

Mathieu Simona

Les conséquences de la Loi sur l'énergie du 30 septembre 2016 pour les cantons

Le Parlement a adopté, le 30 septembre 2016, la nouvelle Loi fédérale sur l'énergie (LEne). Cette loi a pour but de favoriser le développement des énergies renouvelables. L'entrée en vigueur de cette loi entraînera un certain nombre de conséquences pour les cantons et les communes, notamment du point de vue de l'aménagement du territoire et des procédures d'autorisation de construire.

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Droit de l'énergie et de l'environnement

Proposition de citation : Mathieu Simona, Les conséquences de la Loi sur l'énergie du 30 septembre 2016 pour les cantons, in : Jusletter 19 décembre 2016

Table des matières

1. Introduction
2. La construction d'installations de production d'électricité
 - 2.1. Les procédures d'autorisation de construire
 - 2.2. La place des énergies renouvelables dans les plans directeurs cantonaux
 - 2.3. La reconnaissance d'un intérêt national dans des cas non-prévus par la loi
 - 2.4. Expropriation
 - 2.5. Procédure de concession (forces hydrauliques)
3. Economies d'énergie dans les bâtiments
 - 3.1. La législation cantonale applicable en matière d'utilisation efficace de l'énergie
 - 3.2. Les conséquences sur le plan fiscal
4. Conventions d'objectifs
5. Mesures d'encouragement
6. L'approvisionnement énergétique

1. Introduction

[Rz 1] L'Assemblée fédérale a adopté le 30 septembre 2016 la nouvelle loi fédérale sur l'énergie (LEne), concrétisant ainsi le premier paquet de mesures de la Stratégie Energétique 2050 de la Confédération. Cette loi devrait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2018. La LEne introduit une série de nouvelles mesures afin d'atteindre les buts fixés par la loi. La LEne énumère trois buts distincts : garantir une fourniture et une distribution de l'énergie qui soit économique et respectueuse de l'environnement ; garantir une utilisation économe de l'énergie ; et permettre le passage à un approvisionnement en énergie basé sur un recours accru aux énergies renouvelables (art. 1 al. 2 LEne).

[Rz 2] La LEne a pour premier fondement l'art. 89 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.), qui réserve à la Confédération la compétence de légiférer sur les principes applicables à l'utilisation des énergies indigènes et des énergies renouvelables, la consommation économe et rationnelle de l'énergie, et la consommation d'énergie des installations, des véhicules et des appareils. Mais cette loi repose également sur les art. 64, 74 à 76 et 91 Cst., qui attribuent à la Confédération des compétences dans le domaine de la recherche, de la protection de l'environnement, de l'aménagement du territoire, des eaux et du transport d'énergie.

[Rz 3] Les organismes fédéraux, en particulier l'OFEN, jouent un rôle majeur dans l'application de la loi. Ce sont toutefois bien les cantons qui détiennent la plupart des clés qui permettront d'atteindre les objectifs de la Stratégie Energétique 2050. Au final, le déploiement des énergies renouvelables est intimement lié au territoire. Et le territoire est l'affaire des cantons. C'est donc tout naturellement que la LEne charge les cantons de l'exécution d'une partie importante des dispositions de la loi.

[Rz 4] La présente contribution a pour but de présenter brièvement l'implication que l'adoption de la LEne a pour les cantons et les mesures qui devront être prises par ceux-ci d'ici à l'entrée en vigueur de la loi.

2. La construction d'installations de production d'électricité

2.1. Les procédures d'autorisation de construire

[Rz 5] La LENE élève au rang d'intérêt national l'utilisation des énergies renouvelables ainsi que leur développement (art. 12 LENE). L'objectif visé est d'améliorer, dans les procédures d'autorisation de construire, la position des projets de construction d'installations destinées à utiliser des énergies renouvelables. Trop souvent, la protection d'autres intérêts nationaux bloquait le déploiement des énergies renouvelables. On pense en particulier à la protection du paysage. Il n'est évidemment pas question que le déploiement des énergies renouvelables prenne désormais systématiquement le pas sur ces autres intérêts nationaux. Leur poids dans la pesée d'intérêt sera simplement plus fort qu'auparavant.

[Rz 6] Les autorisations de construire devraient ainsi être plus faciles à obtenir.

[Rz 7] Et tout aussi important, elles devront être délivrées rapidement.

[Rz 8] Les cantons doivent en effet instaurer des procédures d'autorisations rapides pour la construction, l'agrandissement et la rénovation d'installations destinées à l'utilisation d'énergies renouvelables (art. 14 al. 1^{er} LENE).

[Rz 9] Cette obligation concerne toutes les énergies renouvelables, sans discrimination. La LENE ne définissant pas ce terme, il faut en l'état se référer à l'art. 1 lit. f Ordonnance sur l'énergie (OENE)¹. La définition est assez large, puisqu'elle inclut la force hydraulique, l'énergie solaire, la géothermie, la chaleur ambiante, l'énergie éolienne ainsi que l'énergie provenant de la biomasse et des déchets de la biomasse (ce qui inclut le biogaz). Les installations de production d'électricité sont en premier lieu concernées, mais pas seulement. Les procédures d'autorisation rapides devront également s'appliquer aux projets touchant d'autres formes d'énergies, par exemple les réseaux thermiques lorsque la chaleur et le froid produits sont d'origine renouvelable. Ce qui devrait a priori toucher tous les projets de réseaux thermiques, dans la mesure où on ne conçoit guère aujourd'hui d'alimenter des réseaux thermiques aux énergies fossiles.

[Rz 10] La loi ne précise pas si les installations bénéficiant de la procédure rapide doivent fonctionner exclusivement aux énergies renouvelables. Nous pensons par exemple aux pompes à chaleurs alimentées partiellement aux énergies fossiles ou aux réseaux de chaleur à distance nécessitant un appoint thermique d'origine non-renouvelable (chaudières alimentées au mazout ou au gaz naturel). Rien dans les travaux préparatoires n'indique que le législateur souhaitait réserver cette procédure accélérée aux seules installations fonctionnant exclusivement aux énergies renouvelables. Vu le but clairement exprimé de promouvoir les énergies renouvelables, nous sommes d'avis que l'art. 14 al. 1^{er} LENE s'applique à tous les projets intégrant l'utilisation d'énergies renouvelables, même si les installations sont partiellement alimentées aux énergies fossiles. Ailleurs dans la loi, lorsque le législateur a souhaité limiter certains droits aux installations fonctionnant exclusivement aux énergies renouvelables, le législateur a jugé nécessaire de le préciser (art. 19 al. 4 lit. e LENE). Il semble donc que l'art. 14 al. 1^{er} LENE contienne un silence qualifié. Cela signifie-t-il que tous les projets faisant appel, même de manière lointaine, aux énergies renouvelables devront être traités rapidement? Non. La composante renouvelable du projet doit selon nous rester prépondérante, ce qui irait sinon à l'encontre de l'esprit de la loi.

¹ Le Conseil fédéral devrait adopter courant 2017 la nouvelle ordonnance sur l'énergie.

[Rz 11] Reste à déterminer ce que signifie cette obligation de prévoir des procédures d'autorisation rapides. La première question qui se pose concerne son champ d'application. Cette obligation s'applique-t-elle uniquement à l'autorité administrative qui est chargée de délivrer l'autorisation de construire ? Ou bien se poursuit-elle avec les juridictions administratives qui pourraient être saisies d'un éventuel recours ? Doit-on même conclure de cette disposition que les cantons peuvent ne prévoir qu'un seul degré de juridiction (au lieu de deux, comme c'est souvent le cas) ?

[Rz 12] L'art. 14 al. 1^{er} LEné n'a été que très peu débattu devant les Chambres. La notion de « procédures d'autorisation rapides » a été reprise du projet du Conseil fédéral. Le commentaire par article du Conseil fédéral n'indique pas si cette disposition s'applique également aux juridictions administratives cantonales². Ailleurs dans son message, le Conseil fédéral rappelait par contre que les procédures d'autorisation devaient être simplifiées au motif que nombre d'installations qui avaient reçu une décision positive (au sens du financement RPC) à la date de rédaction du message étaient bloquées soit en cours de la procédure d'autorisation, soit en raison d'oppositions³. C'est là une claire indication que le principe de célérité doit s'appliquer à la phase contentieuse également. L'art. 14 al. 1^{er} LEné serait d'ailleurs vidé d'une partie importante de sa substance si l'obligation de célérité ne s'appliquait pas aux juridictions de recours.

[Rz 13] Il faut donc partir du principe que la procédure rapide devra être observée par les autorités administratives chargées d'accorder les autorisations de construire, ainsi que par les tribunaux compétents pour trancher les recours contre ces autorisations.

[Rz 14] Concrètement, cela signifie que les cantons et les communes devront :

1. modifier les lois sur la construction applicables de sorte à insérer une procédure ad hoc rapide pour les installations destinées à l'utilisation des énergies renouvelables ; et
2. introduire dans les lois cantonales de procédure des délais d'ordre dans lesquels les tribunaux devront statuer sur des recours en relation avec ces installations.

[Rz 15] Par contre, il nous paraîtrait exagéré d'imposer aux cantons de supprimer l'une des deux juridictions de recours, lorsqu'il existe deux degrés d'appel. Les délais d'ordre, applicables à chaque juridiction, devront par contre être plus courts (et effectivement respectés) lorsque deux degrés de recours cantonaux existent.

[Rz 16] Il n'en demeure pas moins que la suppression de la juridiction de recours inférieure pourrait s'imposer comme une excellente mesure pour respecter les exigences de l'art. 14 al. 1^{er} LEné. C'est par exemple la solution qui a été retenue dans plusieurs cantons en matière d'assurances sociales pour respecter le principe de célérité imposé par l'art. 61 lit. a de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA).

[Rz 17] Examinons ensuite ce qu'il faut entendre par procédure rapide.

[Rz 18] La loi ne fixe pas de délai maximal dans lequel une autorisation de construire doit être délivrée et entrer en force, en cas d'opposition. Les cantons conservent donc une marge d'appréciation. On relèvera toutefois que lorsque des services fédéraux sont impliqués, ceux-ci doivent rendre leur préavis dans un délai de 3 mois (art. 14 al. 3 LEné). Nous verrions mal que ce délai puisse être plus long pour les services cantonaux qui rendent également des préavis. Plus généralement, il nous paraîtrait raisonnable de prévoir un délai de 6 mois pour la délivrance des

² FF 2013 6771 p. 6882.

³ FF 2013 6771 p. 6841.

autorisations de construire et des délais d'ordre de 3 à 6 mois maximum pour l'instruction et la rédaction du jugement, en cas de double degré de juridiction (respectivement 6 à 9 mois en cas de degré unique, solution que nous préconisons). La suppression de la suspension des délais pendant les fêtes devrait également être envisagée.

[Rz 19] Les cantons doivent procéder à ces réformes rapidement. La LEne ne prévoit aucune période transitoire pendant laquelle l'ancien droit pourra continuer à s'appliquer. La législation cantonale devrait donc être adaptée d'ici au 1^{er} janvier 2018, date pressentie d'entrée en vigueur de la LEne. La législation cantonale devra préciser dans quelle mesure la nouvelle s'applique aux autorisations de construire en cours d'examen ou faisant l'objet de recours. A priori, il n'y a aucune raison que les demandes d'autorisation déposées sous l'ancien droit ne bénéficient pas de la célérité prévue par le nouveau droit. Plus délicate sera la question des procédures de recours pendantes, si le canton décide de supprimer un degré d'appel ; il est en effet délicat de priver « en cours de route » les parties de leur droit de porter l'affaire devant la juridiction cantonale supérieure.

2.2. La place des énergies renouvelables dans les plans directeurs cantonaux

[Rz 20] Nous avons vu que les autorisations de construire devraient être plus facile à obtenir, et plus vite. Ce n'est pas tout. Le risque que des oppositions soient soulevées, notamment par des associations de protection de l'environnement, devrait également être réduit. La responsabilité en incombe aux cantons, qui sont chargés d'agir en amont pour mieux définir les portions de leur territoire dans lesquelles les énergies renouvelables devraient se déployer.

[Rz 21] Les cantons doivent ainsi désigner dans le plan directeur cantonal les zones et les tronçons de cours d'eau qui se prêtent à l'exploitation de l'énergie hydraulique et éolienne (art. 10 al. 1^{er} LEne), et plus généralement à l'utilisation des énergies renouvelables (art. 8b de la Loi sur l'aménagement du territoire ; LAT⁴). A l'inverse, les cantons peuvent également désigner les zones et cours d'eau qui doivent en général être préservés. Les plans d'affectation existants devront être modifiés en conséquence (art. 10 al. 2 LEne).

[Rz 22] La LEne n'impose pas de « quota d'énergies renouvelables » que les cantons devraient réserver sur leur territoire⁵. Les cantons devront toutefois jouer le jeu et désigner de manière objective les zones qui se prêtent le mieux aux énergies renouvelables. A défaut, le Conseil fédéral n'approuvera pas le plan (art. 11 LAT).

[Rz 23] Un certain flou demeure sur les types d'énergies renouvelables qui doivent faire l'objet d'une planification, ainsi que sur l'étendue de cette planification.

[Rz 24] L'art. 10 LEne vise exclusivement l'exploitation de l'énergie hydraulique et éolienne. Différentes minorités ont bien essayé de rendre cette liste non-exhaustive ainsi que de mentionner également la géothermie et la valorisation de la biomasse dans le concept de développement des

⁴ Une dizaine de lois fédérales voient certaines de leurs dispositions modifiées par l'entrée en vigueur de la LEne ; ainsi en est-il de l'introduction d'un nouvel article (art. 8b) dans la LAT.

⁵ À l'inverse, par exemple, des surfaces d'assolement.

énergies renouvelables qu'il était initialement prévu que les cantons élaborent (la disposition dans son entier a finalement été biffée par le Parlement). Sans succès⁶.

[Rz 25] A l'inverse, le nouvel art. 8b LAT prévoit que le plan directeur des cantons désigne les zones et tronçons de cours d'eau qui se prête à l'utilisation d'énergies renouvelable. Curieusement, cette disposition, qui est pourtant le reflet de l'art. 10 LEne dans la LAT, ne se limite pas à désigner l'énergie hydraulique et éolienne.

[Rz 26] Doit-on en conclure que l'art 8b LAT va plus loin que l'art. 10 LEne et que les cantons doivent indiquer dans leurs plans directeurs les zones qui se prêtent à l'utilisation des autres énergies renouvelables (photovoltaïque, géothermie et biomasse)?

[Rz 27] Vraisemblablement pas.

[Rz 28] S'agissant de l'énergie photovoltaïque, le message du Conseil fédéral précise qu'il est inutile de prendre dans le plan directeur des dispositions concernant les installations photovoltaïques sur des bâtiments existants⁷. Par contre, cette thématique pourrait éventuellement concerner les constructions nouvelles.

[Rz 29] S'agissant de la géothermie, il est en soi douteux que l'art. 8b LAT puisse entraîner des obligations relatives à l'exploration et l'exploitation des sous-sols, dans la mesure où la LAT ne réglemente pas les sous-sols⁸. En outre, le Parlement a refusé d'inclure la géothermie dans le concept de développement des énergies renouvelables des cantons (avant de biffer complètement ce concept)⁹. Il est donc soutenable, a fortiori, que le Parlement n'entendait pas imposer aux cantons de désigner dans leur plan directeur les zones favorables à la géothermie.

[Rz 30] En l'état, les cantons devraient donc pouvoir s'abstenir d'inclure la géothermie dans leur plan directeur. Il n'en demeure pas moins que cette ressource ne peut être ignorée et doit être planifiée. Il est donc souhaitable que les cantons se montrent proactifs et procèdent à des analyses pour identifier les portions de leur territoire qui se prêtent le mieux au développement de cette technologie. Certains cantons l'ont d'ailleurs déjà fait. Les cantons restent après tout tenus de favoriser le déploiement des énergies renouvelables et de créer les conditions nécessaires pour que la branche de l'approvisionnement énergétique se développe de manière optimale (art. 6 al. 2 LEne).

[Rz 31] Enfin, s'agissant de la biomasse, nous ne voyons pas de motifs qui commanderaient d'exclure automatiquement sa prise en compte au niveau du plan directeur. L'impact sur l'aménagement du territoire étant toutefois en principe limité, il nous paraîtrait toutefois disproportionné de forcer les cantons à inclure cette thématique dans leur plan directeur.

[Rz 32] Les plans qui seront adoptés par les cantons serviront de base afin de délimiter les intérêts divergents en présence. Mais il sera toujours possible de s'écarter de ces plans lorsque des motifs convaincants le justifient¹⁰.

⁶ BOCN 2014 p. 2058.

⁷ FF 2013 6771, pp. 6924-6925.

⁸ POLTIER E., PIOTET D., *La marge d'autonomie du législateur cantonal dans l'exploitation de la géothermie*, Revue de droit suisse (RDS) 134, partie 1(5), 449, pp. 484 ss, 2015.

⁹ BOCN 2014 2058.

¹⁰ FF 2013 6771, p. 6840.

[Rz 33] La LEne et la LAT révisée ne prévoient pas de délai dans lesquels les cantons sont tenus d'adapter leurs plans directeurs. Les cantons doivent y procéder rapidement¹¹.

2.3. La reconnaissance d'un intérêt national dans des cas non-prévus par la loi

[Rz 34] En principe, les installations destinées à utiliser les énergies renouvelables doivent bénéficier d'une certaine taille et d'une certaine importance pour revêtir un intérêt national (art. 12 al. 2 LEne).

[Rz 35] Les cantons bénéficient d'une marge de manuvre dans ce domaine. Lorsque les conditions de taille et d'importance ne sont pas atteintes pour un projet d'installation, les cantons ont la faculté de requérir du Conseil fédéral qu'il lui reconnaisse, exceptionnellement, un intérêt national (art. 13 LEne). Le Conseil fédéral dispose d'un plein pouvoir d'appréciation. Il est en revanche nécessaire que la construction de l'installation en question contribue de manière essentielle à atteindre les valeurs indicatives de développement mentionnées à l'art. 2 LEne (soit 4'400 GWh d'ici 2020 et 11'400 GWh d'ici 2035 pour les nouvelles énergies renouvelables, et 37'400 GWh en 2035 pour l'hydraulique).

[Rz 36] Les cas d'application de cette disposition devraient rester limités.

2.4. Expropriation

[Rz 37] Les cantons peuvent procéder à des expropriations lorsqu'une telle mesure s'avère nécessaire pour construire des installations d'intérêt public utilisant la géothermie, des hydrocarbures ou des rejets de chaleur, ou destinées au stockage de l'énergie (art. 69 LEne). Cette faculté existait déjà sous l'ancien droit, mais n'incluait pas encore le stockage de l'énergie. Le stockage de l'énergie était également absent du projet du Conseil fédéral. Il n'a été ajouté qu'en cours de débat, par le Conseil national¹². Le Conseil national a également souhaité exclure du droit d'expropriation l'utilisation des hydrocarbures, qui se marie très difficilement avec les objectifs de la loi en matière d'énergies renouvelables. La LEne vise toutefois également à contribuer à un approvisionnement énergétique suffisant et sûr, que les énergies renouvelables sont loin de pouvoir assurer. La sortie du nucléaire devrait donc être en partie compensée par de nouvelles installations de production d'électricité fonctionnant au gaz naturel. Il aurait été contreproductif d'exclure le droit d'expropriation des cantons pour de tels projets.

[Rz 38] L'expropriation doit naturellement rester l'*ultima ratio*. L'art. 69 LEne n'a pas pour vocation d'assouplir ses conditions d'application.

[Rz 39] Ceci précisé, la procédure d'expropriation pourrait être simplifiée dans des cas très limités. Le recours au Tribunal fédéral sera en effet irrecevable, à moins qu'elles ne soulèvent une question juridique de principe, contre les décisions en matière de droit de l'électricité qui concernent l'expropriation de droits nécessaires à la construction ou à l'exploitation d'installations électriques à courant fort ou à courant faible (art. 83 lit. w de la Loi sur le Tribunal fédéral ;

¹¹ FF 2013 6771, p. 6880.

¹² BOCN 2014 p. 2134.

LTF). Cette limitation du droit de recours ne concerne par contre pas les décisions d'expropriation concernant les installations de production d'électricité.

2.5. Procédure de concession (forces hydrauliques)

[Rz 40] La Loi fédérale sur les forces hydrauliques (LFH) sera légèrement modifiée suite à l'entrée en vigueur de la LEne. La LFH traite notamment la question des procédures de concession que doivent établir les cantons en lien avec leurs cours d'eaux. Avec l'entrée en vigueur de la LEne, les cantons devront prévoir une procédure d'octroi de concession simplifiée pour les projets qui n'affectent qu'un espace limité, ne concernent qu'un ensemble restreint et clairement défini de personnes et dont les effets sont moindres. Les cantons pourront par exemple renoncer à l'enquête publique (art. 60 al. 3ter LFH).

[Rz 41] L'application de procédures simplifiées dans le domaine des forces hydrauliques n'est pas nouvelle. Elle était déjà prévue pour certaines concessions fédérales (art. 62h LFH).

3. Economies d'énergie dans les bâtiments

3.1. La législation cantonale applicable en matière d'utilisation efficace de l'énergie

[Rz 42] La LEne a pour but de garantir une utilisation économe et efficace de l'énergie (art. 1 al. 2 LEne). Il s'agit de l'un des piliers de la Stratégie Energétique 2050. La loi fixe des valeurs indicatives qu'il convient de viser en matière de réduction de la consommation énergétique et électrique moyennes par année par personne. Par rapport au niveau de l'an 2000, une réduction de 16% d'ici à 2020 et de 43% d'ici à 2035 est visée pour la consommation énergétique globale (art. 3 al. 1^{er} LEne). S'agissant plus précisément de la consommation électrique, une réduction de 3% d'ici à 2020 et de 13% d'ici à 2035 est visée (art. 3 al. 2 LEne).

[Rz 43] Les efforts en matière de réduction de la consommation énergétique ont été entrepris sous l'empire de l'ancienne loi déjà, notamment dans le domaine des bâtiments (art. 9 de la Loi fédérale sur l'énergie du 26 juin 1998).

[Rz 44] La disposition relative aux bâtiments a été reprise à l'art. 45 LEne. Elle correspond en grande partie à l'ancien droit.

[Rz 45] Nous rappellerons en premier lieu que la Confédération se limite à poser un cadre minimal que doivent respecter les législateurs cantonaux dans la réglementation applicable aux bâtiments. Les cantons jouissent d'une marge de manuvre importante et peuvent bien-entendu adopter des mesures plus larges que celles imposées par le droit fédéral.

[Rz 46] Les différences entre l'ancien droit et le nouveau droit peuvent être résumées comme suit :

1. le cadre législatif mis en place par les cantons doit favoriser une utilisation *efficace* de l'énergie (auparavant : *rationnelle*). La différence entre ces termes est difficile à saisir et son implication pour les cantons encore plus. La notion d'utilisation *rationnelle* de l'énergie était celle proposée par le Conseil fédéral dans son projet de loi, dans d'autres dispositions également d'ailleurs. C'est au surplus la formule employée à l'art. 89 Cst, qui confère à la Confédération le mandat de fixer un cadre applicable aux législations cantonales en matière de politique

énergétique. Il est donc étrange que le Parlement ait choisi un autre terme. D'un point de vue constitutionnel, il est même douteux que le Parlement ait été fondé à le faire. C'est le Conseil national qui a introduit le concept d'utilisation *efficace*¹³. Ce changement n'a fait l'objet d'aucune objection et n'a plus été remis en cause dans la suite des débats. Il semble toutefois que les Chambres n'ont pas eu pour intention de modifier le sens attaché à cette expression, mais simplement de lui substituer un terme plus moderne¹⁴. Cette modification n'entraîne donc selon nous aucune conséquence pour les cantons.

2. S'agissant des bâtiments nouveaux et anciens, l'art. 45 al. 2 LEné pose un cadre encore plus strict. Désormais, les cantons devront, dans la mesure du possible, donner la priorité à l'utilisation économe et efficace de l'énergie, et non plus se contenter de simplement édicter des dispositions en la matière. L'utilisation économe et efficace de l'énergie devient donc la règle. Et pour parvenir à cette fin, l'art. 45 al. 2 LEné impose aux cantons de donner la priorité, toujours dans la mesure du possible, aux énergies renouvelables ainsi qu'aux rejets de chaleur¹⁵. Les cantons conservent toutefois une marge de manœuvre importante en la matière et devront tenir compte des autres intérêts en présence. L'obligation d'utiliser l'énergie de façon économe et efficace ne saurait en particulier prendre systématiquement le pas sur les impératifs de protection du patrimoine. Concrètement, les cantons devront réexaminer leur législation applicable en matière d'énergie et de construction pour s'assurer que cette obligation de favoriser les énergies renouvelables constitue désormais la règle.
3. Comme par le passé, les cantons doivent prévoir des règles fixant la part maximale d'énergies non-renouvelables destinées au chauffage et à l'eau chaude. Après plusieurs allers-retours entre les chambres, le texte final de la loi prévoit que les rejets de chaleur peuvent être pris en compte dans la part d'énergies renouvelables (art. 45 al. 3 lit. a LEné). Le biogaz prélevé sur le réseau de gaz naturel n'a par contre pas été retenu¹⁶. S'ils le souhaitent, les cantons pourront donc adapter leur législation sur ce point.

[Rz 47] Ces différences sont en définitive peu matérielles et ne devraient avoir qu'un effet limité sur la législation des cantons. Les chambres ont en particulier écarté les différentes tentatives des minorités de renforcer les obligations de cantons en la matière, par exemple concernant les certificats énergétiques des bâtiments. Si les cantons doivent toujours édicter des règles en la matière, ils restent par contre libres de rendre obligatoires ou non sur leur territoire ces certificats (art. 45 al. 5 LEné). L'établissement de tels certificats énergétiques est par contre impératif pour pouvoir bénéficier de certaines mesures de soutien financier de la part de la Confédération (art. 52 al. 3 LEné).

¹³ BOCN 2014 p. 2106.

¹⁴ BOCE 2015 p. 930 (Intervention I. Bichofsberger : « [Der Nationalrat] hat in Litera b auf Antrag unserer Schwesterkommission, der UREK-NR, den Begriff rationelle Energienutzung im Sinne einer moderneren Terminologie durch effiziente Energienutzung ersetzt. Im französischen Text heisst es konsequenterweise utilisation efficace de l'énergie »).

¹⁵ La priorité donnée aux rejets de chaleur ne figurait pas dans le projet du Conseil fédéral. Elle a été introduite par le Conseil des Etats (BOCE 2015 p. 982).

¹⁶ BOCE 2015 p. 982, BOCN 2016 p. 92, BOCE 2016 p. 283, BOCN 2016 p. 92 et BOCE 2016 p. 682.

3.2. Les conséquences sur le plan fiscal

[Rz 48] La nouvelle loi sur l'énergie n'entraîne que peu de changements sur le plan fiscal. La seule modification concerne l'art. 9 de la Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID), qui décrit les déductions que les cantons doivent, respectivement peuvent, défalquer du revenu. L'ancien droit prévoyait déjà que les cantons pouvaient prévoir dans leur législation des déductions relatives aux immeubles privés pour la protection de l'environnement ainsi que les mesures d'économie d'énergie (art. 9 al. 3 LHID). Les modalités d'application de cette disposition ont par contre été légèrement modifiées (voir art. 9 al. 3 lit. a LHID et art. 9 al. 3bis LHID). Les cantons devront adapter leur législation dans un délai de 2 ans suivant l'entrée en vigueur de la LEne (art. 72v LHID).

4. Conventions d'objectifs

[Rz 49] Conformément aux dispositions de la loi actuelle, les cantons ont déjà édicté des dispositions concernant des conventions d'objectifs avec les grands consommateurs. Le nouveau droit prévoit que ces dispositions devront prévoir expressément les avantages en résultant pour les grands consommateurs en cas de conclusion et respect de telles conventions (art. 46 LEne).

[Rz 50] Ces dispositions peuvent être contraignantes pour les grands consommateurs. Elles doivent par contre être économiquement supportables.

[Rz 51] Les cantons bénéficiaient jusqu'alors d'une grande marge de manuvre s'agissant du contenu de ces conventions d'objectifs. A l'avenir, ils devront veiller à harmoniser leur contenu avec celui des conventions d'objectifs de la Confédération. De telles conventions existent par exemple au niveau fédéral en matière de remboursement total ou partiel du supplément (2.3 ct/kWh), possible pour les consommateurs finaux dont les frais d'électricité dépassent 5 % de la valeur ajoutée brute (art. 40 LEne). Mais le cercle des entreprises avec lesquelles la Confédération peut conclure des conventions d'objectifs n'est pas limité (art. 46 al. 2 LEne).

[Rz 52] Le cercle des entreprises visées par les conventions d'objectifs cantonales est par contre bien défini, puisqu'il concerne tous les « gros consommateurs ». La loi ne précise par contre pas quel seuil de consommation d'électricité ou de chaleur doit être dépassé pour qu'une entreprise soit qualifiée comme telle. Selon le MoPEC, les grands consommateurs sont des exploitations, entreprises, bâtiments localisés sur un site d'un même propriétaire, dont la consommation d'énergie thermique est supérieure à 5 GWh par an ou dont la consommation d'énergie électrique dépasse 0,5 GWh par an. Ces valeurs sont généralement retenues par les cantons.

[Rz 53] Les obligations des cantons en matière de conventions d'objectifs ne changent donc que très peu. Ils devront essentiellement veiller à ce que leur contenu corresponde à celui des conventions d'objectifs de la Confédération, ce qui permettra d'harmoniser les systèmes en place.

5. Mesures d'encouragement

[Rz 54] Les mesures d'encouragement (activité d'information et de conseil, formation, recherche) sont reprises sans véritable changement matériel de l'ancien droit. Elles font l'objet des art. 47 à 50 LEne.

[Rz 55] Le financement de ces mesures est très peu modifié également. La Confédération participe financièrement aux mesures d'encouragement précitées soit en versant directement des aides financières pour des projets individuels, soit en allouant des contributions annuelles globales aux cantons (art. 51 al. 1^{er} LEne).

[Rz 56] Un canton doit disposer d'un programme d'encouragement dans le domaine concerné pour pouvoir bénéficier d'une contribution globale de la Confédération. La participation de la Confédération est plafonnée au crédit annuel fixé par le canton concerné pour la réalisation du programme d'encouragement (art. 52 al. 1^{er} LEne). Comme par le passé, 50% au moins de la contribution globale touchée par le canton dans le domaine de l'utilisation de l'énergie et des rejets de chaleurs doit être affectée à la promotion de mesures prises par des personnes privées. A l'initiative du Conseil national¹⁷, la loi précise expressément que fait partie de ces mesures le raccordement aux réseaux existants de chaleur à distance et de chauffage de proximité (art. 52 al. 3 LEne).

[Rz 57] Certains cantons devront par contre modifier leur législation pour pouvoir bénéficier de contributions globales dans le domaine du bâtiment. Ce secteur ne pourra en effet bénéficier d'un soutien que si le programme d'encouragement cantonal prescrit la réalisation d'un certificat énergétique pour les bâtiments, assorti d'un rapport de conseil (CECB Plus ; art. 52 al. 3, deuxième phrase, LEne).

[Rz 58] La Loi fédérale du 23 décembre 2011 sur le CO2 fixe des exigences supplémentaires, directement applicables à l'art. 52 LEne, pour l'octroi de contributions globales. Selon l'art. 34 al. 3 de cette loi, les cantons devront également disposer :

1. de programmes d'encouragement des assainissements énergétiques des enveloppes des bâtiments et de leurs installations techniques ; et
2. de programmes d'encouragement de remplacement des chauffages électriques à résistance ou des chauffages à mazout.

[Rz 59] D'après le message du Conseil fédéral, les cantons sont tenus de concevoir ces programmes d'encouragement en respectant les dispositions en vigueur du modèle d'encouragement harmonisé des cantons¹⁸. Cette obligation n'est toutefois pas reprise expressément dans la loi. Elle figurera vraisemblablement dans l'ordonnance que le Conseil fédéral devrait adopter en 2017.

[Rz 60] Les fonds que la Confédération mettra à disposition de chaque canton dépendront par ailleurs, en partie, de l'efficacité de leur programme d'encouragement (art. 52 al. 4 LEne). Les cantons devront adresser chaque année un rapport à l'attention de l'OFEN. Ce rapport devra contenir des informations sur l'utilisation des ressources financières mises à disposition par la Confédération et, lorsque des mesures dans le domaine de l'utilisation de l'énergie et des rejets de chaleur sont concernées (art. 50 LEne), des informations sur l'efficacité et les effets du programme réalisé¹⁹. Les montants non-utilisés doivent en principe être restitués à la Confédération (art. 52 al. 5 LEne).

[Rz 61] Les cantons devront donc procéder à certains aménagements de leur législation, leurs directives et leurs pratiques pour pouvoir bénéficier des contributions globales de la Confédération. Il est encore un peu tôt pour déterminer quelles mesures précises les cantons devront prendre.

¹⁷ BOCN 2014 p. 2112.

¹⁸ FF 2013 6771, p. 6923.

¹⁹ FF 2013 6771, p. 6906.

Le Conseil fédéral devrait préciser plus en détail durant l'année 2017 quelles sont les modalités que devront observer les cantons pour pouvoir bénéficier de ces contributions globales (art. 52 al. 6 LEnE).

[Rz 62] Du point de vue du droit transitoire, les cantons pourront demander à la Confédération le remboursement des coûts d'exécution qui résulteront du remplacement anticipé des conventions-programmes visées par le droit en vigueur (art. 34 al. 2 de la Loi sur le CO₂) par les contributions globales visées par le nouveau droit. Le remboursement n'est toutefois pas garanti.

6. L'approvisionnement énergétique

[Rz 63] Les cantons, aux côtés de la Confédération, doivent créer les conditions générales nécessaires pour que le secteur concerné assure l'approvisionnement énergétique de manière optimale, dans l'intérêt général (art. 6 al. 2 LEnE).

[Rz 64] La branche de l'approvisionnement énergétique comprend la production, la transformation, le stockage, la fourniture, le transport, le transfert et la distribution d'énergie et d'agents énergétiques jusqu'au consommateur final (art. 6 al. 1^{er} LEnE).

[Rz 65] Cette disposition correspond à l'ancien droit (art. 4 de la Loi sur l'énergie de 1998) et n'introduit aucune obligation supplémentaire à la charge des cantons.

[Rz 66] La loi précise par contre désormais qu'un approvisionnement énergétique sûr implique une disponibilité énergétique suffisante *en tout temps* (art. 7 al. 1^{er} LEnE). L'ancien droit n'allait pas aussi loin. La nouvelle loi tient par ailleurs compte de l'évolution des risques auxquels le secteur énergétique est confronté, notamment les risques d'attentats et les cyberattaques. Une attention particulière doit ainsi être portée à la protection des infrastructures critiques, y compris celle des techniques d'information et de communication qui y sont liées (art. 7 al. 1^{er} LEnE). Si nécessaire, les cantons devront donc réfléchir à des mesures de protection complémentaires dans ces domaines, notamment pour réduire la probabilité qu'un événement dommageable (dérangement, panne, destruction) ne survienne ainsi que pour limiter le dommage qu'un tel événement pourrait causer. En matière informatique, les cantons devront assurer l'intégrité et la disponibilité des systèmes d'information en cas de panne ou cyberattaque, ainsi que la confidentialité, l'intégralité, la disponibilité et la traçabilité des données²⁰.

MATHIEU SIMONA est avocat auprès de BCCC Avocats Sàrl, à Genève et Lausanne. Il pratique notamment dans le domaine de l'énergie et de l'environnement. Il peut être joint au +4122 704 36 00 ou à simona@bcc.ch.

²⁰ FF 2013 6771, p. 6875.