)**

¹La Confédération élabore, en étroite collaboration avec les cantons, une conception sur l'utilisation des énergies renouvelables. Les principaux sites d'implantation appropriés des installations destinées à l'approvisionnement en énergie y sont désignés sur la base d'une évaluation des effets conforme au niveau de planification.

²Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution du présent article.

Contrairement à l'art. 11 du projet de LEne de 2013 qui exigeait une planification positive et négative des zones et des tronçons de cours d'eau se prêtant ou non à des installations de production d'énergie alternative, ce concept devant prendre en compte l'ensemble du territoire (cf. précédent Cm 18), la proposition formulée dans la présente étude se limite à une liste des principales installations désignées comme prioritaires. Les sites d'implantation concrets seraient définis dans la conception que la Confédération élaborerait en collaboration avec les cantons et les milieux intéressés, en tenant compte des règles de participation énoncées à l'art. 4 LAT et aux art. 18 et 19 OAT.

Pour le reste, cette proposition ne requiert aucun autre commentaire. Au vu des informations précédentes, elle semble appropriée, judicieuse et conforme à la Constitution.

76 **Art. 8b, al. 1, LAT Contenu du plan directeur dans le domaine de l'énergie (en vigueur)**

¹ Le plan directeur désigne les zones et les tronçons de cours d'eau qui se prêtent à l'utilisation d'énergies renouvelables.

Aucun commentaire n'est requis en l'espèce, car la proposition correspond au droit en vigueur.

77 **Art. 8b, al. 2, 3 et 4, LAT (nouvelle proposition)**

Art. 8b, al. 2, LAT (proposition, obligation d'inscription dans le plan directeur):

²Les cantons fixent en particulier les sites des principales installations de production et de stockage dans leurs plans directeurs (coordination réglée Ils tiennent compte, pour ce faire, de la conception de la Confédération visée à l'art. 13a.

Selon le droit en vigueur, tous les projets qui ont des incidences importantes sur le territoire et l'environnement doivent avoir été prévus dans le plan directeur

cantonal (art. 8, al. 2, LAT). Cela vaut en particulier pour les principales installations de production d'énergie alternative désignées comme prioritaires. En revanche, les petites installations qui n'ont pas d'incidence importante sur le territoire et l'environnement ne sont pas assujetties à cette obligation en vertu de l'art. 8, al. 2, LAT et de la jurisprudence correspondante du Tribunal fédéral (cf. précédent Cm 25).

Art. 8b, al. 3, LAT (proposition, droit à l'exécution d'une procédure de plan directeur):

³Les requérants d'installations soumises à l'obligation d'inscription dans le plan directeur qui sont destinées à l'utilisation d'énergies renouvelables ont droit, pour les sites d'implantation qu'ils proposent, à une exécution rapide de la procédure de plan directeur par les cantons.

Concernant l'obligation d'inscription dans le plan directeur, il est renvoyé aux commentaires de l'art. 8b, al. 2, LAT.

Le droit des requérants à l'exécution d'une procédure de plan directeur pour les sites d'implantation des installations de production d'énergie alternative qu'ils proposent s'applique non seulement aux principales installations soumises à l'obligation d'inscription dans le plan directeur, mais également à toutes les installations assujetties à cette obligation. Il accélère l'inscription dans le plan directeur en tant que coordination réglée et donc la réalisation d'une procédure d'approbation des plans, contribuant ainsi à mener à bien la transition énergétique.

Selon l'art. 9, al. 2, en relation avec l'art. 12, al. 1, OAT, les services fédéraux peuvent eux aussi demander l'adaptation du plan directeur cantonal par l'intermédiaire du département (DETEC).

Art. 8b, al. 4, LAT (droit d'exécution)

⁴Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution du présent article.

Aucun commentaire requis.

78 **Art. 10a LEn Procédure d’approbation des plans (nouvelle proposition)**

¹Dans le cadre d’une concentration des procédures d’approbation des plans couplées à la procédure d’expropriation, les cantons évaluent la planification et l’autorisation des installations destinées à l’utilisation d’énergies renouvelables qui, sur la base de la conception de la Confédération, sont inscrites dans leurs plans directeurs. Si l’octroi d’une concession est nécessaire, ils l’accordent également pendant la procédure d’approbation des plans. Les cantons édictent les dispositions procédurales requises.

²Le Conseil fédéral édicte les dispositions d’exécution de l’al. 1.

La proposition visée à l’al. 1 est traitée en détail aux Cm 54 à 56. Il est renvoyé aux explications correspondantes.

Pour des motifs constitutionnels, la procédure d’approbation des plans prescrite par la Confédération se limite aux principales installations figurant dans la conception fédérale. Les cantons sont libres de concentrer les procédures d’approbation des plans pour d’autres installations de production d’énergie alternative (p. ex. toutes les installations soumises à l’obligation d’inscription dans le plan directeur).

79 **Art. 14, al. 1, LEn Procédures d’autorisation rapides (en vigueur, inchangé)**

¹Les cantons prévoient des procédures d’autorisation rapides pour la construction, l’agrandissement et la rénovation d’installations destinées à l’utilisation d’énergies renouvelables.

Reste inchangé; aucun commentaire requis.

Schaffhouse, le 27. octobre 2021

Dr. Dr. h.c. Heinz Aemisegger

Prof. Dr. iur. Arnold Marti