

**Version pas encore validée par l'auteur. La version allemande fait foi.**

Prof. em. Peter M. Keller  
Chutzenstrasse 57  
3047 Bremgarten  
Tél. 031 305 66 60  
Mobile 079 677 03 62  
E-mail : peterm.keller@  
bluewin.ch

Association de soutien à l'Initiative  
biodiversité  
c/o Pro Natura  
à l'attention de Madame Stella Jegher  
Case postale  
4018 Bâle

Berne, le 13 mai 2024

## **Avis de droit sur l'Initiative biodiversité et l'acte modificateur unique**

Madame,

Par e-mail du 22 mars 2024, vous m'avez demandé de rédiger un avis de droit sur le rapport entre l'Initiative biodiversité et l'acte modificateur unique (loi sur l'électricité) et de me prononcer sur la manière dont le texte de l'initiative et ses interprétations possibles s'articulent avec l'acte modificateur unique. Il s'agit principalement de connaître le rôle joué par ces deux textes sur la pesée des intérêts.

Concrètement, les **questions** que vous m'avez posées sont les suivantes :

- Dans quelle mesure l'acceptation de l'Initiative biodiversité compromettrait-elle la mise en œuvre de l'acte modificateur unique ?
- La mise en œuvre de l'initiative dans la législation fédérale compromettrait-elle *forcément* une pesée des intérêts équilibrée entre le développement des énergies renouvelables, d'une part, et la protection de la nature, des eaux et du paysage, d'autre part, ou est-il possible d'envisager une mise en œuvre qui respecterait ces deux dispositions ?

Par e-mail du 5 avril 2024, vous avez confirmé par écrit le mandat que vous avez précisé par téléphone le 25 mars 2024 et m'avez fait parvenir un dossier y relatif.

## 1. Contexte : la pesée des intérêts dans le droit en vigueur

### 1.1. La pesée des intérêts en général

Approuver des plans d'affectation et octroyer des autorisations de construire pour des installations destinées à utiliser les énergies renouvelables requièrent régulièrement de procéder à une pesée des intérêts. Dans ce cadre, les intérêts économiques liés à la réalisation d'un projet particulier doivent être examinés par rapport aux intérêts de protection de la nature et du paysage ; ce faisant, il est nécessaire de déterminer, d'apprécier et d'optimiser les intérêts objectivement pertinents en faveur ou à l'encontre du projet (art. 3, al. 1, de l'ordonnance du 28 juin 2000 sur l'aménagement du territoire [OAT ; RS 700.1] ; concernant la méthodologie, cf. PIERRE TSCHANNEN, *Interessenabwägung bei raumwirksamen Aufgaben*, DEP 2018 111 ss, en part. p. 120 s.). On distingue à cet égard entre la pesée des intérêts simple (libre) (intérêt d'utilisation contre intérêt à la protection) et la pesée des intérêts structurée, pour laquelle la législation prescrit des règles et priorités plus précises pour intervenir dans le processus de pesée des intérêts et concrétiser certains de ses aspects (TSCHANNEN, *Interessenabwägung*, p. 125).

### 1.2. Les bases légales du droit en vigueur en général

Les art. 78, al. 2 et 5, de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), art. 5 ss, 18 ss, 21 s. et 23a ss de la loi fédérale du 1<sup>er</sup> juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (LPN ; RS 451) ainsi que l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur la protection de la nature et du paysage (OPN ; RS 451.1), l'ordonnance IFP du 29 mars 2017 (OIFP ; RS 451.11) et les ordonnances fédérales sur la protection des biotopes, par exemple l'ordonnance du 28 octobre 1992 sur les zones alluviales (OAut ; RS 451.31), contiennent des réglementations générales relatives à la pondération des intérêts d'utilisation avec les intérêts à la protection de la nature et du paysage. L'ordonnance du 21 janvier 1991 sur les réserves d'oiseaux d'eau et de migrants (OROEM ; RS 922.32) s'applique aux réserves de sauvagine et d'oiseaux migrants au sens de l'art. 11 de la loi du 20 juin 1986 sur la chasse (LChP ; RS 922.0).

L'art. 12 de la loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie (LEne ; RS 730.0) ainsi que les art. 8 s. de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> novembre 1917 sur l'énergie (OEne ; RS 730.01) posent des exigences particulières en matière de pesée des intérêts au moment d'apprécier des installations visant à exploiter les énergies renouvelables. Je n'aborderai pas les dispositions des art. 71a s. LEne, car il s'agit de droit transitoire.

### 1.3. La pesée des intérêts en droit de la protection de la nature

Les **biotopes d'importance nationale** au sens de l'art. 18a LPN bénéficient en principe d'une protection relative. Les ordonnances sur la protection des biotopes prévoient donc des

exceptions à l'objectif de protection pour les sites de reproduction de batraciens, les zones alluviales et les prairies sèches d'importance nationale.

Une « dérogation à l'objectif de protection » est admissible à certaines conditions, bien que strictes. En règle générale, il faut que l'emplacement du projet soit imposé par sa destination et que sa réalisation présente un intérêt d'importance nationale (p. ex. art. 4, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, de l'ordonnance sur les zones alluviales ; sur l'ensemble KARL LUDWIG FAHRLÄNDER, in Keller/Zufferey/Fahrländer, Kommentar NHG, 2<sup>e</sup> éd. Zurich 2019, art. 18a ch. marg. 51 ; PETER M. KELLER, Das heutige Naturschutzrecht – Systematik und gesetzgeberischer Handlungsbedarf, DEP 2016 155 ss, p. 164). Même si l'utilisation des énergies renouvelables et leur développement en vertu de l'art. 12, al. 1 LEnE en général et certaines installations destinées à utiliser les énergies renouvelables revêtent, à partir d'une certaine taille et d'une certaine importance, un intérêt d'importance nationale (art. 12, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase et al. 4 LEnE ; art. 8 s. OEne), l'art. 12, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, LEnE exclut les nouvelles installations destinées à l'utilisation des énergies renouvelables dans les biotopes d'importance nationale. S'il s'agit toutefois de rénover ou d'agrandir des installations existantes destinées à l'utilisation des énergies renouvelables dans ces zones protégées, cette disposition laisse de la place à une pesée des intérêts conformément aux normes correspondantes des ordonnances sur la protection des biotopes (KATHRIN FÖHSE, Positivierte Aufgaben- und Nutzungsinteressen von nationaler Bedeutung – Bestandesaufnahme im neuen Energierecht des Bundes, RJB 2017 581 ss, p. 591 et 605 s.).

Il n'est pas non plus admis de peser librement les intérêts économiques et ceux de protection en ce qui concerne les **biotopes d'importance régionale et locale** au sens de l'art. 18b, al. 1, LPN, l'art. 14, al. 6, 1<sup>re</sup> phrase, OPN exigeant, outre un besoin prépondérant, que l'emplacement du projet s'impose par sa destination pour autoriser une atteinte (FAHRLÄNDER, Kommentar NHG, art. 18 n° 30 ; KELLER, Naturschutzrecht, p. 168 s.).

L'art. 22, al. 2, LPN pose des exigences particulières au moment d'apprécier des atteintes à la **végétation des rives** (art. 21, al. 1, LPN). L'emplacement du projet doit s'imposer par sa destination et ce dernier doit bénéficier d'une autorisation en vertu de la loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (LEaux ; RS 814.20) ou de la loi du 21 juin 1991 sur l'aménagement des eaux (LAE ; RS 172.217.1) ; concernant les conditions d'octroi d'une autorisation exceptionnelle, cf. HANS-PETER JENNI, Kommentar NHG, art. 22, ch. marg. 20 et 24 ss). La végétation des rives bénéficie dès lors d'une protection relative particulière (sur l'ensemble KELLER, Naturschutzrecht, p. 167 s. avec réf. à l'ATF 130 II 313 consid. 3 = PRUD 2004 467 et à l'arrêt du Tribunal fédéral 1A.30/2006 du 10 octobre 2006 consid. 3.3–3.9 = PRUD 2006 792 = ZB1 2007 511 avec les remarques d'ARNOLD MARTI aux p. 517 s.).

Conformément à l'art. 6, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase, OROEM, les atteintes aux **réserves d'oiseaux d'eaux**

**et de migrateurs** d'importance internationale et nationale doivent être décidées dans le cadre d'une pesée des intérêts qui, à l'instar des atteintes aux biotopes d'importance régionale et locale, n'est pas entièrement libre. L'art. 14, al. 6, 1<sup>re</sup> phrase OPN, qui exige, outre un besoin prépondérant, que l'emplacement du projet s'impose par sa destination, s'applique également en sus (MICHAEL BÜTLER, Kommentar NHG, Besonderer Teil : LChP/LFSP, ch. marg. 29). L'art. 12, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, LEne exclut toutefois les nouvelles installations destinées à l'utilisation des énergies renouvelables dans les réserves de sauvagine et d'oiseaux migrateurs. S'il s'agit toutefois de rénover ou d'agrandir des installations existantes destinées à l'utilisation des énergies renouvelables dans ces zones protégées, cette disposition laisse de la place à une pesée des intérêts (FÖHSE, Positivierte Aufgaben- und Nutzungsinteressen von nationale Bedeutung – Bestandesaufnahme im neuen Energierecht des Bundes, RJB 2017 581 ss, p. 591 et 605 s.).

#### *1.4. La pesée des intérêts en droit de la protection du paysage*

Conformément à l'art. 78, al. 2 Cst., la Confédération tient compte des intérêts de la protection de la nature et du paysage dans l'accomplissement de ses tâches.

L'art. 6, al. 2, LPN n'autorise la Confédération à déroger à l'obligation de conserver intact un **paysage protégé d'importance nationale** « que si des intérêts équivalents ou supérieurs, d'importance nationale également, s'opposent à cette conservation » (cf. à ce sujet JÖRG LEIMBACHER, Kommentar NHG, art. 6 n° 18 ss ; TSCHANNEN, Interessenabwägung, p. 125 s.). En vertu de l'art. 5 LPN, cette disposition légale concerne avant tout les objets à protéger inscrits à l'Inventaire fédéral des paysages, sites et monuments naturels d'importance nationale (IFP). Pour simplifier, l'art. 6, al. 2, OIFP autorise les atteintes graves à ces objets protégés lorsqu'elles sont justifiées par un intérêt d'importance nationale qui dépasse l'intérêt à la protection de l'objet (cf. à ce sujet le récent ATF 1C\_327/2022 / 1C\_331/2022 du 7 novembre 2023, consid. 4.1.2). Les installations destinées à l'utilisation des énergies renouvelables qui revêtent un intérêt national compte tenu de leur taille et de leur importance ressortent de l'art. 12, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase et al. 4, LEne en relation avec les art. 8 s. OEne ; le Tribunal fédéral considère que le seuil relatif aux nouvelles installations éoliennes prévu à l'art. 9, al. 2, OEne est conforme à la loi (ATF 147 II 319 consid. 8.4 = DEP 2021 744 et la jurisprudence ultérieure). En vertu de l'art. 12, al. 3, 1<sup>re</sup> phrase, LEne, l'intérêt national attaché à la réalisation du projet au sens de l'art. 12, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, LEne doit être considéré comme équivalent aux autres intérêts nationaux au moment de la pesée des intérêts. Enfin, selon l'art. 12, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase, LEne, il est possible d'envisager une dérogation au principe de conservation intacte au sens de l'art. 6, al. 2, LPN voire de l'art. 6, al. 2, OIFP. L'art. 12 LEne reconnaît que certains intérêts à l'utilisation des énergies renouvelables sont d'intérêt national et décrète – du moins de manière abstraite – que les intérêts à concéder une atteinte et ceux de maintenir la protection sont de rang égal (TSCHANNEN, Interessenabwägung, p. 127 ; dans ce

sens également FÖHSE, Nutzungsinteressen im Energierecht, p. 588 ss, 593 s. et 597 ainsi que LEIMBACHER, Kommentar NHG, art. 6 ch. marg. 20, tous deux concernant également ce qui suit). La question de savoir s'il est admissible d'utiliser des installations de production d'énergie renouvelable dans le cas concret n'est donc toujours pas tranchée et il faut encore procéder à la pesée des intérêts prévue par la loi.

Lorsqu'une atteinte est considérée comme admissible suite à la pesée des intérêts, son auteur doit veiller à prendre des mesures particulières pour en assurer la meilleure protection possible, la reconstitution ou, à défaut, le remplacement adéquat (art. 6, al. 4 OIFP ; Leimbacher, Kommentar NHG, art. 6 ch. marg. 11 in fine p. 263).

Concernant les **paysages protégés dénués d'importance nationale**, l'art. 3 LPN prévoit une pesée simple (libre) des intérêts lorsque la Confédération accomplit des tâches fédérales (ANNE-CHRISTINE FAVRE, Kommentar NHG, art. 3, ch. marg. 13).

### *1.5. La pesée des intérêts en droit de la protection des marais et des sites marécageux*

Les **hauts-marais et bas-marais d'importance nationale** bénéficient de la protection absolue de l'art. 78, al. 5, Cst. La Constitution exclut toute exception à l'objectif de protection ; il n'est pas permis de le mettre concrètement en balance avec d'autres intérêts (économiques) (KELLER, Naturschutzrecht, p. 164 ; ATF 138 II 281 consid. 6.2 = DEP 2012 525, également sur ce qui suit). Il en va de même pour les **sites marécageux d'importance nationale** (PETER M. KELLER, Kommentar NHG, Vorbemerkungen Art. 23a–23d, ch. marg. 7 ss) ; selon l'art. 23d LPN, les atteintes à un site marécageux d'importance nationale ne sont autorisées que si elles ne vont pas à l'encontre des objectifs de protection fixés pour le site en question (KELLER, Kommentar LPN, art. 23d ch. marg. 4 ss). Conformément au Message relatif à l'art. 12, al. 2, LEne, les marais et les sites marécageux, que la Constitution protège de manière absolue, « n'offrent aucune place à l'utilisation des énergies et les intérêts ne sauraient être mis à égalité » (KELLER, Kommentar NHG, Vorbemerkungen zu Art. 23a – 23d ch. marg. 7, p. 594, avec renvoi au Message relatif à la révision du droit de l'énergie, FF 2013 6771 ; cf également, bien que sans référence au message du Conseil fédéral, FÖHSE, Nutzungsinteressen im Energierecht, p. 606 s.).

## **2. La pesée des intérêts après l'adoption et l'entrée en vigueur de l'acte modificateur unique**

### *2.1. Dispositions déterminantes de l'acte modificateur unique*

La loi fédérale du 29 septembre 2023 relative à un approvisionnement en électricité sûr reposant sur des énergies renouvelables (acte modificateur unique ; projet soumis au

référendum dans la FF 2023 2301), qui sera soumise à la votation populaire le 9 juin 2024, prévoit notamment de modifier l'art. 12 LEne en question. En l'espèce, la nouvelle disposition de l'art. 9a de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEl ; RS 734.7), qui vise à renforcer l'approvisionnement en électricité en hiver, en premier lieu au moyen d'un certain nombre de centrales hydroélectriques à accumulation ainsi que d'installations solaires et éoliennes d'intérêt national (art. 9a, al. 1 et 2, nLApEl), revêt une signification particulière.

## 2.2. Modifications de la pesée des intérêts en droit de la protection de la nature

L'art. 12, al. 2<sup>bis</sup>, nLEne, qui remplace l'art. 12, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, LEne, confirme tout d'abord le principe de l'interdiction de nouvelles installations destinées à utiliser les énergies renouvelables dans les biotopes d'importance nationale ainsi que dans les réserves de sauvagine et d'oiseaux migrateurs (première partie de la phrase). Conformément à la deuxième partie de la phrase de l'art. 12, al. 2<sup>bis</sup> nLEne, cette interdiction ne s'applique toutefois plus :

- a. aux zones alluviales s'il s'agit de marges proglaciaires ou de plaines alluviales alpines que le Conseil fédéral a inscrites dans l'inventaire fédéral des zones alluviales d'importance nationale après le 1<sup>er</sup> janvier 2023, conformément à l'art. 18a, al. 1, LPN ;
- b. aux centrales à dérivation des éclusées destinées à l'assainissement écologique au sens de l'art. 39a LEaux, lorsque les entraves importantes aux objectifs de protection de l'objet concerné peuvent être éliminées ;
- c. dans les cas dans lesquels seul le tronçon à débit résiduel se trouve dans l'objet protégé.

## 2.3. Modifications de la pesée des intérêts en droit de la protection du paysage

En vertu de l'art. 12, al. 2, nLEne, outre les installations hydroélectriques et éoliennes, certaines installations solaires sont également réputées d'intérêt national. Par conséquent, l'art. 12, al. 4, nLEne charge le Conseil fédéral de fixer les valeurs seuils correspondantes en modifiant l'OEne.

L'art. 12, al. 3<sup>bis</sup>, 1<sup>re</sup> phrase, nLEne confirme qu'il est possible d'envisager de déroger à la règle selon laquelle les objets protégés d'importance nationale doivent être conservés intacts. Il doit être possible de renoncer à des mesures de protection, de reconstitution, de remplacement ou de compensation (art. 12, al. 3<sup>bis</sup>, 2<sup>e</sup> phrase, nLEne), mais uniquement dans des cas exceptionnels, afin de ne pas faire périr un projet (conseiller national PHILIPP MATTHIAS BREGY in BO 2023 N 423 ; cf. le projet d'art. 9a<sup>bis</sup> nOEneR et p. 19 du rapport explicatif du 21 février 2024 concernant le projet mis en consultation).

L'art. 9a, al. 3, nLApEl soumet quinze centrales hydroélectriques à accumulation indiquées en annexe et désigne une centrale hydroélectrique supplémentaire, dont il est prévu que la production d'électricité augmente en hiver, aux conditions suivantes : leur nécessité doit être

avérée (let. b), leur implantation doit être imposée par leur destination (let. c), l'intérêt à leur réalisation doit primer en principe d'autres intérêts nationaux (let. d) et des mesures de compensation supplémentaires doivent être prévues pour protéger la biodiversité et le paysage (let. e). Selon l'art. 9a, al. 4, nLApEl, il en va de même pour les installations solaires et éoliennes d'intérêt national situées en dehors des objets visés à l'art. 5 LPN, à savoir que leur nécessité doit être avérée (let. a), que leur implantation soit imposée par leur destination (let. b) et que l'intérêt à leur réalisation prime en principe d'autres intérêts nationaux (let. c).

#### *2.4. Pas de modification de la pesée des intérêts en droit sur la protection des marais et des sites marécageux*

L'acte modificateur unique ne prévoit aucune disposition concernant la législation sur la protection des marais et des sites marécageux.

### **3. La pesée des intérêts après l'acceptation de l'initiative**

#### *3.1. Dispositions déterminantes de l'Initiative biodiversité*

L'initiative populaire « Pour l'avenir de notre nature et de notre paysage (Initiative biodiversité) » propose un nouvel art. 78a, al. 3, Cst., en matière de pesée des intérêts (texte selon le Message sur l'initiative pour la biodiversité, FF 2022 737, p. 6) :

« Toute atteinte substantielle à un objet protégé par la Confédération doit être justifiée par un intérêt national prépondérant; toute atteinte substantielle à un objet protégé au niveau cantonal doit être justifiée par un intérêt cantonal ou national prépondérant. L'essence de ce qui mérite d'être protégé doit être conservée intacte. La protection des marais et des sites marécageux est réglée par l'art. 78, al. 5. »

#### *3.2. Approche uniforme de la pesée des intérêts en droit de la protection de la nature et du paysage (art. 78a, al. 3, 1<sup>re</sup> phrase, nCst.)*

À la lecture de la proposition d'un art. 78a, al. 3, 1<sup>re</sup> phrase, nCst., on remarque tout d'abord que cette disposition se réfère aussi bien aux objets de protection de la nature qu'aux objets de protection des paysages, de même qu'aux objets de protection de la Confédération qu'à ceux des cantons. Le degré d'abstraction de cette formulation est adéquat pour une disposition de droit constitutionnel et permet de couvrir toutes les formes de pesée des intérêts prévues au niveau de la loi et de l'ordonnance en droit de la protection de la nature et du paysage.

En employant les termes « intérêt national », la 1<sup>re</sup> phrase reprend la terminologie retenue à l'art. 78, al. 3 et 5 1<sup>re</sup> phrase Cst. (nouvellement) en vigueur, où il est question d'objets ou de marais et sites marécageux qui présentent un intérêt national (terme déjà employé à l'art. 24<sup>sexies</sup>, al. 3 et 5 1<sup>re</sup> phrase de l'ancienne Constitution fédérale du 29 mai 1874, qui parlait

d'objets « présentant un intérêt national »). Le contenu des expressions d'« intérêt national » et « importance nationale », dont la dernière continue à figurer au niveau de la loi et de l'ordonnance, est identique tant du point de vue de l'intérêt à la protection que de l'intérêt à l'utilisation (dans ce sens également voir le Message sur l'Initiative biodiversité, FF 2022 737, p. 16).

L'art. 78a, al. 3, 1<sup>re</sup> phrase, nCst permet de concilier les dispositions de l'acte modificateur unique relatives à l'augmentation de la production d'électricité en hiver. Si l'art. 9a, al. 3, let. d et al. 4, let. c, nLApEl prévoit que l'intérêt à la réalisation de certaines installations destinées à utiliser les énergies renouvelables prime en principe sur d'autres intérêts nationaux, les projets en question doivent en règle générale répondre, de par la loi, à des intérêts nationaux prépondérants autorisant des atteintes substantielles à des objets protégés par la Confédération. Les intérêts de protection ne peuvent donc plus l'emporter qu'à titre exceptionnel, lorsqu'« un même site cumule plusieurs intérêts de protection », comme par exemple en présence d'une atteinte simultanée à plusieurs types de zones protégées (HERBERT BÜHL, Auswirkungen der Änderungen des Energiegesetzes [EnG] vom 30 September 2022 auf die Solarstromerzeugung und alpine Landschaften, DEP 2023 260 ss, p. 279 à propos de l'art. 71a, al. 1, let. d, LEne, dont la teneur est similaire).

La proposition d'art. 78a, al. 3, 1<sup>re</sup> phrase, nCst. ne change donc rien à la pesée des intérêts avec des intérêts d'utilisation d'importance nationale selon le droit en vigueur ni à celle qui découle de l'acte modificateur unique. Il faut tout de même admettre que les pesées d'intérêts prévues par la législation fédérale sur la protection du paysage ne devraient plus se limiter à l'accomplissement de tâches fédérales (Message relatif à l'Initiative biodiversité, FF 2022 737, p. 16 s.). Cela n'a toutefois pas d'importance en l'espèce, car dans les faits, tous les projets d'utilisation des énergies renouvelables sont planifiés ou autorisés en exécution d'au moins une tâche fédérale (p. ex. application du droit fédéral sur la protection de la nature, autorisation de défricher).

### *3.3. Conservation intacte de l'essence de ce qui mérite d'être protégé (art. 78a, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase, nCst.)*

Selon l'art. 78a, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase, nCst. proposé, l'essence de ce qui mérite d'être protégé doit être conservée intacte. Cette disposition vise, tant dans sa lettre que dans sa systématique, l'ensemble de la disposition du nouvel art. 78a, al. 3, 1<sup>re</sup> phrase, nCst. On peut toutefois se demander si l'« essence de ce qui mérite d'être protégé » évoquée à la 2<sup>e</sup> phrase concerne également tous les objets à protéger de la Confédération et des cantons au sens de la 1<sup>re</sup> phrase ou seulement une partie d'entre eux. Les réponses à cette question varient :

Selon les **initiants**, au vu **du** rapport explicatif d'août 2021 de l'association de soutien

(p. 12), l'art. 78a, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase, nCst. vise à prévenir le risque qu'une autorité délivrant les autorisations « sacrifie les éléments de l'objet protégé dont l'existence a justement permis d'inscrire ce dernier à l'inventaire. Il est donc interdit d'autoriser une atteinte qui anéantirait quasiment un objet protégé inventorié. » Le texte constitutionnel garde sciemment le silence sur ce qu'il faut entendre par « essence » ; il faudra le déterminer au cas par cas (p. 13, également concernant ce qui suit). L'obligation de protéger l'essence garantit la « pérennité des objets de la plus haute valeur pour l'ensemble du pays, à savoir les objets à protéger d'intérêt national ». L'essence des objets protégés en raison de leur intérêt cantonal est bien protégée contre les atteintes causées par des projets d'intérêt cantonal, mais pas contre celles causées par des projets d'intérêt national prépondérant.

- Dans son **message relatif à l'initiative sur la biodiversité** (FF 2022 737, p. 17), le Conseil fédéral retient que l'art. 78a, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase, nCst. pourrait avoir pour conséquence qu'une atteinte à un objet à protéger de l'inventaire IFP « qui impliquerait de détruire des beines lacustres qui constituent l'essence de ce qui mérite d'être protégé ne pourrait d'emblée pas être envisagée pour la pesée des intérêts ». Cela impliquerait également l'impossibilité de détruire les objets « eux-mêmes » – ce qui signifie, en fait, « en entier ».
- Lors des **débats parlementaires relatifs à l'Initiative biodiversité**, le conseiller fédéral ALBERT RÖSTI a souligné que la disposition de l'art. 78a, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase, nCst. relative à la conservation intacte de l'essence de ce qui mérite d'être protégé excluait une pesée des intérêts dans « toutes les zones touchées et étendues » (BO 2023 E 585). Comme l'a déclaré le conseiller aux États BEAT RIEDER, cette norme « empêcherait toute activité économique dans ces zones réservoir » (BO 2023 E 1106). Selon la conseillère nationale SUSANNE VINCENZ-STAUFFACHER, l'obligation de conserver intacte l'essence de ce qui mérite d'être protégé constitue « une trop forte restriction, en particulier concernant les zones protégées de faible superficie » (BO 2022 N 1521).
- L'« essence de ce qui mérite d'être protégé » a déjà fait l'objet de discussions lors des **débats parlementaires relatifs à l'art. 12 LEn** (FÖHSE, Nutzungsinteressen im Energierecht, p. 608 ss, concerne également ce qui suit). Le Conseil des États avait envisagé d'ajouter à la disposition correspondant à l'actuel art. 12, al. 3 LEn « pour autant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'essence de l'objet protégé » (BO 2015 E 944 s), ce que le Conseil national (BO 2016 N 73), puis le Conseil des États (BO 2016 E 276) ont ensuite rejeté. Lors des débats, un consensus s'est toutefois dégagé sur le fait qu'il était question de l'intangibilité des paysages emblématiques (comme les chutes du Rhin, le Cervin ou les hautes Alpes bernoises) (voir à ce sujet les interventions de la conseillère fédérale DORIS LEUTHARD [BO 2015 E 945 et 2016 E 276] et des conseillers

nationaux HANS GRUNDER et BASTIEN GIROD [BO 2016 N 64 et 67] ainsi que ARNOLD MARTI, *Energiewende verstärkt Schutz-Ungleichgewicht im Natur- und Heimschutz*, ZB1 2016 p. 457 s).

Une interprétation stricte de l'art. 78a, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase, nCst., comme celle du comité de l'Initiative biodiversité, du Conseil fédéral ou de certains intervenants lors des débats parlementaires sur l'initiative, rendrait impossibles les projets d'utilisation des énergies renouvelables dans la plupart des biotopes d'importance nationale à propos desquels l'art. 12, al. 2<sup>bis</sup> nLEne prévoit une exception à l'interdiction des atteintes conformément à l'acte modificateur unique. De même, s'agissant des paysages d'importance nationale, dont la superficie est généralement supérieure à celle des biotopes d'importance nationale, ces projets ne seraient plus autorisés partout, mais a priori uniquement en dehors des secteurs qui, au sein de l'objet en question, sont principalement protégés au vu de leur valeur. En revanche, une conception prudente de l'« essence de ce qui mérite d'être protégé », comme p. ex. limiter l'intangibilité aux paysages emblématiques, n'aurait en pratique guère d'influence sur la pesée des intérêts à effectuer, car il faut dans tous les cas considérer l'intérêt de protéger ces objets comme étant très élevé.

La grande diversité de ces esquisses d'interprétation de l'art. 78a, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase nCst. permet de conclure que cette disposition – contrairement par exemple à l'art. 78, al. 5 Cst. et sa protection absolue des marais et des sites marécageux d'importance nationale (ATF 117 Ib 243, consid. 3b et la jurisprudence postérieure ; également à ce sujet le ch. 1.5 ci-dessus) – n'est pas directement applicable. Pour que ce soit le cas, cette phrase devrait définir de manière suffisamment précise ce que l'on entend par « essence de ce qui mérite d'être protégé » des biotopes d'importance nationale d'une part, et des paysages d'importance nationale, d'autre part (ATF 139 II 243 consid. 10 et 10.5 concernant l'art. 75b Cst., partiellement applicable, qui restreint la construction de résidences secondaires ; PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5<sup>e</sup> éd. Berne 2021, § 4, ch. marg. 150).

L'art. 78a, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase, nCst. laisse ainsi une grande marge de manœuvre au moment de le concrétiser au niveau législatif après une éventuelle acceptation de l'initiative sur la biodiversité (de manière générale, en ce qui concerne la concrétisation du droit constitutionnel, TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 4, ch. marg. 138 et 142 renvoyant à l'ATF 112 Ia 208, consid. 2a). Les différentes interprétations possibles de cette disposition devraient permettre d'adopter une réglementation au niveau législatif qui, d'une part, renforce la protection de la biodiversité et, d'autre part, soit conforme à l'acte modificateur unique.

Les dispositions de l'art. 9a, al. 3, let. d et al. 4, let. c, nLApEl concernant le développement de la production d'électricité en hiver, qui prévoient que l'intérêt à la réalisation de certaines

installations destinées à utiliser les énergies renouvelables prime en principe sur d'autres intérêts nationaux, sont compatibles avec l'art. 78a, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase, nCst. L'expression « en principe » laisse en effet une marge pour reconnaître exceptionnellement la prépondérance des intérêts de protection, par exemple en présence de « cumul d'intérêts de protection sur un seul site » (cf. ch. 3.2 ci-dessus), ainsi que pour conserver intacte l'essence de ce qui mérite d'être protégé, quelle que soit la formulation retenue au niveau légal.

#### *3.4. Pas de modification de la pesée des intérêts en droit de la protection des marécages et des sites marécageux (art. 78a, al. 3, 3<sup>e</sup> phrase, nCst.)*

Selon l'art. 78a, al. 3, 3<sup>e</sup> phrase, de la disposition constitutionnelle proposée, la protection des marais et des sites marécageux serait réglée par l'actuel art. 78, al. 5, Cst. Cela ne changerait donc rien au droit en vigueur ni à l'acte modificateur unique.

## **4. Conclusion**

Sur la base de ces réflexions, je parviens à la conclusion suivante :

- la pesée des intérêts en présence de projets ayant des conséquences sur l'aménagement du territoire répond, au vu du **droit en vigueur en matière de protection de la nature et du paysage** à des règles différentes en fonction des objets protégés (notamment l'art. 78 Cst., diverses dispositions de la LPN et les dispositions des ordonnances fédérales sur les biotopes relatives aux exceptions à l'objectif de protection). Ces prescriptions sont complétées par des **dispositions spéciales en ce qui concerne les projets d'utilisation des énergies renouvelables** à l'art. 12 LEne.
- L'**acte modificateur unique** modifierait ponctuellement les dispositions spéciales de l'art. 12 LEne relatives aux projets d'utilisation des énergies renouvelables. Il exempterait certains biotopes d'importance nationale (marges proglaciaires protégées depuis peu) ou certains effets sur ces biotopes (tronçon à débit résiduel d'installations hydroélectriques, p. ex. dans les zones alluviales d'importance nationale) de l'interdiction prévue à l'art. 12, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase LEne d'installer de nouvelles installations destinées à l'utilisation des énergies renouvelables. Outre certaines installations hydroélectriques et éoliennes, l'acte modificateur unique prévoit que certaines installations solaires seront également réputées d'intérêt national et qu'il sera possible, dans des cas exceptionnels, de renoncer à des mesures de remplacement en présence d'atteintes à des objets protégés d'importance nationale.
- L'**Initiative biodiversité** propose des dispositions relatives à la pesée des intérêts dans

trois passages :

Aux termes de l'*art. 78a, al. 3, 1<sup>re</sup> phrase, nCst.*, toute atteinte substantielle à un objet protégé par la Confédération doit être justifiée par un intérêt national prépondérant ; toute atteinte substantielle à un objet protégé au niveau cantonal doit être justifiée par un intérêt cantonal ou national prépondérant. Cette disposition constitue une approche uniforme de la pesée des intérêts en matière de protection de la nature et du paysage, qui ne modifie en rien la pesée des intérêts des projets d'utilisation des énergies renouvelables, que ce soit dans le droit en vigueur ou dans l'acte modificateur unique.

L'*art. 78a, al 3, 2<sup>e</sup> phrase, nCst* exige que l'essence de ce qui mérite d'être protégé soit conservée intacte. Cette disposition vise les objets protégés d'importance nationale, mais guère ceux d'importance cantonale. Le texte constitutionnel proposé n'indique pas ce que l'on entend par « essence » et ni le Message relatif à l'initiative pour la biodiversité ni les débats parlementaires ne l'ont précisé en détail. Un aperçu des débats parlementaires concernant l'*art. 12 LEne*, où une disposition relative à l'« essence de ce qui mérite d'être protégé » était en discussion, laisse au moins ouverte la possibilité de reconnaître que tous les objets protégés d'importance nationale ne sont pas forcément essentiels, mais seulement les plus précieux d'entre eux. En raison de son imprécision, la disposition de l'*art. 78a, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase nCst.* ne semble pas directement applicable et elle laisse également une grande marge de manœuvre au moment de la concrétiser au niveau législatif en cas d'acceptation de l'Initiative biodiversité.

L'*art. 78a, al. 3, 3<sup>e</sup> phrase nCst* confirme que l'*art. 78, al. 5 Cst.* est applicable à la protection des marais et des sites marécageux d'importance nationale.

- Seule la proposition de l'Initiative biodiversité relative à l'*art. 78a, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase, nCst.*, exigeant que l'essence de ce qui mérite d'être protégé soit conservée intacte, entrerait en **conflit avec les dispositions de l'acte modificateur unique** concernant la modification de l'*art. 12 LEne*. Il devrait toutefois être possible d'élaborer des dispositions législatives tout à fait acceptables, tant pour renforcer la biodiversité que pour promouvoir les installations destinées à l'utilisation des énergies renouvelables au sens de l'acte modificateur unique.

Avec mes meilleures salutations

[signature]

Peter M. Keller