



BAURECHT

DROIT DE LA CONSTRUCTION

3/2012

Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire

Pascal Pichonnaz

Mit dem Zueihänder wider Freihänder

Martin Beyeler

La révision de l'Accord OMC sur les marchés publics

Thierry Gachet

Revision des EU-Vergaberechts

Peter Rechsteiner

Constructions des éoliennes : pour des procédures efficaces

Jean-Baptiste Zufferey / Mathieu Carrel

Rechtsprechung zum öffentlichen Recht – Jurisprudence en droit public



SCHWEIZERISCHE BAURECHTSTAGUNG

29./30. Januar oder 5./6. Februar 2013

JOURNÉES SUISSES DU DROIT DE LA CONSTRUCTION

31 janvier/1er février 2013

IM PLENUM

Bauen für den Staat

Hubert Stöckli/Jean-Baptiste Zufferey

Schweizer Immobilienmarkt - wohin er tendiert

René Zahnd/Andreas Siegenthaler

UWG 8 – neues Recht gegen unfaire Verträge

Hubert Stöckli

Urteile, Themen und Thesen

Peter Hänni/Jörg Schmid/Hubert Stöckli

WAHLVORTRÄGE UND WORKSHOPS

Planlieferungsverzug – Urgrund vieler Bauablaufstörungen

Thomas Siegenthaler

Produktesicherheitsgesetz – neue Pflichten der Baubeteiligten

Walter Fellmann

Zweitwohnungen – vom Umgang mit einer sperrigen

Verfassungsnorm

Bernhard Waldmann

Verjährung bei Kauf- und Werkverträgen – neue Regeln mit Mängeln

Frédéric Krauskopf

Schneller, schneller! - Baubeschleunigung und ihre Kosten

Peter Reetz

Asbest – Baustoff mit rechtlicher Langzeitwirkung

Beat Denzler

Verdichtet bauen! – Postulat und Rechtswirklichkeiten

Rudolf Muggli

Freie Diskussion zum Vertrags- und Vergaberecht

Hubert Stöckli/Martin Beyeler/Roland Hürlimann

VORTAGUNG

Bauunfall und die Folgen – Ratschläge eines Rechtsanwalts

Anton Henninger

Bestellen Sie den Einladungsprospekt über:

www.unifr.ch/baurecht

CONFÉRENCES GÉNÉRALES

L'Etat réglemente, adjudge et construit

Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli

Construction et immobilier : bulle ? crise ?

Table ronde

Le temps qui passe en droit privé de la construction

Pascal Pichonnaz

La jurisprudence récente et les grandes nouveautés

Franz Werro/Jean-Baptiste Zufferey

CONFÉRENCES À OPTION ET ATELIERS

Territoire, démocratie et fédéralisme – les exemples de l'obligation de bâtir et de résider

Jacques Dubey

Le retard dans la livraisons des plans : une source de nombreuses perturbations

Blaise Carron/Thomas Siegenthaler

Le renchérissement des coûts de construction

Benoît Carron/Eduard Tüscher

Le dépassement du devis : où en est-on ?

Franco Pedrazzini

Les assurances dans la construction

Pierre Perritaz/Christophe Gross

Discussion libre sur le droit public et privé de la construction

Pascal Pichonnaz/Jean-Baptiste Zufferey

PRÉ-JOURNÉE

La garantie pour les défauts

Daniel Guignard

Commandez le prospectus :

www.unifr.ch/droitconstruction



Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht
Institut pour le droit suisse et international de la construction
Av. Beauregard 13, CH-1700 Fribourg Tel. 026 300 80 40, Fax 026 300



Auf einen Blick / En bref

140 DER AUFSATZ / L'ARTICLE

Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences

Pascal Pichonnaz, docteur en droit, professeur à l'Université de Fribourg

Der neue Art. 8 UWG, der am 1. Juli 2012 in Kraft trat, richtet sich gegen unfaire allgemeine Vertragsbedingungen (AGB). Er wird sich auch in der Bauwirtschaft bemerkbar machen. Pascal PICHONNAZ belegt, dass die Bestimmung im öffentlichen Interesse aufgestellt wurde und deshalb sofort auf sämtliche Verträge anwendbar ist, auch auf schon bestehende.

Le nouvel art. 8 LCD est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012. Il combat les Conditions générales contractuelles inéquitables. Il aura aussi son effet dans le domaine de la construction. Pascal PICHONNAZ montre qu'il correspond à un intérêt public et qu'il est dès lors applicable à tous les contrats immédiatement, y compris ceux qui sont déjà conclus.

Mit dem Zweihänder wider Freihänder

Ein Kommentar aus aktuellem Anlass

Martin Beyeler, PD Dr. iur. Rechtsanwalt, Bern/Zürich

Die Auftragsvergaben der Eidgenössischen Steuerverwaltung geben zu reden. Vom freihändigen Verfahren, das den Wettbewerb ausschaltet, wird aber auch anderswo eifrig Gebrauch gemacht. Martin BEYELER ruft die rechtlichen Rahmenbedingungen in Erinnerung, auf dass sie nicht dem kollektiven Vergessen anheimfallen.

Les adjudications de l'Administration fédérale des contributions sont à l'origine de cette contribution. Toutes les administrations cependant utilisent de manière intensive la procédure de gré à gré; elle a pour effet de supprimer toute concurrence. Martin BEYELER rappelle quelles sont les exigences légales; elles ne doivent pas tomber dans l'oubli collectif.

BR/DC

Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen
Revue du droit de la construction et des marchés publics

September 2012 / Septembre 2012

Herausgegeben vom Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg, im Auftrag der Stiftung für Schweizerisches Baurecht
Édité par l'Institut pour le droit suisse et international de la construction de l'Université de Fribourg, sur mandat de la Fondation pour le droit suisse de la construction

www.unifr.ch/baurecht; www.unifr.ch/droitconstruction

Erscheinungsweise: viermal jährlich / Parution: 4 fois par an

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement: CHF 79.00 / EUR 56.00.

ISSN 1017-0588

Redaktion / Rédaction: Prof. J.-B. Zufferey (jbz); Prof. H. Stöckli (hs); Prof. P. Hänni (ph); Prof. P. Pichonnaz (pp); lic. iur. A. Loosli-Buschor.

Erweiterte Redaktion / Conseil de rédaction: Prof. P. Gauch (pg); Prof. P. Tercier (pt); Prof. U. Zimmerli (uz); Prof. F. Werro (fw); Prof. J. Dubey (jd); PD Dr. M. Beyeler, Rechtsanwalt (mb).

Ständige Mitarbeiter / Collaborateurs permanents: Prof. M. Borghi (mbo); Prof. B. Carron (bc); Prof. C. Bovet (cb); Prof. M. Heinzmann (mh); Dr. A. Henninger (ah), Rechtsanwalt; Prof. B. Hürlimann-Kaup (bhk); Dr. R. Hürlimann (rh), Rechtsanwalt; Prof. J. Hurtado Pozo (jhp); P. Rechsteiner (pr), Rechtsanwalt; PD Dr. P. Reetz (pre); Prof. F. Riklin (fr); Prof. I. Romy (ir); Dr. S. Scherler (sts), Rechtsanwalt; Prof. Dr. R. Schumacher (rs), Rechtsanwalt; Prof. J. Schmid (js); Prof. P.-H. Steinauer (phs); Prof. B. Waldmann (bw).

Redaktionssekretariat / Secrétariat de rédaction: Institut für Baurecht, Universität Freiburg, Avenue Beauregard 13, 1700 Freiburg, Tel. 026 300 80 40, Fax 026 300 97 20; E-Mail: Baurecht@unifr.ch.

Abonnemente und Verlag / Abonnements et édition: Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, 8022 Zürich, Tel. 044 200 29 19, Fax 044 200 29 18, www.schulthess.com

La révision de l'Accord OMC sur les marchés publics : révolution ou évolution ?**Thierry Gachet**, avocat, Fribourg

L'Accord de l'OMC sur les marchés publics vient d'être révisé; il s'agit maintenant de le transposer en droit national. Ce fut l'un des thèmes traités lors de notre colloque «Marchés Publics 2012». Thierry GACHET présente les éléments principaux du nouvel accord. Sa conclusion: certaines nouveautés sont remarquables, mais il ne s'agit pas d'une révolution du droit des marchés publics.

Das GATT/WTO-Übereinkommen wurde revidiert; es harret jetzt seiner Umsetzung ins Landesrecht. Davon war schon an unserer Vergabetagung 12 die Rede. Thierry GACHET zeichnet nach, welche Akzente der revidierte Staatsvertrag setzt. Sein Fazit: beachtliche Neuerungen, aber keine erneute Revolution des öffentlichen Vergaberechts.

Revision des EU-Vergaberechts – Ausgangspunkt und Stossrichtung**Peter Rechsteiner**, Rechtsanwalt, Solothurn

Die EU-Kommission hat Vorschläge zur Version des EU-Vergaberechts vorgelegt. Peter RECHSTEINER zeigt, was gegenwärtig diskutiert wird. Diese Diskussionen sind bedeutsam, weil auch Schweizer Anbieter im EU-Raum anbieten. Zudem kommt, dass EU-Recht zwar für die Schweiz nicht verbindlich ist, das hiesige Vergaberecht aber doch stark inspiriert.

La Commission de l'Union européenne présente ses propositions pour une révision du droit des marchés publics. Peter RECHSTEINER examine les questions actuellement discutées. Elles sont importantes pour la Suisse, dans la mesure où nos entreprises font également des offres sur le territoire européen. En outre, si le droit européen n'est pas contraignant pour la Suisse, il nous inspire très fortement.

Grandes installations de production d'énergie renouvelable (éoliennes): Propositions pour accroître l'efficacité des procédures de construction

Grossanlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien (Windparks): Vorschläge zur Effizienzsteigerung im Bauverfahren

Jean-Baptiste Zufferey, docteur en droit, professeur à l'Université de Fribourg**Mathieu Carrel**, Master of Law Fribourg/Paris II, Assistant à l'Université de Fribourg/EPFL**Öffentliches Recht / Droit public****Hänni / Zufferey**

Les deux arrêts phares portent sur les questions suivantes: la réglementation communale peut-elle établir un ordre de priorité entre les zones dans lesquelles il est possible d'installer des antennes de téléphonie mobile? (N° 219). Comment le Conseil fédéral doit-il déterminer le périmètre d'un site marécageux et quelles sont les installations qui peuvent y être réalisées? (N° 220). Parmi les nombreux «autres arrêts» que notre Revue répertorie cette fois-ci (y compris les arrêts non publiés du Tribunal fédéral en français), il faut signaler une fois de plus toutes les décisions relatives aux volumétries et coefficients (N° 311 ss), avec une note sur la décision incitative ainsi que le développement progressif de la pratique en matière de protection contre les dangers naturels (N° 363: crues).

Im ersten der beiden Urteile (Nr. 219), die wir eingehender besprechen, befasst sich das Bundesgericht erstmals mit dem Kaskadenmodell, bzw. mit der Frage, inwieweit kommunale Baureglemente für Mobilfunkanlagen eine Prioritätenordnung für einzelne Zonen regeln dürfen. Im zweiten Entscheid (Nr. 220) hat das Bundesgericht bei der akzessorischen Überprüfung eines durch den Bundesrat festgelegten Perimeters der Moorlandschaft von nationaler Bedeutung erkannt, dass dieser nicht den verfassungs- und gesetzesrechtlichen Vorgaben entspricht, weshalb es den Perimeter erweitert hat. Unter den zahlreichen «Weiteren Entscheiden» in diesem Heft (nun auch nicht für die amtliche Publikation vorgesehene französischsprachige Entscheide) finden sich einmal mehr Besprechungen zum Thema Baumassen- und Ausnutzungsziffern (Nr. 311 ff.) mit Ausführungen zum Appellentscheid sowie zur Praxisentwicklung im Bereich Schutz vor Naturgefahren (Nr. 363: Hochwasser).

Grandes installations de production d'énergie renouvelable (éoliennes) : Propositions pour accroître l'efficacité des procédures de construction

Grossanlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien (Windpark): Vorschläge zur Effizienzsteigerung im Bauverfahren

Jean-Baptiste Zufferey, Professeur à l'Université de Fribourg, Président de l'Institut

Mathieu Carrel, Master of Law Fribourg/Paris II, Assistant à l'Université de Fribourg/EPFL

I. Introduction

Le présent article expose le résultat de notre étude sur les mesures qui pourraient être mises en place afin d'améliorer la rapidité et l'efficacité des procédures administratives à suivre pour la réalisation des installations de production d'énergie renouvelable. Cette étude résulte d'un mandat de recherche qui nous a été confié par des entreprises privées actives dans le secteur. Il s'inscrit dans le contexte des travaux qui président à l'élaboration du rapport du Conseil fédéral «Stratégie énergétique 2050». Les propositions qui suivent sont exclusivement juridiques, à l'exclusion des mesures administratives qui pourraient aussi être prises (coordination entre les autorités; centre de compétence; politique d'information). Il est relativement difficile d'établir un ordre de priorité entre toutes les mesures proposées, à plus forte raison si l'on essaie d'évaluer le temps qui serait nécessaire à leur mise en place; nous avons néanmoins tenté un classement, tout en étant conscients que ces diverses mesures seraient efficaces surtout en étant introduites simultanément et en déployant leurs effets conjointement.

Verwaltungsverfahren in Zusammenhang mit der Errichtung von Anlagen zur Gewinnung von erneuerbaren Energien sind langwierig und kompliziert. Im Auftrag von Privatunternehmen, die in diesem Bereich tätig sind, untersuchten wir geeignete Massnahmen, um Verwaltungsverfahren in diesem Zusammenhang rascher und effizienter zu gestalten. Der Forschungsauftrag erfolgte im Rahmen der Arbeiten, die dem Bericht des Bundesrates «Energiesstrategie 2050» vorangegangen sind. Der vorliegende Artikel präsentiert die Ergebnisse unserer Studie. Die darin enthaltenen Vorschläge sind rein juristischer Natur, vorbehaltlich allfälliger Verwaltungsmassnahmen (wie z.B. Koordination zwischen den Behörden; zwischen Kompetenzzentren; Informationspolitik). Eine Prioritätenordnung unter den vorgeschlagenen Massnahmen festzulegen, ist schwierig, geschweige denn die Zeit abzuschätzen, die es braucht, um sie umzusetzen. Dennoch haben wir versucht, eine Klassifizierung vorzunehmen, im Bewusstsein allerdings, dass diese verschiedenen Massnahmen wirksamer sind, wenn sie gleichzeitig eingeführt werden und ihre Auswirkungen gemeinsam entfalten können.

II. La Législation matérielle (*Materielles Recht*)

A De lege lata

Les suggestions qui suivent sont des propositions qui peuvent en principe être mises en œuvre déjà sur la base des législations en vigueur (de lege lata). Elles pourraient être rassemblées et explicitées dans un guide à l'intention des collectivités cantonales et communales :

1. Planification directrice (*Richtplanung*)

- a) (*Die Gemeinden sollten verpflichtet werden, den Richtplan rasch in Kraft zu setzen*), Exprimer dans le plan directeur l'obligation pour les communes de le mettre en œuvre rapidement afin de favoriser la réalisation des projets en attente (art. 21 al. 2 LAT). Les cantons peuvent prendre des mesures en cas de refus, déjà sur la base de la législation cantonale actuelle (refus de toute autre modification du plan communal, notamment pour créer une nouvelle zone à bâtir; plan d'affectation de niveau cantonal).
- b) (*Die Kantone sollten sich darauf beschränken, Quoten festzulegen [Anzahl der Anlagen, zu produzierende Energiemenge]*). L'expérience (en Suisse comme dans tous les pays) enseigne que le «taux de mortalité» des projets de parcs éoliens est très élevé, en raison de causes à chaque fois diverses (politiques, techniques, économiques). Les cantons devraient dès lors se contenter de fixer des quotas (nombre d'installations, quantité d'énergie à produire). Éventuellement les attribuer à certaines régions, laisse les promoteurs présenter eux-mêmes leurs projets et les traiter dans l'ordre de leur dépôt. Cette manière de faire ne serait pas nouvelle; elle a par exemple été pratiquée dans les années 90 par les cantons touristiques lorsqu'il s'est agi de gérer les multiples projets de parcours de golf.

2. Planification de l'affectation (*Nutzungsplanung*)

Une démarche de planification est incontournable pour tous les projets d'envergure, en particulier les parcs éoliens. Cette procédure est lourde. Les législations cantonales connaissent pourtant presque toujours les institutions juridiques suivantes :

- a) (*Der interkommunale oder regionale Zonenplan*). Le plan de zones intercommunal ou régional.
- b) (*Der Sondernutzungsplan*). Le plan d'affectation spécial (dont la terminologie varie souvent), qui présente un triple

avantage : il permet de déroger au plan d'affectation général en vigueur, sans que la procédure de modification de ce dernier ne soit nécessaire ; il peut être proposé par le promoteur de l'installation en lieu et place de la collectivité ; il est en général adopté par l'organe exécutif communal et non pas par l'organe législatif.

- c) (*Der kantonale Nutzungsplan*). Le plan d'affectation cantonal qui peut être utilisé lorsqu'une commune – en principe après une mise en demeure formelle (avec un délai d'exécution) – n'établit pas le plan d'affectation dont la loi lui impose l'adoption. Un tel plan peut aussi être utilisé lorsqu'il s'agit de réaliser une installation qui intéresse l'ensemble du canton ou une partie importante de ce dernier, mais qu'aucune commune ne souhaite accueillir. En lien avec les installations éoliennes, certains cantons ont déjà eu recours au plan d'affectation cantonal, et cela à la demande même des communes (ainsi pour Neuchâtel).
- d) (*Die zuständigen Behörden sollten beim Erlass von Plänen darauf achten, dass darin nicht Klauseln von solcher Genauigkeit und Detailliertheit enthalten sind, dass sie eine technische Weiterentwicklung der Anlagen in der Zwischenzeit verhindern*). Comme les procédures administratives nécessaires à la planification d'affectation sont par définition longues, les autorités devraient veiller à ne pas faire figurer dans les règlements des plans des clauses si précises et détaillées qu'elles empêchent l'évolution technique des projets d'installations dans l'intervalle. Cette évolution est actuellement très rapide et les améliorations profitent non seulement à leur promoteur mais aussi aux voisins ainsi qu'aux collectivités concernées.

3. Instaurer systématiquement des zones réservées (*Planungszonen*)

Dans les secteurs où les projets d'installations sont pressentis. Cette mesure présenterait les avantages suivants : (1) elle empêcherait toute construction qui pourrait faire obstacle aux futures installations (art. 27 LAT). Dans le même sens, certains cantons connaissent le système de l'effet anticipé négatif du plan de zones dès qu'il entre en révision. (2) Le règlement d'une zone réservée peut déjà affecter les surfaces nécessaires aux futures installations (comme cela se pratique par exemple pour l'élargissement des routes). (3) Le règlement d'une zone réservée permet d'intégrer encore certaines autres clauses comme un droit de préemption ou d'expropriation en faveur de la commune, aux fins de réaliser un projet d'intérêt public. Ce serait sans doute le cas pour une installation de production d'énergie renouvelable.

4. Adopter un plan sectoriel des quantités d'énergie renouvelables (*Sachplan über die kantonale Produktion erneuerbarer Energien*)

Il déterminerait les quantités que chaque canton devrait produire ; il appartiendrait ensuite toujours aux cantons de fixer les sites de production potentiels et aux communes de déci-

der si elles entendent ou non faire partie du processus de développement.

B De lege ferenda

1. Propositions de modification ponctuelles de la législation fédérale (*Vorschläge zur punktuellen Änderung der Bundesgesetzgebung*)

Dans l'élaboration des mesures qui suivent, notre souci a été de ne pas réduire la protection juridique des voisins ou le droit de recours des organisations de protection de l'environnement et de la nature :

- a) (*Zonenkonformität in der Landwirtschaftszone*). Déclarer légalement les installations de production d'énergie renouvelables comme conformes à la zone agricole. Il s'agirait de compléter dans ce sens l'art. 16a LAT, par un nouvel alinéa spécifique à ces installations ; cela a déjà été fait pour les installations agricoles du développement interne (al. 2) ou de production d'énergie à partir de la biomasse (al. 1bis). Il ne serait guère utile d'édicter une disposition qui déclarerait les installations conformes à la zone à bâtir, comme le fait par exemple le droit autrichien. En Suisse en effet, il n'y a guère de potentiel pour les parcs d'éoliennes dans les secteurs industriels ou bâtis en général.
- b) (*Punktueller Auflockerung der Waldschutzbestimmungen in der Bundesgesetzgebung*). Assouplir ponctuellement le régime de protection de la forêt dans la législation fédérale. Ces assouplissements pourraient être les trois suivants : (1) Ne plus avoir d'obligation de compenser (physiquement ou financièrement) les défrichements lorsqu'ils sont nécessaires à la réalisation d'installations de production d'énergie renouvelables. Suite à l'adoption de motions parlementaires, une modification de la législation fédérale est en cours dans ce sens (art. 7 et 8 LFo ; délai référendaire au 5 juillet 2012). (2) Déclarer que les installations de production d'énergie renouvelable en forêt remplissent les conditions de l'autorisation de défricher parce que leur implantation est imposée par leur destination (art. 5 LFo). (3) Considérer que les installations en forêt sont conformes à l'affectation du sol forestier, avec comme conséquence qu'une autorisation de défricher ne serait plus nécessaire.
- c) (*Erarbeitung einer oder mehrerer Verordnungen auf Bundesebene zu Umweltaspekten von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien*). Elaborer au niveau fédéral une (ou des) ordonnance(s) sur les aspects environnementaux des installations de production d'énergie renouvelable. Cette/ces législation(s) codifierai(en)t l'évaluation des nuisances et fixerai(en)t ainsi de manière uniforme les seuils à respecter dans toute la Suisse (bruit, infrasons, ombres, sécurité, impact sur les télécommunications). Elle(s) aurai(en)t un effet sur la procédure, en déterminant indirectement le périmètre des voisins habilités à recourir. Ces ordonnances auraient aussi un impact sur les tribu-

naux civils dans les conflits de voisinage puisque désormais le Tribunal fédéral admet qu'il doit y avoir cohérence entre l'ordre juridique de droit privé et celui de droit public.

2. Une législation intercantonale comme alternative à la législation fédérale (*Eine interkantonale Gesetzgebung als Alternative zur Bundesgesetzgebung*)

(*Eine interkantonale Behörde könnte die technischen Normen für Windkraftanlagen genehmigen, um so deren Errichtung in der Schweiz zu vereinfachen (und auf diese Art ein «Swiss Finish» bei der Herstellung zu vermeiden*). Comme alternative à une législation fédérale, l'unification des exigences pour tout le territoire suisse pourrait se faire au travers d'une législation intercantonale. Ce mode de réglementation s'est beaucoup développé ces dernières années, y compris dans le domaine des constructions et installations. A cet effet, il faut signaler qu'il existe d'ores et déjà un accord intercantonal du 23 octobre 1998 sur l'élimination des entraves techniques au commerce (AIETC). Cet accord crée des règles de droit à effet direct (pouvoir de l'Autorité intercantonale et force obligatoire pour les cantons des règles qu'elle adopte). En vertu de l'art. 6 al. 1 AIETC, l'Autorité intercantonale peut adopter non seulement des prescriptions pour les produits de construction, mais aussi des prescriptions qui configurent l'art de bâtir en général, comme les normes de prévention des incendies par exemple. L'idée serait ainsi de faire «homologuer» par l'Autorité intercantonale les normes techniques disponibles pour les éoliennes afin de faciliter leur implantation en Suisse (et éviter ainsi tout «Swiss Finish» dans leur fabrication). Ces normes existent; elles sont édictées par une organisation établie: l'International Electrotechnical Committee (IEC), dont la section suisse (Electrosuisse) est affiliée à l'Association suisse de normalisation. Cette mesure pourrait déboucher sur un allègement de la procédure, au travers d'une délégation de compétence aux associations professionnelles (ci-après ch. IV).

3. Propositions de modification importantes de la législation fédérale (*Wichtige Änderungsvorschläge zur Bundesgesetzgebung*)

Les propositions qui suivent ne seront possibles que moyennant une révision en profondeur de l'ordre juridique suisse qui prévaut dans le domaine de la construction au sens large, y compris le cas échéant une révision de la Constitution fédérale. Deux mesures sont proposées ici afin de dynamiser la réalisation des installations; elles pourraient être tout à fait combinées:

- a) (*Eine Produktionszone erneuerbarer Energien auf Bundesebene*). Officialisation d'une véritable zone de production d'énergie renouvelable au niveau fédéral (zone au sens technique, telle que celles instaurées par les art. 15 ss LAT); le droit allemand connaît un système quelque peu similaire avec ses zones prioritaires, mais il serait appli-

qué ici avant dans les secteurs agricoles ou sans affectation. Cette zone aurait aussi un impact bénéfique sur la procédure: (1) Les installations envisagées seraient conformes à la zone (une fois adoptée) et pourraient ainsi bénéficier d'une autorisation ordinaire au sens de l'art. 22 LAT; celle-ci n'aurait plus guère que des problèmes techniques à examiner. (2) Le promoteur des installations aurait par principe un droit de les réaliser et les oppositions à la procédure d'autorisation de construire seraient limitées.

- b) (*Übertragung der Bewilligungskompetenzen auf Bundesebene*). Transfert des compétences d'autorisation au niveau fédéral: cette solution aurait pour effet de garantir le traitement uniforme de tous les projets sur le territoire suisse et la concentration des procédures au sein de l'administration fédérale; les autorités cantonales et communales conserveraient un droit d'être entendues, comme c'est le cas déjà en vertu de la législation fédérale actuelle par exemple pour les installations militaires, portuaires, ferroviaires ou de l'aviation civile. L'argument de politique juridique à l'appui de cette mesure législative serait que désormais la production d'énergie renouvelable revêt un intérêt national. Une extension de la base constitutionnelle en matière d'énergie (art. 89 Cst.: politique énergétique) serait sans doute nécessaire pour une telle mesure, car en l'état elle n'a pas pour la Confédération une portée habilitante globale. Du point de vue administratif, une telle autorisation fédérale pourrait prendre place dans le contexte des procédures de planification et d'autorisation, à l'instar de ce que le législateur a mis en place par exemple pour les installations ferroviaires ou les installations électriques à courant fort (procédure d'approbation des plans). Par contre, un système de concession ne serait pas nécessaire; d'ailleurs jusqu'ici la jurisprudence a refusé l'idée que l'exploitation du vent ou du soleil pourraient faire l'objet d'une concession, à l'instar de ce qui vaut dans les pays qui nous entourent. Les éventuelles expropriations formelles (très souvent temporaires) nécessaires à la réalisation des installations (pour les conduites, les accès, le dépôt des matériaux) pourraient cependant être coordonnées avec l'approbation des plans (procédure combinée comme en matière de chemins de fer ou d'installations électriques à courant fort sur la base des art. 16a ss LIE).

III. La procédure (Das Verfahren)

Les procédures sont en principe cantonales et exigent donc des interventions en droit cantonal; cependant, le législateur fédéral pourrait donner une impulsion soit en habilitant les cantons à prendre les mesures suivantes, soit même en les y contraignant:

- a) (*Verknüpfung von Raumplanungs- und Baubewilligungsverfahren*). Combiner les procédures de planification du territoire et d'autorisation de construire. Cette façon de procéder est déjà régulièrement pratiquée dans

certaines cantons pour les grands projets, lorsque les deux procédures sont menées en parallèle; ou alors, la procédure de planification du territoire (plan général de la zone ou plan spécial) est combinée avec une procédure d'autorisation générale (d'implantation), qui ne laisse ensuite subsister que le besoin d'une autorisation de construire portant sur les aspects techniques de l'installation. L'autorisation d'exploiter reste en outre nécessaire à l'issue de la construction. Ces procédures fusionnées ou combinées ne réduisent pas les droits d'opposition et de recours, mais permettent aux promoteurs du projet d'avancer avec son développement en obtenant des garanties administratives progressives. En outre, elles rationalisent les démarches administratives en n'imposant qu'une seule étude d'impact sur l'environnement et une seule mise à l'enquête publique pour tous les aspects importants d'un projet.

- b) (*Frühzeitige Stellungnahme des ESTI [Eidgenössisches Starkstrominspektorat] zu Fragen des Netzanschlusses der Anlagen*). Dans cette même perspective, le législateur devrait imposer à l'ESTI (Inspectorat fédéral des installations à courant fort) de se prononcer suffisamment tôt sur les questions de raccordement des installations au réseau. Actuellement, on constate un manque de coordination formelle car cette autorité fédérale n'intervient qu'une fois les projets très avancés; il en résulte une prolongation du temps nécessaire à toutes les procédures administratives et une incertitude jusqu'au bout pour les promoteurs des installations. En l'Etat, la législation fédérale sur l'énergie n'exprime pas cette exigence de coordination, même lorsqu'elle se préoccupe des installations (LIE). Il faut donc recommander au législateur fédéral d'introduire dans sa réglementation une disposition spécifique à la coordination des procédures cantonales et fédérales nécessaires à la réalisation des grandes installations.
- c) (*Die Kantone sollten verpflichtet werden, für die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von erneuerbaren Energien eine ausschliesslich kantonale Bewilligungspflicht einzuführen*). Imposer aux cantons l'obligation d'instaurer pour les installations de production d'énergie renouvelable un régime d'autorisation cantonale exclusive (et non plus communale), et cela quelle que soit la zone d'affectation touchée. Cette mesure permettrait de concentrer les compétences des autorités en matière de construction, de politique énergétique et de développement économique. Un tel transfert au canton des compétences communales devrait figurer dans une loi au sens formel et ne pourrait pas simplement figurer dans le règlement de chaque zone concernée. Concrètement, l'art. 25 LAT devrait être complété avec une formulation très similaire à celle qui existe déjà pour les autorisations de construire non conformes à la zone agricole (al. 2), ce qui aurait pour conséquence que chaque canton devrait adapter sa loi sur l'aménagement du territoire et la police des constructions.
- d) Pour la réalisation des grandes installations de production d'énergie renouvelable (telles que les parcs éoliens), il ne

sera pas possible d'instaurer une procédure d'autorisation simplifiée (sans mise à l'enquête publique) ou même une dispense d'autorisation comme le législateur fédéral est en train de l'édicter pour les dispositifs individuels tels que les panneaux solaires ou les pompes à chaleur (nouvel art. 18a LAT adopté par le Parlement en mars 2012). Il ne serait pas non plus possible d'instaurer un système de permis de construire automatique après l'écoulement d'un temps limité depuis le dépôt de la requête de permis, comme c'est le cas dans certains autres pays tels que la France. Par contre, divers assouplissements pourraient être introduits dans le cadre des procédures actuelles que les projets d'installations productrices d'énergie renouvelable doivent respecter. Ces aménagements faciliteraient la réalisation des projets, confrontés actuellement à des obstacles ponctuels, dont la portée concrète est plus importante que ce qu'il n'y paraît:

1. (*Terminierung der kantonalen und kommunalen Planungs- und Bewilligungsentscheidungen*). Imposer des délais aux autorités cantonales et communales pour rendre leurs décisions de planification et d'autorisation. Depuis l'an 2000, l'art. 25 al. 1bis exige des cantons qu'ils fixent eux-mêmes ces délais. Cette exigence n'a pour l'heure guère eu d'effet, notamment parce qu'elle n'est pas assortie de conséquences juridiques.
2. (*Die Behörden sollten verpflichtet werden, jeweils bei Verfahrensbeginn, Auskunft über die Verfahrenslänge zu geben und ein elektronisches System aufzuschalten, anhand dessen Trägerschaften den Stand ihres Projekts verfolgen können*). Imposer aux autorités d'annoncer au début de la procédure – de manière standardisée – le temps qu'elle durera probablement et mettre en place un système électronique qui permette aux promoteurs de suivre l'avancement de leur dossier. Un des problèmes actuels pour eux est qu'ils sont quasiment dans l'impossibilité de planifier sérieusement la réalisation de leurs projets car ils ne savent jamais le temps que les procédures nécessaires pourront prendre.
3. (*Möglichkeit für Trägerschaften von Anlagen, Verfahrensvereinbarungen mit den Behörden durchzubringen*). Institutionnaliser la possibilité pour les promoteurs des installations de passer des conventions de procédure avec les autorités, afin de déterminer la façon dont leurs projets seront examinés et finalement sanctionnés.
4. (*Verlängerung der Geltungsdauer von gewährten Bewilligungen*). Allonger la durée de validité des autorisations accordées. L'expérience en matière de parcs éoliens enseigne en effet que les questions techniques, économiques et juridiques à régler avant la construction d'une installation sont multiples (par exemple les contrats à passer avec les propriétaires des terrains), de sorte qu'il n'est parfois pas possible de démarrer les travaux dans le délai que prévoient certaines législations cantonales (six mois ou une année). Un délai de trois ans serait judicieux. Il devrait être imposé aux cantons par une modification de l'art. 22 LAT.

5. (*Lockerung der Anforderungen an Windparkschliessungen*). Assouplir les exigences en matière d'équipement pour les parcs éoliens (routes de desserte); en effet, les nécessités à cet égard sont souvent provisoires parce que limitées à la période de mise en place des installations. Une modification de l'art. 19 LAT permettrait d'accorder à leurs promoteurs une dispense correspondante.

IV. Les autorités (*Die Behörden*)

Les deux propositions qui suivent imposent aussi des modifications législatives, mais uniquement ponctuelles; elles devraient être introduites par le législateur fédéral. Elles concernent tant la première instance que les instances de recours:

- a) (*Delegation der Definition von technischen Anforderungsbestimmungen für Anlagen an Berufsverbände*). Déléguer aux associations professionnelles la codification des exigences techniques applicables aux installations. Cette solution se pratique fréquemment en droit de la construction: les législations cantonales renvoient expressément aux normes par exemple de la SIA ou de la VSS, aux recommandations de Carbur ou encore aux fiches techniques de centres de compétence comme le Centre suisse pour la construction adaptée aux handicapés; les législations pratiquent le renvoi même vers des normes étrangères, comme les normes allemandes (DIN) ou autrichiennes (ÖN) sur les trépidations et les bruits solidiens. Une telle solution a déjà été proposée plus haut afin d'uniformiser le droit matériel des exigences techniques pour les installations éoliennes: renvoi aux normes de l'International Electrotechnical Committee (IEC; ci-dessus ch. II.3). Sous l'angle de la procédure ici, il serait ensuite possible de confier à des mandataires experts privés la tâche de contrôler la conformité des installations à ces normes techniques. Les autorités administratives pourraient ainsi intégrer le résultat de ces vérifications dans leurs planifications et autorisations et les procédures étatiques s'en trouveraient allégées d'autant; d'autres domaines juridiques comme celui des sociétés, de la finance, des assurances ou des denrées alimentaires pratiquent couramment ce régime de délégation des tâches publiques de surveillance à des personnes ou entités privées.
- b) Pour les autorités de recours, les limiter au minimum de ce qui est requis par la législation fédérale et les standards internationaux (art. 6 CEDH par I en particulier).

Concrètement, il s'agirait de modifier les art. 25 ss LAT sur les points suivants:

1. (*Beschwerdemöglichkeit an eine einzige kantonale Instanz*). Limiter le recours à une seule instance cantonale; l'art. 33 lit. a LAT actuel n'interdit pas aux cantons d'avoir deux instances de recours, ce que certains cantons pratiquent (Conseil d'Etat puis Tribunal administratif cantonal). Comme la dernière instance cantonale doit désormais impérativement être un tribunal (art. 191b Cst.), une seconde instance cantonale n'est pas nécessaire.
2. (*Beschwerdelegitimation ausschliesslich für Nachbarn und Organisationen, die in erster Instanz Einsprache erhoben haben*). Réserver la qualité pour recourir aux seuls voisins et organisations qui ont fait opposition en première instance, dans la procédure de planification respectivement de permis de construire. Cette exigence n'existe pas encore dans toutes les législations cantonales.
3. (*Unzulässigkeit der ordentlichen Beschwerde ans Bundesgericht [Art. 83 BGG] und ausschliessliche Zulässigkeit der subsidiären Verfassungsbeschwerde [Art. 113 BGG]*). Déclarer irrecevable le recours ordinaire au Tribunal fédéral (art. 83 LTF) et ne laisser subsister que le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 LTF), avec pour conséquence que la qualité pour recourir et les motifs de recours seraient plus restreints. A partir du moment où pour chaque projet concret, un tribunal de dernière instance cantonale en examine tous les aspects avec un plein pouvoir de cognition, il n'est pas nécessaire que le Tribunal fédéral procède à un deuxième contrôle complet. Le régime proposé était d'ailleurs celui qui prévalait depuis l'entrée en vigueur de la LAT (1970 jusqu'à la mise en oeuvre de la LTF (2007): pour toutes les planifications, dans la zone à bâtir pour toutes les autorisations et dans la zone agricole pour les autorisations ordinaires, seul le recours de droit public était recevable (recours extraordinaire pour violation des droits constitutionnels).

(*Fristen im Beschwerdeverfahren werden sich erfahrungsgemäss nicht ändern*). Par contre, il serait illusoire de vouloir réduire les délais de ces procédures de recours: toutes les tentatives législatives pour imposer des délais de traitement des dossiers aux tribunaux ont toujours échouées politiquement; un délai de 10 jours au lieu de 30 pour recourir – solution que le législateur pratique dans les affaires urgentes comme en matière de marchés publics – n'amènerait pas un véritable gain d'efficacité des procédures.