

SERVITUDES, TERRITOIRE ET APPROVISIONNEMENT
ÉNERGÉTIQUE : TRIO EXPLOSIF ?

SERVITUDES, TERRITOIRE ET
APPROVISIONNEMENT ÉNERGÉTIQUE :
TRIO EXPLOSIF ?

Edité par
Valérie Défago et Amédéo Wermelinger

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn

www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

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

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-4633-0

© 2022 Helbing Lichtenhahn, Bâle, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

www.publications-droit.ch

Préface

Publié à l'occasion du colloque immobilier consacré au trio explosif « Servitudes, territoire et approvisionnement énergétique », cet ouvrage réunit sept contributions traitant de thèmes de droit privé et de droit public qui sauront retenir l'attention des praticiennes et praticiens et des théoriciennes et théoriciens du domaine. Il en va ainsi des questions des servitudes de restriction à bâtir allant à l'encontre des objectifs de l'aménagement du territoire, soit dès leur constitution, soit ultérieurement. Seront ensuite analysées les questions du contrat de planification et du contracting énergétique comme instruments importants de l'approvisionnement énergétique. L'usage du sous-sol et la planification énergétique territoriale offriront un aperçu du régime juridique de droit public en la matière. Au préalable, la lectrice et le lecteur auront pu constater l'importance croissante de la planification pour répondre aux défis toujours plus nombreux entourant le territoire. Nous pensons qu'en ces temps sombres, où la livraison de pétrole et de gaz sont au centre des préoccupations de notre continent, les thèmes abordés sont effectivement d'une actualité qu'on dira « brûlante ».

Le hub immobilier de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel rassemble les publications liées à l'utilisation de cette ressource fondamentale et de plus en plus rare qu'est le sol, qu'il s'agisse des questions en lien avec le contrat de bail (Séminaire sur le droit du bail), les droits réels (Journées de la PPE) ou le droit public (Développement territorial et droit fiscal). Ainsi, le hub immobilier a pour objectif d'offrir à la cité une analyse juridique globale d'un thème qui sera toujours au centre des préoccupations.

Les éditeurs remercient les autrices et auteurs de leur contribution enrichissante au succès de cette journée, la maison d'édition Helbing Lichtenhahn qui s'associe à la diffusion commerciale de ce livre, ainsi que Mme Sylvia Staehli et Mme Carine Magne, secrétaires, qui ont largement contribué à l'élaboration technique de cet ouvrage.

Valérie Défago et Amédéo Wermelinger
Membres du hub immobilier de la
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

Neuchâtel, juin 2022

Sommaire

VALÉRIE DÉFAGO L'incontournable planification.....	1
AMÉDÉO WERMELINGER Contenu de la servitude et inscription : la notaire et la conservatrice du registre foncier en prise avec le droit public ?.....	13
NAÏRI SEVHONKIAN Les servitudes de restriction des droits à bâtir - un fléau pour la densification.....	43
SÉVERINE BEURET La planification énergétique territoriale et le plan communal des énergies.....	79
NATHALIE F. ADANK Le contrat de planification en lien avec l'approvisionnement en énergie.....	139
IRÈNE MARTIN-RIVARA L'usage du sous-sol pour l'acheminement de l'énergie.....	155
DAVID SIFONIOS Le contracting énergétique.....	181

Abréviations

al.	alinéa
aLEne	ancienne Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'énergie (RO 2017 6839)
art.	article
ASPAN	Association suisse pour l'aménagement national
BE	canton de Berne
Bekomm.	Berner Kommentar
BV	= Cst.
CAD	chaleur à distance
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DC	Revue du droit de la construction et des marchés publics
DETEC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la télécommunication
éd.	édition
édit.	éditeur
Eg./ég.	également
EICom	Commission fédérale de l'électricité
EnDK	Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie
et al.	<i>et alii</i> (et autres)
etc.	<i>et caetera</i>
FAD	froid à distance
FR	canton de Fribourg
GE	canton de Genève
ha	hectare
ibid.	<i>ibidem</i>

Abréviations

INR	Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
JU	Canton du Jura
KRG-GR	Kantonales Raumplanungsgesetz Graubünden vom 6. Dezember 2004
LApEl	loi fédérale sur l’approvisionnement en électricité du 23 mars 2007 (RS 734.7)
LAT	Loi fédérale sur l’aménagement du territoire du 22 juin 1979 (RS 700)
LATC/VD	Loi sur l’aménagement du territoire et les constructions du 4 décembre 1985 (RS/VD 700.11)
LATeC/FR	Loi fribourgeoise du 2 décembre 2008 sur l’aménagement du territoire et les constructions (RSF 710.1)
LCAT/NE	Loi cantonale sur l’aménagement du territoire du 2 octobre 1991 (RSN 701)
LcAT/VS	Loi valaisanne du 23 janvier 1987 d’application de la loi fédérale sur l’aménagement du territoire (RSVS 701.1)
LC/BE	Loi sur les constructions du 9 juin 1985 (RSB 721.0)
LCEn/BE	Loi bernoise du 15 mai 2011 sur l’énergie (RSB 741.1)
LCEn/NE	Loi neuchâteloise sur l’énergie du 1 ^{er} septembre 2020 (RSN 740.1)
LcEne/VS	Loi valaisanne sur l’énergie du 15 janvier 2004 (RSV 730.1)
LDPu/GE	Loi genevoise sur le domaine public du 24 juin 1961 (RSG L 1 05)
LEn	Loi fédérale sur l’énergie du 30 septembre 2016
LEn/FR	Loi fribourgeoise du 9 juin 2000 sur l’énergie (RSF 770.1)
LEn/GE	Loi genevoise sur l’énergie du 18 septembre 1986 (RSG L 2 30)
LEne	Loi fédérale sur l’énergie du 30 septembre 2016 (RS 730.0)
LEn/JU	Loi jurassienne du 24 novembre 1988 sur l’énergie (RSJU 730.01)

Abréviations

LEn/NE	Loi neuchâteloise sur l'énergie du 1 ^{er} septembre 2020 (RSN 740.1)
LEx	Loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (RS 711)
Lex/FR	Loi sur l'expropriation du 23 février 1984 (RSF 76.1)
loc. cit.	<i>loco citato</i>
LS	Zürcher Loseblattsammlung (Gesetzessammlung)
LU	Kanton Luzern (= canton de Lucerne)
LUP/NE	Loi neuchâteloise sur l'utilisation du domaine public du 25 mars 1996 (RSN 727.01)
LVLene	Loi vaudoise sur l'énergie du 16 mai 2006 (RSV 730.01)
MoPEC	Modèle de prescriptions énergétiques des cantons
MWh	mégawattheure
N	numéro(s)
NB	Le notaire bernois
NE	canton de Neuchâtel
no(s)	numéro(s)
OApEl	ordonnance sur l'approvisionnement en électricité du 14 mars 2008 (RS 734.71)
OAT	Ordonnance sur l'aménagement du territoire du 28 juin 2000
OBLF	ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990 (RS 221.213.11)
OEn/JU	Ordonnance du 13 décembre 2016 portant application de la loi jurassienne sur l'énergie (RSJU 730.11)
OENE	Ordonnance sur l'énergie du 1 ^{er} novembre 2017 (RS 730.01)
OFEN	Office fédéral de l'énergie
OMO	Ordonnance sur la mensuration officielle du 18 novembre 1992 (RS 211.432.2)
ORF	Ordonnance sur le registre foncier du 23 septembre 2011 (RS 211.432.1)

Abréviations

p.	page(s)
PBG/LU	Planungs- und Baugesetz vom 7. März 1989, SRL Nr. 735
PBG/SO	Solothurnisches Planungs- und Baugesetz vom 3. Dezember 1978
PBG/UR	Urner Planungs- und Baugesetz vom 13. Juni 2010
PBG/ZH	Planungs- und Baugesetz vom 7. September 1975 (LS 700.1)
PDC	Plan directeur cantonal
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kanton Thurgau
p. ex.	par exemple
réf. cit.	références citées
RELCEn/NE	Règlement d'exécution du 17 mars 2021 de la loi cantonale sur l'énergie (RSN 740.10)
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSB	Recueil systématique de la législation bernoise
RSF	Recueil systématique de la législation fribourgeoise
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJU	Recueil systématique du droit jurassien
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
RSVS	Recueil systématique de la législation valaisanne
s./ss	et suivant(e)s
SJ	La Semaine judiciaire
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
s./ss	suivant(e)s
TAF	Tribunal administratif fédéral

Abréviations

TF	Tribunal fédéral
VD	canton de Vaud
VLP	Verband für Raumplanung (= ASPAN)
vol.	volume
VS	canton du Valais
WACC	<i>Weighted average cost of capital</i> ou coût moyen pondéré du capital
ZH	Kanton Zürich (= canton de Zurich)

L'incontournable planification

par

Valérie Défago

Professeure à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction.....	2
II. La planification : pour les autorités et les propriétaires.....	2
A. Pour les autorités : l'obligation de planifier.....	3
B. Pour les propriétaires.....	5
III. La tendance.....	6
A. Une diversité croissante d'instruments de planification à intégrer ...	7
B. Le besoin d'élargir le périmètre pour assurer certains intérêts	8
C. Un instrument sur lequel s'appuyer	9
D. La planification du sous-sol.....	10
IV. Conclusion.....	11
Bibliographie	12

I. Introduction

1. Les lignes qui suivent, plus que de constituer un exposé scientifique complet, serviront de propos introductifs et de mise en relation et perspective des contributions rassemblées dans cet ouvrage. En effet, que l'on s'interroge sur le lien entre les servitudes et les règles de droit public aux fins de la densification et/ou de l'approvisionnement énergétique, d'une part, ou sur la production, l'acheminement et la fourniture de chaleur en réseau, d'autre part, la planification et les plans territoriaux apparaissent comme incontournables.
2. L'hypothèse est ainsi posée que les enjeux multiples qui se cristallisent autour de l'utilisation du territoire, en particulier les enjeux environnementaux, climatiques, énergétiques ou en termes de biodiversité et de durabilité, de même que le besoin d'imposer un certain nombre d'obligations aux propriétaires fonciers au nom desdits intérêts, accentuent le besoin de recourir à l'instrument que constitue le plan d'affectation.
3. Nous débiterons notre déambulation en rappelant quelques éléments à propos de la planification, du point de vue des autorités puis des propriétaires (II), puis nous nous arrêterons un instant pour observer les signes de ce qui constitue, selon nous, la tendance vers un besoin accru de recourir à la planification (III).

II. La planification : pour les autorités et les propriétaires

4. Le droit de l'aménagement du territoire est organisé, pour reprendre les termes du Tribunal fédéral, selon une construction pyramidale (*Stufenbau*) destinée à garantir une gestion cohérente de l'espace dans sa globalité¹. Dans cette construction pyramidale – dont les différents étages peuvent être désignés comme des strates – chacun des éléments (en particulier le plan directeur, le plan d'affectation et l'autorisation de construire) remplit une fonction spécifique. Les plans directeurs des cantons indiquent les moyens de coordonner les activités qui ont des effets sur l'organisation du territoire ; ils lient

¹ ATF 137 II 254, cons. 3.1.

les autorités mais non les particuliers. Les plans d'affectation règlent le mode d'utilisation du sol, tout en devant concorder avec les plans directeurs ; obligatoires pour tous, ils constituent, pour reprendre les termes de JEANNERAT et de MOOR, l'interface de mise en œuvre entre la planification comme mode de gestion et sa réalisation à l'égard des administrées et administrés². Quant à la procédure d'autorisation de construire, elle a pour fonction de contrôler la conformité des projets aux normes de la zone concernée et elle concrétise le plan d'affectation de cas en cas³.

5. Nous rappellerons ainsi que la planification est une tâche des autorités, qui sont tenues par l'obligation de planifier (A), et que le plan d'affectation est le fondement juridique nécessaire, mais non suffisant, pour qu'un propriétaire puisse faire usage de son droit de bâtir, moyennant certaines contraintes, voire parfois certaines obligations (B).

A. Pour les autorités : l'obligation de planifier

6. Les cantons et les communes sont tenus par une obligation de planifier, qui découle de l'article 2 de la LAT⁴.
7. L'obligation de planifier se décline en deux volets. D'une part, elle impose à l'autorité compétente d'adopter, respectivement d'adapter des plans dans un certain délai, dans les intérêts publics que constituent la sécurité du droit ainsi que l'intérêt de toute la population à une utilisation mesurée du sol et à une occupation du territoire propre à garantir un développement harmonieux de l'ensemble du pays⁵.
8. D'autre part, l'obligation de planifier impose aux autorités, selon la nature du projet en cause, d'intervenir au niveau de la strate adéquate de planification : selon les cas, l'obligation de planifier impose qu'un plan d'affectation soit adopté, en lieu et place d'une

² JEANNERAT/MOOR, Commentaire pratique LAT, art. 14 LAT N 4.

³ ATF 137 II 254, cons. 3.1.

⁴ RS 700 ; LAT.

⁵ ATF 144 I 318, cons. 6.5.

autorisation de construire⁶, respectivement qu'un projet soit prévu dans le plan directeur cantonal, et non uniquement dans un plan d'affectation communal⁷.

9. La détermination du niveau ou de la strate de planification dépend des caractéristiques de l'objet à planifier. Dans cette perspective, l'emprise territoriale du projet est un premier indice ; ainsi, par exemple, un projet d'importance cantonale ou supracommunale devra figurer au plan directeur cantonal, et non pas dans un plan d'affectation communal⁸.
10. Mais, au-delà de la question de l'emprise territoriale, ce sont surtout les effets du projet sur l'organisation du territoire qui justifient un besoin accru de planification : plus un projet a un impact important sur le territoire, l'environnement, la nature ou le paysage – que ce soit en termes de nuisances, d'atteintes à des intérêts opposés, de besoins en équipement ou encore d'intérêts à préserver –, plus une planification s'impose, en lieu et place d'une autorisation de construire. Dans un tel cas, même un projet à faible emprise territoriale peut être susceptible de nécessiter une procédure de planification. En effet, la procédure de planification est bien mieux à même d'assurer la participation de la population à la pesée des nombreux intérêts entrant, dans un tel cas, en ligne de compte⁹. Lorsque l'enjeu du niveau de planification se joue entre planification directrice cantonale et planification d'affectation communale, ce sont au surplus des besoins de coordination qui doivent être assurés.
11. A propos de la pesée des intérêts, réalisée à chaque étape du processus de planification et également dans une certaine mesure lors de l'octroi de l'autorisation de construire, rappelons qu'en droit de l'aménagement du territoire, elle est le plus souvent globale, prenant en compte une multitude d'intérêts publics souvent contradictoires, en sus des intérêts privés des propriétaires et des voisins d'un projet. Outil permettant la prise de décision lorsque des

⁶ TF du 30.05.2018, 1C_405/2016, DEP 2018 537.

⁷ ATF 137 II 254, cons. 3.2.

⁸ Pour illustration : ATF 137 II 254.

⁹ TF du 30.05.2018, 1C_405/2016, DEP 2018 537.

intérêts contradictoires s'opposent et que le droit applicable n'impose pas une solution, mais octroie une marge de manœuvre, comme la décrit TSCHANNEN¹⁰, la pesée globale des intérêts est elle aussi désormais incontournable¹¹. Sa méthode, déroulée selon trois phases successives de réflexion et une obligation de motivation, est codifiée à l'article 3 de l'OAT¹² et constitue un standard que les autorités de planification – mais aussi d'ailleurs les autorités chargées des autorisations de construire – se doivent de respecter.

B. Pour les propriétaires

12. Pour les propriétaires, le plan d'affectation est, dans la séquence pyramidale de l'aménagement du territoire, le premier instrument juridique avec un effet obligatoire (art. 21 al. 1 LAT) ; le plan d'affectation règle le mode d'utilisation du sol (art. 14 al. 1 LAT) et fixe partant le régime constructif applicable. Il est destiné, ensuite, à être concrétisé par l'autorisation de construire, laquelle a notamment pour fonction de contrôler la conformité du projet de construction au plan d'affectation et aux règles constructives applicables à la zone.
13. Le plan d'affectation est avant tout générateur de droits pour les propriétaires puisqu'il consacre leur droit de bâtir selon les règles applicables à la zone. En ce sens, le plan constitue une concrétisation du contenu du droit de propriété¹³.
14. Dans le même temps, le plan limite la faculté d'usage liée au droit de propriété¹⁴, puisque le contenu de la propriété foncière est défini non seulement par le droit privé mais aussi par le droit public édicté sur la base de la Constitution¹⁵.
15. Dans cette perspective, la doctrine souligne que l'effet de la force obligatoire des plans d'affectation est avant tout négatif, puisqu'il

¹⁰ TSCHANNEN, p. 303.

¹¹ Récemment, ATF 146 II 347 ; 145 II 170. ATAF 2019 II/1.

¹² RS 700.1 ; OAT.

¹³ TANQUEREL, Commentaire pratique LAT, art. 21 LAT N 9.

¹⁴ TANQUEREL, Commentaire pratique LAT, art. 21 LAT N 9.

¹⁵ ATF 144 II 367, cons. 3.2.

empêche tout usage non conforme à l'affectation de la zone ou ne respectant pas les prescriptions du plan¹⁶. En revanche, l'effet obligatoire du plan ne fonde pas d'obligation de bâtir¹⁷.

16. On relèvera que la distinction entre droit de bâtir façonné – et par conséquent limité – par les contours du droit public tel que cristallisé dans le plan et d'éventuelles obligations positives découlant de celui-ci s'avère ténue. En effet, le plan d'affectation peut également, selon les circonstances, être une source d'obligations à charge des propriétaires dès lors qu'ils réalisent leur droit de bâtir : le droit de bâtir est alors conditionné au respect de conditions imposées par le plan. Il en va ainsi notamment lorsque le droit cantonal permet à l'autorité de planification d'imposer des obligations aux propriétaires par le truchement du plan¹⁸. Tel est le cas par exemple lorsque certaines catégories de logements, en particulier des logements poursuivant une politique sociale, sont imposées par le plan d'affectation, ou lorsque celui-ci prévoit des cessions de terrains pour des équipements publics ou des transferts de droits à bâtir entre les propriétaires du périmètre¹⁹. Nous verrons ci-après que ce mode de procéder sera certainement exploré et exploité par les législateurs cantonaux et les autorités de planification afin d'assurer la mise en œuvre de politiques connexes à l'aménagement du territoire mais ayant un impact sur celui-ci.

III. La tendance

17. Ces éléments étant posés, attardons-nous un instant sur ce que nous considérons être les signes que, dans le processus constructif, l'étape de la planification d'affectation est appelée à gagner en importance.

¹⁶ Parmi d'autres, TANQUEREL, Commentaire pratique LAT, art. 21 LAT N 25.

¹⁷ Sous réserve désormais de l'exigence de garantie de disponibilité des terrains à bâtir figurant à l'article 15a LAT, qui a pour effet de créer une forme d'obligation de construire : TANQUEREL, Commentaire pratique LAT, art. 21 LAT N 25, et les références. Voir également la contribution de Madame SEVHONKIAN dans cet ouvrage.

¹⁸ JEANNERAT/MOOR, Commentaire pratique LAT, art. 14 LAT N 19.

¹⁹ Voir, pour illustration, le régime prévu par la Loi générale sur les zones de développement du 22 juin 1957 à Genève (RSG L 1 35 ; LGZD).

18. Nous pressentons que les plans d'affectation vont à l'avenir intégrer une diversité croissante d'instruments de planification découlant d'autres politiques publiques que l'aménagement du territoire (A), que les autorités de planification seront appelées, même dans les zones d'ores et déjà urbanisées, à préférer le plan d'affectation à l'autorisation de construire dans la mesure où celui-ci permet une prise en compte à plus large échelle des intérêts relatifs à un projet (B) et que le plan d'affectation constitue un instrument utile à de nombreux égards (C). Enfin, le sous-sol devra lui aussi, à l'avenir, faire l'objet de mesures de planification (D).

A. Une diversité croissante d'instruments de planification à intégrer

19. La politique d'aménagement du territoire, outre les buts spécifiques qu'elle poursuit, exprime et contribue à la réalisation des nombreux autres intérêts publics qui ont un lien avec le territoire : environnement, mobilité, énergie, protection de la nature et des sites, conservation, protection du climat, économique, approvisionnement du pays, vie sociale et culturelle, etc. En tant qu'il sert à la coordination de multiples intérêts publics et privés, le plan d'affectation est l'instrument de notre ordre juridique qui réunit, pondère et exprime la portée desdits intérêts.
20. Le plan d'affectation a toujours eu pour fonction de définir l'emprise et/ou l'intensité des mesures de protection concrètes et impératives découlant de législations sectorielles, comme par exemple les périmètres de protection des eaux ou des forêts ou l'exposition au bruit, en intégrant dans ses modalités et prescriptions les mesures prévues par ces lois.
21. Outre cette fonction, le plan d'affectation sert également d'outil de prise de décision en arbitrant des intérêts identifiés comme méritant protection et en déterminant la portée concrète de cette protection. La prise en compte des inventaires prévus par la législation fédérale en matière de protection de la nature, du paysage et du patrimoine bâti en est un bon exemple.
22. Sous l'impulsion des législations cantonales révisées sur l'énergie, le plan d'affectation voit ce rôle encore renforcé. En effet, les

instruments de la politique énergétique sont autant de nouveaux plans à valeur directrice qu'il s'agit d'intégrer dans les plans territoriaux²⁰. La tendance pourrait, en outre, aller croissant avec l'adoption des plans climat que cantons et villes sont de plus en plus nombreuses à adopter et qui prévoient bon nombre des mesures à vocation territoriale.

B. Le besoin d'élargir le périmètre pour assurer certains intérêts

23. Les enjeux environnementaux et climatiques qui se présentent aux collectivités publiques font naître, de notre point de vue, un besoin de planification qui va croissant en raison de la nécessité de penser ces enjeux à une échelle qui dépasse celle du parcellaire. De plus, ce ne sont pas ou plus seulement les impacts d'un projet sur le territoire environnant qui justifient à eux seuls un tel arbitrage entre le recours au plan à l'échelle d'un quartier ou à l'autorisation à l'échelle du parcellaire, et partant entraîner ladite adaptation d'échelle, mais également des besoins inhérents à celui-ci.
24. L'exemple de la lutte contre les îlots de chaleur en ville peut être évoqué en guise d'illustration²¹. Au nom de l'adaptation au dérèglement climatique, la lutte contre les îlots de chaleur se réalise, notamment, par la réserve d'espaces de verdure et d'eau dans les quartiers, par des liaisons de mobilité douce, ou encore par l'interaction des bâtiments et des espaces ouverts afin de créer des espaces de régulation thermique (par courants d'air). Or, la plupart de ces mesures ne peuvent pas se cantonner à une réflexion à l'échelle d'une parcelle, d'autant que le plus souvent les espaces concernés sont en mains de propriétaires différents.
25. La planification d'affectation à l'échelle d'un quartier est alors à même d'assurer la présence et le maintien d'espaces de verdure et de fraîcheur. Elle assure également un équilibre quantitatif et qualitatif entre espaces libres de construction et espaces bâtis, dans une logique de compensation, en permettant une pesée globale des intérêts dans la perspective d'une densification de qualité.

²⁰ Voir l'exposé de Madame BEURET dans cet ouvrage.

²¹ Pour plus de détails, voir DÉFAGO, p. 583.

26. Ce besoin d'élargir l'échelle d'action soutient et rejoint judicieusement, du point de vue des instruments d'aménagement du territoire, la prise en compte de solutions énergétiques décentralisées en réseau, mais également la prise en compte des intérêts en termes de préservation de la biodiversité en ville et de la compensation écologique en territoire urbanisé²².

C. Un instrument sur lequel s'appuyer

27. En raison de sa force obligatoire pour tout un chacun, de son effet pour l'ensemble des propriétaires d'un périmètre concerné, mais également de la stabilité qui est la sienne (art. 21 al. 2 LAT²³), le plan d'affectation est un instrument sur lequel les collectivités publiques peuvent s'appuyer à maints égards.
28. Le plan facilite tout d'abord la coordination avec le droit privé dans la mesure de son effet obligatoire envers les particuliers. Dans certains cantons, son adoption est la condition *sine qua non* pour obtenir la levée de servitudes empêchant la densification²⁴.
29. Comme on l'a vu ci-avant²⁵, le plan permet d'imposer des obligations aux propriétaires lorsque ceux-ci réalisent leur droit de bâtir, de manière analogue à une condition ou charge attachée à une autorisation de construire. Préférer la planification à la solution individuelle de l'autorisation permet, en outre, d'assurer l'égalité de traitement entre les propriétaires concernés dans le périmètre, ou du moins le devrait. Cet élément est à notre sens primordial lorsqu'il s'agit, par exemple, d'envisager une obligation de raccordement à un réseau de chauffage à distance ou d'imposer des modalités constructives poursuivant une densification de qualité.
30. Le plan permet également de soutenir et d'accompagner des solutions contractuelles avec les propriétaires concernés, étant

²² A ce propos, voir GERBER.

²³ TANQUEREL, Commentaire pratique LAT, art. 21 LAT N 11.

²⁴ Voir la contribution de Madame SEVHONKIAN dans cet ouvrage ainsi que celle du Prof. WERMELINGER.

²⁵ *Supra* N 16.

précisé que lesdites solutions contractuelles doivent s'appuyer sur le plan et non s'y substituer²⁶.

D. La planification du sous-sol

31. Enfin, n'oublions pas que la planification territoriale devrait comprendre celle du sous-sol²⁷. La planification du sous-sol fait partie des chantiers considérés comme prioritaires par le Conseil fédéral²⁸, et ce depuis de nombreuses années. Il est envisagé d'adopter un nouvel article 3 al. 5 LAT qui prévoit que « Les utilisations du sous-sol, notamment des eaux souterraines, des matières premières, des énergies et des espaces constructibles, doivent être coordonnées entre elles et avec les utilisations de surface, compte tenu des intérêts en présence. » Bien que l'inscription de ce principe de planification dans la LAT ne crée pas d'obligation globale d'aménagement du territoire en sous-sol, le Conseil fédéral considère que cela servira à sensibiliser les autorités de planification afin qu'elles tiennent aussi suffisamment compte de l'aspect du sous-sol dans leurs planifications²⁹.
32. Toutefois, cette thématique a été liée à la révision LAT 2 laquelle s'est embourbée dans des méandres législatifs. Le projet du Conseil fédéral n'ayant pas trouvé grâce aux yeux des parlementaires, la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil des Etats a largement remanié le projet en en faisant, dans le même temps, un contreprojet indirect à l'Initiative populaire « Contre le bétonnage de notre paysage (Initiative paysage) »³⁰, mais retardant d'autant l'adoption de ce nouvel article 3 al. 5 LAT.
33. De son côté, le Conseil fédéral va de l'avant dans un projet de cadastre national des conduites, destiné à documenter les

²⁶ Voir la contribution de Me ADANK dans cet ouvrage.

²⁷ Voir la contribution de Me MARTIN-RIVARA dans cet ouvrage.

²⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, Message LAT 2, p. 7431, 7443.

²⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message LAT 2, p. 7443.

³⁰ COMMISSION DE L'ENVIRONNEMENT, DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ÉNERGIE DU CONSEIL DES ÉTATS CEATE-E.

infrastructures de surface et souterraines des réseaux d'eaux, d'eaux usées, de gaz, d'électricité, de communication ainsi que de chauffage à distance, sur la base de sa compétence pour légiférer en matière de géoinformation³¹.

IV. Conclusion

34. Au terme de notre déambulation, nous pouvons constater que le qualificatif d'« incontournable » pour la planification n'est pas galvaudé. Cela n'est guère étonnant.
35. Si le plan d'affectation a de tout temps été la charnière entre la planification stratégique et la concrétisation individuelle des droits des propriétaires dans le champ de l'aménagement du territoire, sa fonction en tant qu'instrument de coordination et réceptacle des nombreux intérêts qui s'expriment autour du territoire et qui doivent faire l'objet d'une pesée globale des intérêts ne fait qu'augmenter.
36. Il ne serait pas étonnant qu'à l'avenir, les législateurs cantonaux se saisissent plus intensément de l'instrument qu'est le plan pour imposer des obligations à vocation territoriale aux propriétaires, en particulier pour la mise en place de réseaux de chaleur avec obligation de raccordement. Il ne serait pas étonnant non plus que les autorités de planification d'affectation soient menées à planifier à plus grande échelle pour assurer la protection d'intérêts publics liés au climat ou à la préservation de la biodiversité pour ne citer qu'eux. Instrument de concrétisation des droits individuels du propriétaire, le plan invite ainsi celui-ci à contribuer, à sa manière, aux défis et enjeux environnementaux, climatiques, énergétiques ou en termes de biodiversité et de durabilité qui concernent le territoire.

³¹ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE LA DÉFENSE, DE LA PROTECTION DE LA POPULATION ET DES SPORTS DDPS, Cadastre des conduites Suisse.

Bibliographie

COMMISSION DE L'ENVIRONNEMENT, DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ÉNERGIE DU CONSEIL DES ETATS CEATE-E, Révision partielle de la loi sur l'aménagement du territoire (2^e étape avec contre-projet indirect à l'initiative paysage). Projet de la commission mis en consultation, Rapport explicatif du 29 avril 2021, Berne 2021 (disponible sous le lien <https://www.parlament.ch/fr/organe/commissions/commissions-thematiques/commissions-ceate/rapports-consultations-ceate/consultation-ceate-18-077>, consulté le 6 mai 2022)

CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la deuxième étape de la révision partielle de la loi sur l'aménagement du territoire du 31 octobre 2018, FF 2018 p. 7423 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Message LAT 2)

DÉFAGO VALÉRIE, « Canicule en ville », in : Clerc Evelyne/Dunand Jean-Philippe/Sprumont Dominique (édit.), *Alea Jacta Est : Santé !, Mélanges en l'honneur d'Olivier Guillod*, Neuchâtel 2021, p. 573 ss

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE LA DÉFENSE, DE LA PROTECTION DE LA POPULATION ET DES SPORTS DDPS, Cadastre des conduites Suisse – CCCH – Vision, stratégie et concept, Berne 2021 (disponible sous le lien <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-85144.html>, consulté le 6 mai 2022)

GERBER ALEXANDRA, « Protection des biotopes et compensation écologique en territoire urbanisé : un besoin urgent et un impératif légal », DEP 2019, p. 499 ss

JEANNERAT ELOI/MOOR PIERRE, Commentaire de l'art. 14 LAT, in : Aemisegger Heinz/Moor Pierre/Ruch Alexander/Tschannen Pierre (édit.), *Commentaire pratique LAT : Planifier l'affectation*, Zurich 2016 (cité : JEANNERAT/MOOR, Commentaire pratique LAT)

TANQUEREL THIERRY, Commentaire de l'art. 21 LAT, in : Aemisegger Heinz/Moor Pierre/Ruch Alexander/Tschannen Pierre (édit.), *Commentaire pratique LAT : Planifier l'affectation*, Zurich 2016

TSCHANNEN PIERRE, « La pesée des intérêts en matière de projets à incidence spatiale », DEP 2019, p. 303 ss

Contenu de la servitude et inscription :
la notaire et la conservatrice du registre foncier en
prise avec le droit public

par

Amédéo Wermelinger

Professeur à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction.....	15
II. Généralités sur les servitudes.....	16
A. Fonction et notion.....	17
1. Fonction.....	17
2. Notion.....	17
B. Constitution des servitudes.....	19
1. Modifications légales pertinentes.....	19
a) Droits réels.....	19
b) Aménagement du territoire.....	19
2. Processus de constitution.....	21
C. Contenu des servitudes.....	22
1. Principes applicables.....	22
2. Licéité du contenu.....	24

III. Notaire et conservatrice du registre foncier	25
A. Notaire	25
1. Fonction.....	25
2. Obligations	26
B. Conservatrice du registre foncier	28
1. Fonction.....	28
2. Obligations	29
IV. Servitude et densification intérieure.....	31
A. Question de la licéité.....	31
1. Servitudes de restriction des droits à bâtir.....	31
2. Violation de l'ordre juridique existant.....	32
B. Violation ou non des normes d'aménagement du territoire	33
1. Nature et but des normes d'aménagement du territoire.....	33
2. Conséquence	36
3. Ecueil et <i>de lege ferenda</i>	37
V. Conclusion.....	38
Bibliographie	40

I. Introduction

1. La servitude est une institution millénaire¹. Il s'agit d'un instrument juridique d'une importance primordiale dans la gestion du territoire. Elle permet d'optimiser l'utilisation et l'exploitation des biens-fonds. Par ailleurs la servitude est considérée comme étant de nature de droit privé essentiellement et organise les relations entre propriétaires fonciers voisins². Donc, comme institution de droit privé, on devrait penser que la servitude ne concerne que des enjeux privés. Or, c'est un peu l'objet de la présente contribution : présenter si les enjeux régis par les servitudes ne dépassent pas souvent le cercle de quelques propriétaires pour devenir une affaire de la cité.
2. A ce propos, il convient d'évoquer le droit public, dont l'essor dans le domaine immobilier semble plus récent³. En effet, le droit de l'aménagement du territoire a dû attendre jusqu'en 1979 pour connaître une codification au niveau fédéral⁴. Dans ce cadre, les relations entre droit public et droit privé sont donc en évolution constante et il est donc difficile de les définir avec précision. Il est donc intéressant de faire, ci-après, un petit bilan de la situation, telle

¹ Pour une approche historique dans le cadre du droit romain en comparaison avec le droit suisse, voir notamment : DUNAND/PRADERVAND-KERNEN/RISKE, p. 82 ss.

² Une telle conception classique et dogmatique des domaines juridiques est vraisemblablement dépassée, dans la mesure où la ressource du sol est finie et qu'elle concerne les intérêts vitaux d'une population.

³ Il convient cependant de nuancer ce propos en précisant que déjà le droit romain distinguait les servitudes prédiales rurales et urbaines et qu'il ne leur donnait pas le même statut juridique. En effet, les servitudes urbaines étaient principalement destinées à améliorer non seulement la situation individuelle d'un bénéficiaire mais aussi la constructibilité globale des biens-fonds d'une ville (pour une étude approfondie de la distinction : BELTRAMINELLI, N 160 ss, en particulier N 173 pour ce qui est de l'importance des servitudes prédiales urbaines dans le cadre du développement de la construction de la ville de Rome). De là à prétendre que la servitude avait une portée (implicite) de droit public en droit romain, il n'y a qu'un petit pas que d'aucuns pourraient allègrement franchir.

⁴ Bien entendu, il existait déjà une législation cantonale en la matière, avant que la Confédération n'obtienne un mandat constitutionnel de légiférer en 1969 (pour un petit aperçu historique, voir FF 1978 I 1009 ss).

qu'elle peut être perçue actuellement. Cette analyse se rapporte donc essentiellement aux relations entre la servitude comme institution de droit privé et le droit de l'aménagement du territoire, là où celui-ci pourrait être considéré comme correctif de droit public.

3. Enfin, nous nous attacherons à ausculter le sujet sous un prisme particulier, laissant le reste du sujet à d'autres auteur·e·s⁵ : en effet, nous essayons de voir dans quelle mesure les relations entre servitudes et aménagement du territoire peuvent restreindre le contenu des servitudes et la portée qu'une telle restriction produit sur le processus de constitution d'une servitude. Bien entendu, cette question doit surtout être posée pour les activités des deux actrices principales dans la constitution d'une servitude, à savoir la personne qui instrumente la servitude, donc en règle générale la notaire et la personne qui l'inscrit au registre foncier, donc la conservatrice du registre foncier.
4. La présente contribution s'arrête au processus de constitution d'une servitude, lorsque des normes de droit public qui pourraient entrer en conflit avec la servitude à constituer existent déjà. La question de savoir si une norme (très souvent ultérieure) de droit public pourrait avoir un impact sur l'existence d'une servitude déjà constituée est abordée par Naïri Sevhonkian, dans sa contribution ayant pour titre : « Les servitudes de restriction des droits à bâtir – un fléau pour la densification »⁶.

II. Généralités sur les servitudes

5. Ci-après, nous allons d'abord donner un bref aperçu de la fonction et de la notion de la servitude, pour continuer avec la description de sa constitution et de son contenu général.

⁵ En vue d'un très modeste rééquilibrage des genres, il a été pris le parti, dans la présente contribution, de n'utiliser que le genre féminin. Après avoir enseigné durant des décennies, le soussigné peut, par ailleurs, confirmer que les métiers du droit sont de plus en plus embrassés par les femmes.

⁶ Voir *infra*, p. 43 ss.

A. Fonction et notion

1. Fonction

6. Dans les relations de voisinage entre propriétaires fonciers, les servitudes servent à compenser un manque, d'un côté, et une surabondance, de l'autre. Ce qui fait défaut à une propriétaire foncière pour pouvoir exploiter correctement son bien-fonds lui est accordé par une voisine en grevant le bien-fonds de celle-ci d'un droit réel limité. L'immeuble grevé perd en valeur, mais souvent bien moins que l'immeuble bénéficiaire n'en gagne. Il en découle une augmentation globale de la valeur des terres qui justifie cette institution de droit privé. Dès lors, la servitude remplit une fonction primordiale, non seulement en matière d'aménagement du sol (servitudes de passage, d'empiètement, etc.), mais également dans les relations de voisinage (servitudes de moquette visant à diminuer les immissions sonores, servitudes de restriction des droits à bâtir, etc.). Les enjeux en relation avec une servitude peuvent également être d'ordre économique et financier (p. ex. servitudes de concurrence). Elle règle également la manière dont une propriétaire peut comprimer l'exercice des prérogatives de son droit de propriété. En constituant un droit d'habitation ou un usufruit, la propriétaire renonce temporairement à exercer son droit de jouissance et/ou son droit d'usage sur son bien. Les servitudes sont en général constituées pour des durées indéterminées⁷.

2. Notion

7. L'art. 730 al. 1 CC définit de manière générale la notion de la servitude. Pour la préciser, il faut référer à la doctrine et la jurisprudence. La servitude est un droit réel limité qui confère à son titulaire l'usage et/ou la jouissance d'une chose, d'un animal ou d'un droit et comporte une obligation de tolérance ou d'abstention pour la propriétaire du bien⁸. La servitude est subdivisée en deux grandes

⁷ Pour le tout, voir LIVER, p. 1 ; WERMELINGER/SEVHONKIAN, N 394.

⁸ STEINAUER, N 3282 ; WERMELINGER/SEVHONKIAN, N 395.

catégories que sont les servitudes foncières et les servitudes personnelles. Les éléments clés de la notion sont les suivants⁹ :

- La servitude est un droit réel, donc absolu qui existe *erga omnes*¹⁰. Tout le monde est tenu de respecter le droit découlant de la servitude.
- En tant que droit réel limité, la servitude confère une maîtrise partielle sur une chose¹¹. Elle est un moyen de restreindre la propriété sans pour autant la vider de tout son contenu.
- La maîtrise partielle comporte le droit d'user de la chose et/ou d'en jouir¹². La servitude contient un « côté actif » puisque la bénéficiaire du droit peut se servir de la chose. En outre, le droit conféré par la servitude peut également empêcher que certains actes aient lieu sur la propriété grevée de la servitude. C'est cet aspect de la servitude qui nous intéressera dans la présente contribution, puisqu'il peut entrer en conflit avec des possibilités attribuées par le droit de l'aménagement du territoire.
- La servitude comporte un « côté passif ». La propriétaire doit tolérer qu'une autre personne se serve de son bien ou doit omettre de réaliser certains actes¹³. Ainsi, elle peut devoir tolérer l'exercice du droit conféré à la bénéficiaire (p. ex. le passage de la voisine sur son fonds, la récolte des fruits du pommier de son propre jardin, etc.), ou elle peut devoir s'abstenir d'un certain comportement ou de certains actes (restriction des droits à bâtir, ne pas obstruer la vue de la voisine, etc.). En revanche, la servitude ne peut avoir pour contenu principal une obligation de faire quelque chose (l'obligation pour le propriétaire de tondre son gazon, de repeindre tous les ans sa façade, etc.). Une telle obligation de faire ne peut être rattachée qu'accessoirement à la servitude (art. 730 al. 2 CC).

⁹ WERMELINGER/SEVHONKIAN, N 396.

¹⁰ GALLAND, N 26 s.

¹¹ LIVER, Dienstbarkeiten, N 6 ad art. 730.

¹² HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, N 08.01.

¹³ HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, N 08.03 ; LIVER, Dienstbarkeiten, N 4 et 106 ad art. 730.

B. Constitution des servitudes

1. Modifications légales pertinentes

a) Droits réels

8. Le 1^{er} janvier 2012, la révision partielle des droits réels immobiliers est entrée en vigueur. Elle a été déclenchée par la motion no 98.3131 du Conseiller aux Etats FRITZ SCHIESSER (FDP/Glaris) du 19 mars 1998. La modification la plus importante du droit des servitudes concernait les exigences de forme pour la constitution d'un tel droit. Depuis le 1^{er} janvier 2012, toute constitution d'une servitude exige la forme authentique (art. 732 al. 1 CC). Si l'exercice de la servitude se limite à une partie du bien-fonds et que le lieu où elle s'exerce n'est pas décrit avec suffisamment de précision dans l'acte authentique, les parties doivent dessiner son emprise sur un extrait de plan du registre foncier (art. 732 al. 2 CC). D'autres points particuliers, dont la question de l'épuration des servitudes en cas de divisions ou de réunions foncières, des obligations accessoires ou les charges d'entretien ont aussi fait l'objet de modifications¹⁴. En revanche, pour ce qui est de l'influence du droit public sur la constitution de la servitude, aucune modification n'est intervenue dans le cadre de cette modification partielle.

b) Aménagement du territoire

9. La loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1980. Après quelques autres modifications légales, l'Office fédéral du développement territorial a publié un rapport en vue d'une nouvelle révision de la LAT. La question du développement durable du territoire y est une thématique centrale¹⁵. Sept années plus tard, la révision partielle du 15 juin 2012 a été adoptée. Le Conseil fédéral a jugé que la perte de terres cultivables et le mitage du territoire devaient être considérés

¹⁴ Pour une analyse plus approfondie de ces sujets voir notamment WERMELINGER/PFÄFFLI, p. 386 ss.

¹⁵ ARE, Résultats, p. 3 ss.

comme des problèmes urgents à résoudre afin de préserver les terres cultivables. Pour ce faire, il fallait empêcher les zones à bâtir surdimensionnées. Cet objectif passe par le développement de l'urbanisation à l'intérieur du milieu bâti, afin de créer un milieu bâti compact (densification intérieure). A cet effet, la LAT a introduit divers instruments permettant de garantir que le terrain soit effectivement utilisé de la manière la plus rationnelle possible. En réaction à la problématique de la thésaurisation des terrains constructibles¹⁶, l'art. 15a LAT exige des cantons d'obtenir, par des moyens de droit cantonaux, que la disponibilité des terrains constructibles soit garantie¹⁷. Par garantie de la disponibilité selon les art. 15 al. 4 let. d et 15a LAT, le législateur exprime donc aux cantons l'obligation de prendre des mesures qui favorisent le plus possible la construction des terrains¹⁸. Si, à cette fin, il faut supprimer un droit réel limité, les cantons peuvent donc adopter des normes légales leur permettant d'ordonner une telle suppression. En revanche, on ne trouve pas dans la LAT une disposition qui empêche spécifiquement les propriétaires foncières ou qui enjoint aux cantons d'empêcher les propriétaires foncières de constituer des nouvelles servitudes qui auraient pour effet de contrecarrer les objectifs légaux de la LAT, notamment la densification intérieure¹⁹.

¹⁶ Pour la notion et la problématique de la thésaurisation des terrains constructibles, voir notamment AEMISEGGER/KISLING, N 17 ss ad art. 15a.

¹⁷ Selon le Tribunal fédéral, l'art. 15a LAT contient un mandat législatif impératif à l'intention des cantons. Ceux-ci doivent adopter une base légale permettant à l'autorité compétente de fixer un délai pour la construction sur un bien-fonds et ils doivent arrêter des sanctions en cas de non-respect de l'obligation de construire dans le délai arrêté. Ce mandat législatif s'applique à l'ensemble de la zone à bâtir. En revanche, le droit fédéral ne désigne pas précisément les mesures à prendre ou l'autorité compétente (ATF 143 II 476, cons. 3.3). Voir aussi STÖCKLI, p. 7 ss. Il s'agit donc non seulement de promouvoir la disponibilité des terrains constructibles, mais de l'imposer (STÖCKLI, p. 13).

¹⁸ Pour le tout voir DUBEY, Disponibilité du terrain, p. 179 ss.

¹⁹ De même, les lois cantonales d'application de l'art. 15a LAT ne traitent pas expressément de cette question.

2. Processus de constitution

10. La constitution des servitudes est régie par les art. 731 à 733 CC ainsi que, par renvoi de l'art. 731 al. 2 CC, par les dispositions régissant l'acquisition de la propriété foncière (art. 656 ss CC). Les modes de constitution des servitudes peuvent être originaires ou dérivés et peuvent requérir une inscription au registre foncier ou non (voir art. 676 al. 3 CC)²⁰. Ci-après, nous ne nous intéresserons qu'à la constitution selon le mode dérivé, nécessitant une inscription au registre foncier.
11. Selon le principe de causalité, la constitution d'une servitude est soumise à l'existence d'une cause juridique valable. Cette cause juridique représente le titre d'acquisition, soit très souvent un contrat constitutif de servitude, soit parfois une déclaration unilatérale de la propriétaire inscrite au registre foncier²¹.
12. L'art. 732 al. 1 CC exige la forme authentique pour l'acte constitutif d'une servitude. Cela a pour but de diminuer les éventuels conflits liés à l'interprétation du contrat constitutif de servitude, en assurant une formulation précise et correcte sur le plan juridique²². En effet, pour des servitudes anciennes, il n'est pas toujours facile de comprendre ce que voulaient vraiment les parties contractuelles.
13. Les clauses essentielles doivent figurer dans l'acte constitutif et, s'il s'agit d'un contrat, faire l'objet d'un échange de manifestations de volonté au sens de l'art. 1 CO. Les points suivants doivent au moins figurer dans l'acte constitutif : la désignation de l'objet grevé et du bénéficiaire, la description du contenu de la servitude et la volonté d'octroyer un caractère réel au droit à constituer²³.
14. L'art. 732 al. 2 CC exige la production d'un plan du registre foncier si l'exercice de la servitude est limité à une partie de l'immeuble ou si le lieu où elle s'exerce n'est pas décrit avec suffisamment de

²⁰ WERMELINGER/SEVHONKIAN, N 414.

²¹ Bien entendu, une servitude peut aussi être constituée par une disposition pour cause de mort, mais ce cas n'intéresse pas ici (JEANDIN, p. 111).

²² PFÄFFELI, Errichtung, p. 8.

²³ JEANDIN, p. 113 ss.

précision. Cette condition a aussi pour but d'améliorer la précision de la publicité du registre foncier et d'éviter des litiges sur l'interprétation du contenu de servitudes dans des cas concrets. Le plan du registre foncier est celui défini à l'art. 7 OMO. Un plan privé, même dessiné par un architecte, ne suffit pas s'il n'a pas pour base le plan du registre foncier, établi par la géomètre officielle, sur lequel les parties reportent le tracé de la servitude²⁴.

15. Le contrat constitutif de servitude confère à sa titulaire une créance en vue de la constitution de la servitude. Celle-ci n'est donc pas encore constituée à ce stade²⁵. Plusieurs étapes sont encore nécessaires pour la constitution d'une servitude. En fait, l'acte constitutif n'est qu'un titre d'acquisition. Une fois instrumenté, il doit être suivi par un acte de disposition (réquisition d'inscription de la servitude au registre foncier). Celui-ci est fait par la personne qui a le pouvoir de disposer, soit – en règle générale – la propriétaire inscrite au registre foncier du fonds servant (art. 963 al. 1 CC). C'est l'inscription au registre foncier de la servitude au feuillet du fonds servant qui, conformément à l'art. 968 CC, constitue la servitude (art. 98 al. 1 ORF)²⁶. La servitude est également inscrite au feuillet du fonds dominant (art. 968 CC et 98 al. 1 ORF), mais il ne s'agit-là que d'une simple prescription d'ordre²⁷.

C. Contenu des servitudes

1. Principes applicables

16. Dans le cadre de l'ordre juridique (art. 27 CC, art. 19/20 CO, etc.), les parties qui constituent une servitude sont libres de déterminer son contenu²⁸. Ainsi, elles pourront aménager le contenu de la servitude en fonction de leurs besoins concrets, ce qui fait de la

²⁴ ATF 138 III 742, cons. 2, SJ 2013 I 551.

²⁵ JEANDIN, p. 112.

²⁶ STEINAUER, N 3349.

²⁷ STEINAUER, loc.cit.

²⁸ STEINAUER, N 3311.

servitude un instrument pouvant être constitué en fonction des besoins concrets des parties²⁹.

17. Cela nonobstant, pour pouvoir être inscrit, le contenu de la servitude doit répondre à un certain nombre de critères brièvement évoqués ci-dessous :

- **Licéité du contenu** : le contenu de la servitude ne doit pas être impossible, illicite ou contraire à l'ordre public³⁰. Si tel est le cas, le contrat de servitude est nul (art. 20 CO)³¹, et, conformément au principe de causalité applicable aux droits réels, il ne peut – en principe – donner lieu à la constitution valable de la servitude qui en découlerait.
- **Intérêt de l'ayant droit** : la servitude doit représenter un intérêt pour le titulaire du droit. Selon le Tribunal fédéral, l'inscription d'une servitude est soumise au « principe général selon lequel une servitude doit présenter un intérêt raisonnable pour l'ayant droit »³². Ce critère vise à éviter que des inscriptions futiles surchargent le contenu du registre foncier³³.
- **Intérêt du bien-fonds dominant** : selon l'art. 730 al. 1 CC, la servitude foncière est constituée « en faveur d'un autre immeuble ». La doctrine majoritaire est d'avis que les besoins personnels et particuliers du propriétaire actuel du fonds dominant permettent l'inscription d'une telle servitude foncière³⁴.
- **Restriction de la propriété du fonds servant** : la charge imposée par la servitude doit avoir une répercussion sur les prérogatives de la propriétaire dans le cadre de sa maîtrise sur

²⁹ WERMELINGER/SEVHONKIAN, N 425.

³⁰ HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, N 08.14 ; PIOTET, servitudes, N 112.

³¹ CR CC II-ARGUL, N 9 ad art. 730.

³² TF du 21.10.2004, 5C.126/2004, cons. 2.2 ; ATF 121 III 52, cons. 2.a.

³³ LIVER, Dienstbarkeiten, N 90 ad art. 730.

³⁴ GALLAND, N 188 ; PIOTET, servitudes, N 101 ; STEINAUER, N 3316.

son fonds³⁵. Ainsi, une servitude ne peut pas restreindre la propriétaire grevée de disposer de son bien-fonds (vente ou constitution d'un droit réel limité)³⁶.

- **Absence d'une prestation principale positive** : l'art. 730 al. 1 CC prévoit que le propriétaire doit « s'abstenir » ou « tolérer » la charge qui lui est imposée par la servitude. La charge ne peut pas consister en une action, respectivement en un devoir de faire quelque chose. Une servitude ne peut imposer au propriétaire du fonds servant qu'une attitude passive³⁷. Toutefois, l'art. 730 al. 2 CC prévoit qu'une obligation de faire peut être rattachée de manière accessoire à une servitude.

2. Licéité du contenu

18. Pour la présente contribution, le critère le plus délicat et le plus intéressant est celui de la licéité du contenu. En effet, si on veut inscrire une servitude au registre foncier qui a pour conséquence de contrevenir aux objectifs de densification intérieure contenus dans le droit de l'aménagement du territoire (servitude de restriction des droits à bâtir), on doit se poser la question de savoir si ce contenu fait obstacle à l'inscription visée.
19. Selon certains auteurs, la liberté de déterminer le contenu de la servitude se voit restreinte notamment par de plus en plus de règles de droit public en matière d'aménagement du territoire³⁸. L'art. 680 al. 3 CC prévoit d'ailleurs qu'une servitude ne saurait modifier ou supprimer les restrictions établies dans l'intérêt public³⁹. L'exigence d'un contenu licite vise notamment la protection de la sécurité du

³⁵ CR CC II-ARGUL, N 8 et 14 ad art. 730 ; GALLAND, N 70 et 244 ss ; PIOTET, servitudes, N 98.

³⁶ TF du 16.07.2020, 5A_134/2020, cons.1.

³⁷ CR CC II-ARGUL, N 10 ad art. 730 ; GALLAND, N 78 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, N 08.16 s. ; WERMELINGER/SEVHONKIAN, N 431.

³⁸ REY, Grundlagen, N 28 et 30.

³⁹ Cela étant, toutes les restrictions établies dans l'intérêt public ne semblent pas nécessairement être de droit impératif (PIOTET, servitudes, N 113).

droit. Si la servitude est illicite ou impossible, le droit ne saurait être protégé.

20. Toutefois, la question qui intéresse ci-dessous, ce n'est pas tant de savoir si la servitude – qui par hypothèse aurait un contenu contraire aux exigences du droit de l'aménagement du territoire – sera protégée en cas de conflits. C'est bien plus de savoir si une telle servitude peut être convenue et inscrite au registre foncier ou non. Pour ce faire, il faut d'abord brièvement présenter les intervenantes dans la constitution de la servitude et, ensuite, déterminer quels sont les éventuels contenus contraires au droit public⁴⁰.

III. Notaire et conservatrice du registre foncier

21. Aussi bien la personne qui instrumente l'acte constitutif de la servitude que celle qui l'inscrit au registre foncier interviennent dans le cadre de la constitution de ce droit réel limité. Par souci de simplification, nous parlons ci-après de la notaire⁴¹ et de la conservatrice du registre foncier. Dans l'ordre chronologique de leur intervention, nous traitons d'abord de la notaire puis de la conservatrice du registre foncier.

A. Notaire

1. Fonction

22. La notaire est un officier public dont l'activité relève de la juridiction gracieuse⁴². Elle a plusieurs fonctions, dont la plus importante consiste à instrumenter des actes authentiques, notamment en

⁴⁰ Pour une approche générale, voir PIOTET, servitudes, N 113 s.

⁴¹ Il faut brièvement rappeler que l'organisation du notariat revient aux cantons. Différentes formes y sont régies et il existe même des cantons où ce n'est pas une notaire, comme représentante d'une profession libérale, mais une fonctionnaire qui ne s'appelle pas toujours notaire, qui est chargée de dresser des actes authentiques (pour plus d'informations voir MOOSER, droit notarial, N 57 ss).

⁴² MOOSER, droit notarial, N 53 ; PIOTET, application, p. 170.

matière de droits réels. C'est exclusivement à cette fonction que nous allons nous intéresser ci-après.

23. L'acte authentique est un document écrit passé en une forme qualifiée et selon une procédure principalement prévue par le droit cantonal⁴³. Il est doté d'une force probante accrue (art. 9 CC) et contient la constatation de faits ayant juridiquement une portée ou des déclarations de volonté⁴⁴.

2. Obligations

24. Dans l'exercice de sa fonction et surtout dans le cadre de l'instrumentation des actes authentiques, la notaire est soumise à un grand nombre d'obligations professionnelles⁴⁵ :
- l'obligation d'instrumenter, liée à l'obligation de se récuser dans un cas de conflit d'intérêts ;
 - l'obligation de véracité ;
 - l'obligation de clarté ;
 - l'obligation de renseigner ;
 - l'obligation d'impartialité ;
 - le secret professionnel ;
 - l'obligation d'exécution des actes ;
 - l'obligation de conservation ;
 - etc.
25. De manière tout à fait générale, la notaire doit éviter, dans l'exercice de sa profession, d'instrumenter des actes dont le contenu est nul ou impossible⁴⁶. Elle doit ainsi refuser d'instrumenter tout acte qui

⁴³ Pour ce qui est de la procédure applicable, voir SCHMID, Beurkundung, p. 3 ss.

⁴⁴ Pour plus d'informations voir MOOSER, droit notarial, N 422 ss.

⁴⁵ MOOSER, droit notarial, N 139 ss.

⁴⁶ MOOSER, droit notarial, N 141.

violerait la loi⁴⁷. Ce principe peut entrer en conflit avec l'obligation d'instrumenter. Dès lors, on doit se demander jusqu'où va l'obligation de la notaire dans l'analyse de l'illicéité possible du contenu d'un acte authentique à instrumenter. Selon certains, l'examen n'intervient que *prima facie* et il n'appartient pas à la notaire de s'ériger en juge et de se prononcer définitivement sur la validité d'une transaction⁴⁸.

26. Selon nous, même confrontée à une obligation d'instrumenter, la notaire est – comme mandataire – soumise à un devoir de diligence contractuel⁴⁹ : cela signifie que lorsqu'elle instrumente un acte authentique, elle doit l'avoir évalué avec le soin nécessaire que l'on peut attendre de la part d'une personne spécialisée, au bénéfice d'une formation universitaire et professionnelle en adéquation avec l'exercice de cette fonction⁵⁰.
27. Pour ce qui est de l'obligation de renseigner, la notaire doit en informer les parties, lorsqu'il lui semble que le contenu de l'acte à conclure pourrait être illicite ou, du moins, comporter des clauses illicites⁵¹. Se pose alors la question de savoir si la notaire peut

⁴⁷ MOOSER, droit notarial, N 162. C'est du moins le cas lorsque le contenu viole clairement le droit impératif (SCHMID, Belehrung, p. 20).

⁴⁸ MOOSER, droit notarial, N 170 ; PIOTET, application, p. 173.

⁴⁹ Dans le cadre de son devoir de diligence, elle peut toutefois se fier aux inscriptions au registre foncier et ne répond, bien entendu, pas de l'absence – même fausse – d'une mention (TF du 20.05.2014, 4A_619/2013, cons. 6.3).

⁵⁰ Pour ce qui est de la formation des notaires (notamment la nécessité d'obtenir un brevet, une patente et de veiller à sa formation continue), voir MOOSER, droit notarial, N 62 ss. Selon ce même auteur, la notaire exerce une profession scientifique impliquant la mise à jour continuelle de ses connaissances (MOOSER, droit notarial, N 53c et 75 ss).

⁵¹ MOOSER, droit notarial, N 233. Pour ce qui est, par exemple, de l'illicéité d'une servitude prévoyant l'exclusion de la possibilité de s'opposer, dans le cadre de la procédure administrative, à la modification d'un plan de zone, voir ATF 131 III 414, JdT 2005 I 347, cons. 2. Sur la problématique d'une convention, conclue sous l'ancien droit – donc sans obligation de forme authentique pour la constitution d'une servitude – qui avait pour objet une réduction du droit de la construction sur un bien-fonds, voir TF du 02.08.2006, 5C.96/2006. La convention n'était pas appelée servitude et ne prévoyait pas l'inscription au registre foncier. Cela nonobstant, la partie bénéficiaire a exigé, sans succès, son inscription comme servitude lorsque le plan de zone a été modifié ultérieurement.

instrumenter un acte qui pourrait contenir des illicéités, mais dont les parties souhaitent néanmoins l'instrumentation. La réponse à cette question est délicate, car la notaire n'est pas « tutrice » des parties contractuelles et celles-ci peuvent s'écarter de ses conseils⁵².

28. La notaire doit-elle renseigner les parties contractuelles sur des normes d'aménagement du territoire ? Selon certains, c'est le cas lorsque l'acte authentique a justement un contenu qui est en relation directe et concrète avec l'aménagement du territoire. Ainsi, si les parties veulent conclure une servitude permettant de déroger aux normes applicables aux distances, aux hauteurs, etc. la notaire ne peut pas simplement ignorer le droit de l'aménagement du territoire applicable⁵³.
29. Dans les cantons où la conservatrice du registre foncier est aussi appelée à instrumenter des actes authentiques (art. 972 al. 3 CC), comme c'est notamment le cas pour le canton des Grisons⁵⁴, il lui appartient, dans le cadre de l'instrumentation d'un acte authentique, d'assumer les obligations incombant à la notaire, dont le devoir de renseigner⁵⁵.

B. Conservatrice du registre foncier

1. Fonction

30. « Le registre foncier est un service public chargé de donner l'état des droits en relation avec les immeubles »⁵⁶. En cela, il met en œuvre le principe de publicité en matière immobilière (art. 970 CC). L'organisation du registre foncier est, sous réserve des normes de

⁵² MOOSER, droit notarial, N 213. Selon certains auteurs, s'il y a un doute raisonnable sur l'illicéité, la notaire peut instrumenter l'acte après avoir dûment informé les parties contractuelles des risques encourus (PIOTET, application, p. 173).

⁵³ PIOTET, application, p. 176.

⁵⁴ MOOSER, droit notarial, N 61.

⁵⁵ TF du 08.06.2020, 2D_72/2019, cons. 4.6, dans lequel le Tribunal fédéral estime que les devoirs en question n'ont pas été violés alors que la conservatrice du registre foncier n'avait pas reconnu une prétendue nullité du contrat conclu.

⁵⁶ STEINAUER, N 697.

standard minimal du Code civil et de l'Ordonnance du registre foncier, soumise au droit cantonal⁵⁷.

31. Selon certains auteurs, le contenu du registre foncier doit être restreint aux droits et obligations découlant du droit privé. Il n'aurait pas à faire état de normes et prescriptions découlant du droit public, en particulier de l'aménagement du territoire (distances aux limites, plans de zones, etc.)⁵⁸. Cet avis entre toutefois en conflit avec le contenu et l'esprit de l'art. 962 CC qui permet, voire oblige, la mention de restrictions de droit public à la propriété⁵⁹.
32. La conservatrice du registre foncier est la personne responsable de la tenue du registre foncier. Elle veille principalement à l'inscription – au sens large du terme – des opérations faisant l'objet d'une réquisition au registre foncier⁶⁰. Elle prend ses décisions sur la base d'un acte de juridiction gracieuse⁶¹.

2. Obligations

33. Au moment où une réquisition est déposée au registre foncier, toutes les conditions liées à son traitement, voire à son inscription, doivent être réunies⁶². Il appartient à la conservatrice du registre foncier de vérifier que c'est bien le cas, avant d'opérer l'inscription requise⁶³. Le pouvoir d'examen – qui aujourd'hui est plutôt qualifié de devoir d'examen – de la conservatrice du registre foncier se rapporte principalement aux points suivants (art. 83 ORF)⁶⁴ :
 - le droit applicable ;
 - sa compétence en raison de la matière et du lieu ;

⁵⁷ MÜHLEMATTER/STUCKI, p. 48 s. ; STEINAUER, N 714 ss.

⁵⁸ FASEL, N 138 s. ad Einleitung.

⁵⁹ MÜHLEMATTER/STUCKI, p. 140 s. ; STEINAUER, N 1122 ss et 2853.

⁶⁰ Pour le tout, PFÄFFLI, Angst, N 5 ss.

⁶¹ STEINAUER, N 1153.

⁶² MÜHLEMATTER/STUCKI, p. 194 ; PFÄFFLI, Angst, N 11 s.

⁶³ PFÄFFLI, Angst, N 11 s.

⁶⁴ MÜHLEMATTER/STUCKI, p. 185 ss ; PFÄFFLI, Angst, N 18 ss ; STEINAUER, N 1166 ss.

- la forme et le contenu de la réquisition ;
 - l'identité de la personne qui présente la réquisition ;
 - le droit de disposer, le pouvoir de représentation ainsi que la capacité civile de la personne qui présente la réquisition ;
 - la possibilité d'inscrire le droit qui est l'objet de la réquisition (« *Eintragungsfähigkeit* »)⁶⁵ ;
 - la forme du titre d'acquisition (ici, acte constitutif de la servitude) ;
 - les pièces justificatives, autorisations et consentements nécessaires à l'inscription.
34. Si toutes les conditions relatives à l'opération faisant l'objet d'une réquisition sont réunies, la conservatrice du registre foncier y procède⁶⁶, sans qu'elle n'ait la faculté de la rejeter⁶⁷.
35. La majorité des points à vérifier par la conservatrice du registre foncier sont de nature formelle. En principe, on ne lui demande pas de vérifier la validité matérielle du titre d'acquisition⁶⁸. Elle n'a donc pas à rechercher les causes possibles d'une nullité de l'acte ; en revanche, elle vérifie si l'acte est manifestement nul en raison de son

⁶⁵ Dans le cadre de la « *Eintragungsfähigkeit* » la conservatrice du registre foncier vérifie exclusivement un aspect particulier de la licéité du contenu d'un droit à inscrire, à savoir : est-ce qu'il respecte le principe du *numerus clausus* et le principe de la fixation des types (pour le contenu de ces principes, voir STEINAUER, N 125 ss). La question fondamentale est donc de savoir si le droit constitué entre les parties existe sur un plan des droits réels ou non. En revanche, la question de savoir si le contenu de l'acte constitutif pourrait être illicite pour d'autres raisons, ne fait pas partie de ce contrôle spécifique. Comme l'indique le Tribunal fédéral (TF du 26.10.2018, 5A_520/2018, cons. 4.1.2) : « *Eine Anmeldung weist er nur ab, wenn sie sich auf einen offensichtlich nichtigen Rechtstitel stützt oder sich das angemeldete Recht seiner Natur nach nicht zur Aufnahme ins Grundbuch eignet* ». Pour ce qui est de la nullité manifeste indiquée en premier lieu, voir le B.2 de la présente contribution. La deuxième hypothèse du Tribunal fédéral se rapporte à la « *Eintragungsfähigkeit* ».

⁶⁶ STEINAUER, N 1174.

⁶⁷ TF du 26.10.2018, 5A_520/2018, cons. 4.1.2. Ou, selon les termes de PFÄFFLI, Angst, N 32 : « *Wichtig dabei ist, dass er sich stets vor Augen hält, dass das Grundbuch nicht ein "Verweigerungsregister", sondern ein "Eintragungsregister" ist* ».

⁶⁸ TF du 03.07.2018, 5A_237/2018, cons. 2.3 ; MÜHLEMATTER/STUCKI, p. 191 s.

illicéité⁶⁹. Ainsi, la conservatrice ne rejette pas une réquisition de l'inscription d'une servitude, sous le prétexte qu'elle pourrait être en contradiction avec une autre servitude déjà inscrite au registre foncier⁷⁰.

IV. Servitude et densification intérieure

A. Question de la licéité

1. Servitudes de restriction des droits à bâtir

36. Une servitude peut restreindre la construction de futurs bâtiments, soit en l'interdisant totalement, soit en émettant des limites plus conséquentes que celles découlant du droit public de l'aménagement du territoire ou du droit de la police des constructions⁷¹. Dès lors, il en résulte un potentiel constructible non exploité, ce qui va à l'encontre de l'objectif de la densification intérieure ancré dans la législation sur l'aménagement du territoire⁷².
37. Bien entendu, il peut aussi y avoir des servitudes qui ne restreignent pas le potentiel constructible mais, par exemple, les affectations admises sur un bien-fonds. C'est le cas lorsque, dans une zone à affectation mixte selon le plan de zone, on décide d'inscrire une servitude qui n'admet qu'un seul type d'affectation comme

⁶⁹ ATF 141 III 13, cons. 4.1 ; voir aussi TF du 15.11.2021, 5A_838/2020, cons. 5.1.1 ; TF du 26.10.2018, 5A_520/2018, cons. 4.1.2 ; TF du 03.07.2018, 5A_237/2018, cons. 2.3 ; TF du 19.03.2014, 5A_380/2013, cons. 3.2 ; STEINAUER, N 1171. Plus nuancé, FASEL, N 165 ad Einleitung.

⁷⁰ TF du 10.12.2010, 5A_383/2010, cons. 2.3.

⁷¹ Une telle restriction peut, par exemple, diminuer la hauteur maximale admise de la construction, diminuer le volume ou la surface constructible ou modifier les règles de distances aux limites ; p. ex. TF du 26.01.2010, 5A_617/2009, la servitude permet uniquement des maisons familiales à des fins d'habitation d'au maximum deux étages ; voir aussi GALLAND, N 134 et 419 ss ; MARTIN-RIVARA, p. 159 ; VALLATI, N 558.

⁷² A cet effet, il est intéressant de constater qu'il n'existe pas de définition légale de la servitude de restriction des droits à bâtir (MARTIN-RIVARA, p. 157 s.).

l'habitation⁷³. Dans un tel cas, on ne restreint pas la densification comme telle, mais la typologie des constructions, telles qu'elles sont envisagées par le législateur. Ci-après, nous allons explicitement traiter des servitudes de restriction de la constructibilité. Il est possible que les principes dégagés puissent, du moins partiellement et *mutatis mutandis*, être applicables aux servitudes restreignant l'affectation prévue par le droit de l'aménagement du territoire.

2. Violation de l'ordre juridique existant

38. Lorsque les parties veulent faire inscrire une servitude, l'ordre juridique en place doit être respecté, afin que le contenu de la servitude puisse être considéré comme licite. Bien entendu, cela signifie que les parties doivent tenir compte du droit impératif⁷⁴. Le droit dispositif est justement édicté par le législateur pour suppléer à d'éventuelles omissions dans les règles convenues par les parties contractuelles. Ensuite, un problème ne peut surgir que si on doit effectivement parler d'une véritable violation du droit impératif. La question est particulièrement délicate lorsque le droit impératif comporte des contenus programmatiques et quasiment déclamatoires, sans mesures concrètes et clairement définies. Enfin, on doit se demander s'il est possible de parler d'une violation du droit impératif, lorsqu'une servitude ne fait que restreindre des possibilités accordées par le droit impératif. Est-ce qu'en l'absence d'un véritable devoir légal de construction, le fait de restreindre les possibilités de densification intérieure – ne devant pas impérativement être réalisées – peut être qualifié de violation du droit de l'aménagement du territoire⁷⁵ ?

⁷³ Ou, par exemple, dans le cadre d'une servitude d'interdiction d'exploitation : GALLAND, N 266 ss ; VALLATI, N 419 ss.

⁷⁴ Voir à ce propos TF du 07.02.2003, 5C.213/2002, cons. 3.

⁷⁵ TF du 07.02.2003, 5C.213/2002, cons. 3.1 où justement une servitude n'a pas été jugée contraire au droit impératif par la dernière instance cantonale, dès lors que le droit cantonal n'imposait, alors, pas d'obligation de construire. Dès lors, une opposition au permis de construire, fondée sur la servitude de restriction des droits à bâtir, a été protégée par le Tribunal fédéral.

39. Les servitudes de restriction des droits de bâtir pourraient aussi violer des prescriptions impératives de droit privé. Ainsi, en fonction de leur contenu, elles pourraient contrevenir au principe de la limitation des charges imposables au droit de propriété⁷⁶. Dans une telle situation, la notaire ou la conservatrice du registre foncier se voit confrontée à une possible nullité découlant du droit privé. N'étant, dès lors, pas en prise avec le droit public, la question ne sera pas traitée plus spécifiquement⁷⁷.

B. Violation ou non des normes d'aménagement du territoire

1. Nature et but des normes d'aménagement du territoire

40. Comme indiqué ci-dessus (A/1), la question de la licéité d'une servitude se pose principalement lorsque son contenu viole le droit impératif. En règle générale, il est admis que le droit de l'aménagement du territoire comporte du droit impératif⁷⁸. Cette qualification est, toutefois, trop simpliste. En effet, pour évaluer si le droit impératif est véritablement violé, il convient d'analyser le but de la disposition, avec laquelle la servitude de restriction des droits à bâtir est susceptible d'entrer en concurrence, car les règles impératives de droit public ne poursuivent pas toutes le même but⁷⁹.
41. Certaines normes du droit de l'aménagement du territoire instituent des conditions minimales à respecter et autorisent des servitudes dont le contenu est encore plus sévère. Dès lors, on ne peut pas

⁷⁶ GALLAND, N 424 ; MARTIN-RIVARA, p. 178.

⁷⁷ Pour un cas concret, dans lequel le principe de la limitation des charges n'était justement pas violé, voir ATF 107 II 331, JdT 1982 I 118, en particulier cons. 5.c. Pour un cas où le principe de la limitation des charges était violé, certes pas en relation avec la constructibilité du bien-fonds, mais en relation avec son affectation, voir ATF 111 II 330, JdT 1986 I 165, cons. 8. Voir aussi GALLAND, N 425 pour la problématique générale liée aux servitudes qui définissent une utilisation exclusive du bien-fonds.

⁷⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 49 ; REY, BeKomm, N 82 ad art. 730 ; VALLATI, N 500 ss.

⁷⁹ Au sujet de l'interprétation du droit administratif, DUBEY/ZUFFEREY, N 387 ss.

parler de violation du droit impératif pour de telles servitudes⁸⁰. En revanche, si le droit de l'aménagement du territoire n'autorisait, par hypothèse, aucun durcissement, une servitude plus restrictive devrait, vraisemblablement, être considérée comme illicite⁸¹.

42. Enfin, selon nous, il est difficile de parler d'illicéité, lorsque l'on reproche à une servitude de contrevenir à une norme purement programmatique du droit de l'aménagement du territoire⁸². Ainsi, l'art. 1 al. 1 LAT est formulé comme suit : « La Confédération, les cantons et les communes veillent à une utilisation mesurée du sol et à la séparation entre les parties constructibles et non constructibles du territoire. Ils coordonnent celles de leurs activités qui ont des effets sur l'organisation du territoire et ils s'emploient à réaliser une occupation du territoire propre à garantir un développement harmonieux de l'ensemble du pays. Dans l'accomplissement de leurs tâches, ils tiennent compte des données naturelles ainsi que des besoins de la population et de l'économie ». L'art. 1 al. 2 lit. a^{bis} LAT comporte l'affirmation suivante : « Ils soutiennent par des mesures d'aménagement les efforts qui sont entrepris notamment aux fins : d'orienter le développement de l'urbanisation vers l'intérieur du milieu bâti, en maintenant une qualité de l'habitat appropriée ». Peut-on déduire de cette seule disposition qu'une servitude restreignant les droits à bâtir est illicite et ne peut, de ce fait, plus être inscrite au registre foncier ? Une telle restriction du droit de la propriété et des servitudes est difficile à admettre au vu de l'art. 1 LAT qui exige à l'évidence une concrétisation. Vraisemblablement, la garantie constitutionnelle du droit de la propriété (art. 26 Cst.) ne pourrait être restreinte au sens de l'art. 36 al. 1 Cst. si on ne pouvait se fonder que sur cette disposition

⁸⁰ Excepté, éventuellement, si le contenu de la servitude enfreint les conditions minimales prévues par la norme de droit public.

⁸¹ Pour le tout REY, BeKomm, N 82 ad art. 730 ; VALLATI, N 504.

⁸² DUBEY/ZUFFEREY, N 418 ss ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 390 ss : normes ouvertes (en version allemande : « *Offene Normen* ») lorsqu'elles prévoient un régime juridique relativement indéterminé par rapport aux situations de fait visées ou aux conséquences juridiques.

programmatisque⁸³. Dès lors il faut voir si la législation sur l'aménagement du territoire comporte une concrétisation qui permette de restreindre le droit privé de manière précise et déterminée⁸⁴.

43. Or, s'agissant des servitudes de restriction des droits à bâtir, il faut notamment se reporter à l'art. 15a LAT⁸⁵ qui est un instrument primordial de droit public répondant à l'objectif de la densification intérieure⁸⁶. A la suite de l'adoption de cette disposition, on assiste à une augmentation, dans les plans d'affectation, des valeurs cibles de la densité humaine. En effet, selon l'art. 15a al. 1 LAT, les cantons prennent en collaboration avec les communes les mesures nécessaires pour que les zones à bâtir soient utilisées conformément à leur affectation. Par mesures nécessaires, il faut aussi entendre le fait d'édicter des normes permettant d'atteindre l'objectif légal⁸⁷. Ainsi, le droit cantonal pourra, notamment, prévoir la possibilité d'exproprier des servitudes qui empêchent la mise en œuvre de la densification intérieure⁸⁸. Mais, se pose la question de savoir si en l'absence de norme cantonale interdisant explicitement la constitution d'une servitude de restriction des droits à bâtir, contrevenant aux objectifs de la densification intérieure, on peut

⁸³ Lorsque l'atteinte est grave, la base légale doit être formelle, claire et précise, MAHON, N 10 ad art. 26 et N 7 ss ad art. 36.

⁸⁴ MAHON, N 4 ad art. 26.

⁸⁵ L'art. 15a LAT n'est, cependant, pas la seule disposition topique de droit public. En effet, l'art. 9 loi fédérale encourageant la construction et l'accèsion à la propriété de logements (LCAP) du 4 octobre 1974 peut aussi imposer, dans certaines circonstances, une obligation de construire (al. 1), mentionnée au registre foncier (al. 2), dont la notaire ne peut pas simplement se désintéresser en cas de constitution d'une servitude de restriction des droits à bâtir (voir aussi AEMISSEGER/KISLING, N 27 s. ad art. 15a).

⁸⁶ AEMISSEGER/KISLING, N 1 ss ad art. 15a ; DUBEY, Disponibilité du terrain, p. 180 ss.

⁸⁷ AEMISSEGER/KISLING, N 31 ad art. 15a. L'art. 15a LAT comporte ainsi un mandat législatif impératif pour les cantons, avec un contenu minimal imposé par le droit fédéral (voir ATF 143 II 476, cons. 3.3 ; STÖCKLI, p. 7 ss).

⁸⁸ VALLATI, N 510 ss ; p. ex. dans le canton de Vaud une disposition légale prévoyant expressément la levée de servitudes qui font obstacle à une utilisation rationnelle du sol est en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2018 : CARREL, p. 124.

sans autre déclarer qu'il n'est plus possible d'inscrire une telle servitude.

2. Conséquence

44. Pour savoir si, sur le plan du droit privé, il n'est plus possible d'instrumenter une servitude de restriction des droits à bâtir ni de l'inscrire au registre foncier, il faut se reporter aux principes énoncés ci-dessus, en relation avec la notaire et la conservatrice du registre foncier (voir III).
45. Pour la notaire, il faut rappeler son obligation d'instrumenter. Celle-ci ne peut pas être remise en cause à la légère. La notaire ne pouvant que faire une analyse *prima facie* de la question, en particulier lorsqu'elle concerne le droit public, il ne lui sera souvent pas possible de déterminer avec certitude si le contenu de la servitude est nul ou non. Au vu de l'évolution du droit fédéral et cantonal de l'aménagement du territoire, on doit toutefois exiger de la notaire confrontée à la constitution d'une nouvelle servitude de restriction des droits à bâtir, qu'elle consulte les sources légales applicables. Si elle y décèle une nullité claire du contenu de la servitude à constituer, elle refusera d'instrumenter l'acte constitutif en question. Si, en revanche, une nullité liée au droit public est possible, mais non évidente, elle est obligée de renseigner les parties contractuelles de ses doutes et, surtout, des risques liés à une éventuelle nullité de l'acte authentique⁸⁹. Il appartient aux parties contractuelles de décider si elles veulent courir ce risque ou non.

⁸⁹ Ces risques découlent principalement des normes instituées par les cantons dans le cadre du mandat législatif impératif de l'art. 15a LAT. Si, par le biais de la servitude foncière, l'éventuelle obligation de construction imposée par le canton ne peut pas être respectée, cela peut conduire à l'expropriation de la servitude ou même, à l'exercice d'un éventuel droit d'emption portant sur l'immeuble grevé, si cet instrument est prévu en faveur des autorités publiques. On conçoit aisément que ces risques peuvent être très pénalisants pour les parties contractuelles. Pour un exemple d'une législation cantonale, voir notamment les art. 46a ss loi sur l'aménagement du territoire et les constructions du 2 décembre 2008 du canton de Fribourg (RSF 710.1).

46. Pour ce qui est de la conservatrice du registre foncier, elle doit inscrire la servitude instrumentée par la notaire, à moins qu'une nullité manifeste doive être constatée. Une telle nullité pourrait, cas échéant, être décelée dans un plan d'aménagement de détail mentionné selon les prescriptions du droit cantonal⁹⁰ au registre foncier qui, par hypothèse, interdirait clairement la constitution de la servitude en question⁹¹. Toutefois, au vu de la fonction générale de la notaire (voir ci-dessus III/A), ce n'est que dans des cas exceptionnels que la conservatrice du registre foncier devrait être confrontée à ce genre de situation.

3. Ecueil et *de lege ferenda*

47. Au vu de ce qui précède, on ne peut donc pas d'emblée exclure que de nouvelles servitudes de restriction de droits à bâtir soient constituées et inscrites au registre foncier, dont le contenu, après vérification judiciaire, s'avère illicite, voire nul pour motif de violation du droit de l'aménagement du territoire. Toutefois, une telle constatation interviendrait après une procédure judiciaire en bonne et due forme. Elle ne serait pas le fruit d'un contrôle et d'une auto-censure de la notaire ou de la conservatrice du registre foncier qui, par ailleurs, n'ont pas à s'élever au rang d'instance judiciaire. Si l'obligation d'une vérification approfondie du contenu et des effets du droit de l'aménagement du territoire leur était imposée, cela nuirait à l'exigence de célérité liée à l'exercice de leur fonction. Le risque d'une nullité matérielle exceptionnelle de la servitude formellement inscrite au registre foncier doit, selon nous, être accepté comme moindre mal par rapport à l'encombrement des procédures d'instrumentation et d'inscription au registre foncier découlant de la solution inverse⁹².

⁹⁰ Voir art. 129 al. 3 et 4 ORF.

⁹¹ REY, BeKomm, N 83 ad art. 730 : l'auteur affirme néanmoins qu'il n'est pas toujours évident pour la conservatrice du registre foncier de décider si la réquisition doit être rejetée ou non pour cause d'illicéité.

⁹² En outre, le laps de temps entre la réquisition d'inscription et son inscription au registre foncier est important car le droit prend naissance uniquement une fois porté au grand livre dans le cadre d'inscriptions constitutives. Entre la réquisition

48. Est-ce que, pour éviter cette conséquence, il sied de conseiller aux législateurs cantonaux d'opter pour une interdiction, dans le cadre du droit d'application de l'art. 15a al. 1 LAT, de la constitution de nouvelles servitudes de restrictions du droit à bâtir ? Selon nous, non ! En premier lieu, il n'est pas certain qu'une telle interdiction ne pose pas des problèmes majeurs sur un plan juridique : peut-elle être édictée par les cantons, si oui, sous quelle forme et avec quel contenu, respecte-t-elle le principe de la proportionnalité, etc. ? Ensuite, il est tout aussi clair qu'une telle disposition, bien plus que de résoudre les questions soulevées dans la présente contribution, ne manquerait pas de soulever de nombreuses questions d'application qui pourraient poser de nouveaux problèmes à la notaire et à la conservatrice du registre foncier. Bien plus que de solutionner un défaut législatif, on risquerait d'en créer de nouveaux.

V. Conclusion

49. Le droit public en général et le droit de l'aménagement du territoire en particulier sont en évolution constante. Cela ne facilite pas leur cohabitation avec l'institution millénaire des droits réels. Ni la notaire, ni la conservatrice du registre foncier ne peuvent entièrement se soustraire à cette évolution et aux conséquences qu'elle engendre. Elles doivent notamment avoir un œil attentif sur le droit public en général et sur le droit de l'aménagement du territoire, en particulier local, dans l'exercice de leur fonction.
50. Cela étant, ni la notaire ni la conservatrice du registre foncier ne sont une instance de mise en œuvre du droit de l'aménagement du territoire ou une instance judiciaire. Leur fonction, très importante, dans le domaine de l'immobilier, est guidée par des obligations, notamment d'instrumentation et de célérité, qui suivent d'autres règles que l'analyse approfondie de toute disposition, même

et l'inscription au grand livre, les parties se trouvent dans un état d'insécurité et ne bénéficient pas des effets de l'inscription que sont la présomption du droit et sa protection judiciaire. Il est donc primordial que la durée de la procédure d'inscription ne se prolonge pas sensiblement pour des questions de la validité matérielle du titre d'acquisition moyennant des investigations d'une ampleur certaine.

programmatische, du droit public. Lorsque le doute, quant à l'éventuelle illicéité du contenu d'une servitude est raisonnablement admis, leurs obligations d'instrumenter et d'inscrire prévaut sur une analyse fouillée du droit public.

51. Le risque d'assister, exceptionnellement, à l'inscription d'une servitude dont le contenu s'avère nul ultérieurement et après procédure judiciaire, est un risque à courir afin de ne pas bloquer ou encombrer un instrument, dont le monde entier nous envie : un registre foncier, considéré, par d'aucuns, comme le meilleur au monde...⁹³

⁹³ Non sans une certaine emphase : PFÄFFLI, Angst, N 1 ss.

Bibliographie

AEMISSEGER HEINZ/KISSLING SAMUEL, Art. 15a LAT, in : Aemisseger Heinz/Moor Pierre/Ruch Alexander/Tschannen Pierre (édit.), Commentaire pratique LAT : planifier l'affectation, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 365 ss

ARGUL MARIA CONSUELO, Art. 730-744, in : CoRo CC-II, Bâle 2016

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003

BELTRAMINELLI BARBARA, Von Feld- und/zu Stadtservituten : Entwicklung der Zwecke in Rom und bei/nach Erlass des ZGB, in : Fagnoli Iole/Fasel Urs (édit.), Die Macht der Tradition im Dienstbarkeitsrecht und Eugen Huber, Schriftenreihe zu Eugen Huber, vol. 7, Berne 2016, p. 49 ss

CARREL MATTHIEU, La garantie de la disponibilité juridique des terrains en droit vaudois, DC 2019 p. 123 ss

Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), Office fédéral du développement territorial (ARE), Rapport 2005 sur le développement territorial : Résultats de la consultation, Berne 2005 (cité : ARE Résultats)

DUBEY JACQUES, La garantie de la disponibilité du terrain à bâtir – A propos des art. 15 al. 4 let. d et 15a LAT/I.-IV. et V.-VII., in : Zufferey Jean-Baptiste/Waldmann Bernhard (édit.), Revision Raumplanungsgesetz 2014/Révision 2014 de la loi sur l'aménagement du territoire – Paradigmenwechsel oder alter Wein in neuen Schläuchen ?/Faire du neuf avec du vieux ?, Zurich 2015, p. 175 ss (cité : DUBEY, Disponibilité du terrain)

DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014

DUNAND JEAN-PHILIPPE/PRADERVAND-KERNEN MARYSE/RISKE OLIVIER, Droit privé romain – Textes fondamentaux et liens avec le droit suisse, Neuchâtel 2017

FASEL URS, Grundbuchverordnung (GBV), 2^e éd., Bâle 2013

GALLAND CYRIL, Le contenu des servitudes foncières, thèse Fribourg 2013

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8^e éd., Zurich/Saint-Gall 2020

HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA/ROBERTO VITO, Sachenrecht, 5^e éd., Berne 2017

JEANDIN NICOLAS, Le contrat constitutif de servitude, in : Schmid Jürg (édit.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht – Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts/Les servitudes et les cédulas hypothécaires – à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 109

LIVER PETER, Die Aufhebung und Ablösung von Servituten im schweizerischen Recht (Art. 736 ZGB), RNR 1961 p. 1

LIVER PETER, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, commentaire zurichois, vol. IV/2a, 1, 2^e éd., Zurich 1980 (cité : LIVER, Dienstbarkeiten)

MARTIN-RIVARA IRÈNE, Les servitudes de restriction à bâtir, in : SJ 2021 II p. 157

MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, 2^e éd., Berne 2014 (cité : MOOSER, droit notarial)

MÜHLEMATTER ADRIAN/STUCKI STEPHAN, Grundbuchrecht für die Praxis, 2^e éd., Zurich 2017

PFÄFFLI ROLAND, Errichtung, Auslegung und Löschung von Dienstbarkeiten, in : Wolf Stephan (édit.), Dienstbarkeiten im Wandel – von « *Weg und Steg* » zum Energie-Contracting, INR 16, Berne 2014, p. 1 (cité : PFÄFFLI, Errichtung)

PFÄFFLI Roland, Die Angst des Grundbuchverwalters vor dem Eintrag, in : Jusletter 26 janvier 2009 (cité : PFÄFFLI, Angst)

PIOTET DENIS, Application en droit immobilier, in : Schmid Jürg, L'obligation d'informer du notaire, Zurich 2006, p. 163 (cité : PIOTET, application)

PIOTET DENIS, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, in : Traité de droit privé suisse, vol. V/2, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : PIOTET, servitudes)

REY HEINZ, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum – Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, vol. 1, 3^e éd., Berne 2007 (cité : REY, Grundlagen)

REY HEINZ, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 730 und 731 ZGB, BeKomm. IV/2/1, 2^e éd., Berne 1981 (cité : REY, BeKomm)

SCHMID JÖRG, Grundlagen zum Beurkundungsverfahren, in : Schmid Jürg (édit.), La procédure d'instrumentation des actes authentiques, Zurich 2007, p. 1 (SCHMID, Beurkundung)

SCHMID JÖRG, Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht, in : Schmid Jürg (édit.), L'obligation d'informer du notaire, Zurich 2006, p. 1 (SCHMID, Belehrung)

STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome I et II, 5^e et 6^e éd., Berne 2019-2020

STÖCKLI ANDREAS, Die Bauverpflichtung nach Art. 15a Abs. 2 RPG – mangelhafte Umsetzung im Kanton Freiburg, RFJ 2018 p. 1

VALLATI SACHA, Dienstbarkeiten und Bauvorhaben – Analyse und Lösung von Konflikten zwischen Bauherren und dienstbarkeitsberechtigten oder -belasteten Dritten, Zurich 2021

WERMELINGER AMÉDÉO/PFÄFFLI ROLAND, Obligations accessoires et charges d'entretien relatives aux servitudes – le bénéficiaire tire-t-il le gros lot ?, NB 2022 p. 383

WERMELINGER AMÉDÉO en collaboration avec NAÏRI SEVHONKIAN, Droits réels, Neuchâtel 2021

Les servitudes de restriction des droits à bâtir - un fléau pour la densification

par

Nairi Sevhonkian

Assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction.....	45
II. La zone à bâtir – terrain de la convoitise.....	46
A. La servitude de restriction du droit à bâtir	46
B. La densification intérieure	47
III. La suppression des servitudes de restriction des droits à bâtir en vue de la densification.....	49
A. Par le droit civil.....	49
1. Les faibles chances de succès	49
2. La libération judiciaire au sens de l'art. 736 al. 2 CC.....	50
a) Les principes	50
b) La pesée des intérêts – un match nul.....	50
c) La prise en considération de l'intérêt public	51
d) Trois pistes vers la réussite	52
B. Par le droit public	55
1. Les normes d'application cantonales de l'art. 15a LAT.....	55
a) La levée de servitudes au stade de la planification	56
b) La levée de servitudes indépendamment de mesures de planification.....	57
2. La marche à suivre.....	58
a) La servitude en tant que restriction à la densification intérieure	59

b) La recherche d'une solution consensuelle.....	61
c) Un accord tripartite scellé par un contrat de planification et un contrat d'extinction de servitude.....	61
d) La procédure de conciliation extrajudiciaire ancrée dans la procédure d'autorisation de construire	65
e) La voie de l'expropriation de la servitude.....	69
IV. Le labyrinthe procédural.....	71
A. En image.....	71
B. La procédure d'autorisation de construire	71
C. L'action confessoire	72
D. La procédure d'expropriation.....	72
E. L'insécurité juridique.....	73
F. Une recommandation.....	73
V. Conclusion.....	74
Bibliographie	76

I. Introduction

1. A l'ère de la densification du milieu bâti, les accords de droit privé qui entravent la construction sont la source de bien des maux. Les servitudes en particulier, qui remontent souvent à des temps immémoriaux, perdurent et représentent aujourd'hui un véritable obstacle dans la mise en œuvre de la densification intérieure.
2. L'aménagement du sol est un point de convergence entre le droit privé de la propriété foncière et le droit public de l'aménagement du territoire. Les deux domaines juridiques visent à organiser cet espace physique en ordonnant des biens-fonds ou en aménageant un territoire¹.
3. Toutefois, les valeurs et les intérêts défendus par le droit privé et par le droit public peuvent diverger. Ces différences sont mises en évidence lorsqu'il est question de densifier le milieu bâti afin de préserver le sol en tant que ressource limitée et précieuse. Un espace physique commun dont il est nécessaire d'user avec parcimonie et dans l'intérêt général.
4. L'art. 15a LAT, adopté en 2014, a pour objectif de freiner le mitage du territoire par la construction plus dense de la zone à bâtir. L'alinéa 2 de la disposition va jusqu'à exiger des cantons qu'ils légifèrent en vue d'obliger le propriétaire foncier à bâtir lorsque l'intérêt public le justifie. Il arrive que le propriétaire concerné soit tenu, en vertu d'une servitude de restriction du droit à bâtir, de ne pas construire son fonds ou seulement dans une certaine mesure ou encore de l'affecter à certains types d'activités déterminés. L'intérêt privé de l'ayant droit à la servitude, qui peut notamment être un lieu de vie calme et une belle vue, se confronte alors à l'intérêt public à la densification intérieure².
5. Les principales difficultés rencontrées dans le cadre de la mise en œuvre de la densification intérieure au sens de l'art. 15a LAT face

¹ DUBEY, Espace, N 562 : « Les réalités saisies par le droit privé en tant que 'parcelles de terrain' n'étant pas différentes de la réalité visée par le droit public en tant que 'territoire', il n'y a pas de différence entre la disposition des biens-fonds et l'organisation de l'espace. En régissant l'une, on règle l'autre, et vice versa. ».

² Pour le tout, ci-dessous point II.

aux servitudes de restriction des droits à bâtir sont relevées dans la contribution. Quel est le poids des servitudes de restriction des droits à bâtir dans la réalisation de la densification qui répond à un intérêt public ? Quelles étapes conduisent à la suppression d'une servitude contraire à la densification ? Quels sont les principaux obstacles et défis à relever ? Quelle place donner à la voie consensuelle ? Des pistes innovantes sont attendues. La législation actuelle parvient-elle à donner des réponses adéquates ?

6. La présente contribution se concentre sur les problématiques en lien avec les servitudes constituées antérieurement à la norme de droit public dont elles contrarient la mise en œuvre. Pour les servitudes postérieures à la disposition légale de droit public contraire, certains aspects essentiels sont abordés par le Professeur AMÉDÉO WERMELINGER, dans sa contribution intitulée « Contenu de la servitude et inscription : la notaire et la conservatrice du registre foncier en prise avec le droit public »³.

II. La zone à bâtir – terrain de la convoitise

A. La servitude de restriction du droit à bâtir

7. Du moment qu'une servitude foncière a pour effet de restreindre les possibilités de construire du propriétaire, elle est rangée dans la catégorie des servitudes de restriction des droits à bâtir⁴. Certaines servitudes limitent la construction de manière plus conséquente que le droit public en la matière⁵.
8. La raison d'être de la servitude de restriction du droit à bâtir n'est en fait pas de réglementer le domaine de la construction. Elle vise en principe à améliorer et garantir la qualité de l'habitat des propriétaires fonciers bénéficiaires. Grâce à l'institution de la servitude, les propriétaires peuvent convenir entre eux de

³ *Supra*, p. 13 ss.

⁴ Pour plus de détails : MARTIN-RIVARA, p. 157 ss.

⁵ VALLATI, N 558.

l'aménagement de leur bien-fonds et des constructions qui y seront tolérées, en fonction de leur bien-être mutuel⁶.

9. Les parties disposent d'une grande liberté et créativité dans la détermination du contenu des servitudes (art. 19 CO)⁷. La servitude de restriction du droit à bâtir limite la possibilité de construire, que ce soit dans son ampleur (hauteur, largeur ou profondeur) ou dans son caractère économique et social (restriction quant à l'utilisation de la construction, telle qu'une servitude de concurrence)⁸. Le Tribunal fédéral reconnaît beaucoup d'objectifs différents à ce type de servitudes, dont la limitation du volume des constructions, la garantie de l'ensoleillement, le dégagement de la vue et les obstacles aux immissions⁹.
10. Déterminer l'étendue de la restriction à la construction qui résulte de la servitude n'est souvent pas aisé. La cause est la grande liberté laissée aux parties dans la détermination de leur contenu. Les parties peuvent avoir recours au juge en cas de désaccord sur la portée de la servitude afin qu'il l'interprète, en application de l'art. 738 CC¹⁰.

B. La densification intérieure

11. La révision de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 15 juin 2012 vise la préservation des terres cultivables en freinant le mitage du territoire¹¹. La réforme prône la densification intérieure

⁶ Notamment à l'aide de servitudes dites de quartier ou croisées.

⁷ P. ex. TF du 26.01.2010, 5A_617/2009 (seulement des maisons familiales à des fins d'habitation d'au maximum deux étages) ; TF du 12.05.2009, 5A_204/2009 (pas d'autres constructions) ; TF du 19.05.2006, 5C_307/2005 (interdiction de fenêtres supplémentaires).

⁸ VALLATI, N 381 ; au sujet spécifique de la servitude de concurrence : GALLAND, N 268 ss.

⁹ TF du 27.08.2013, 5A_340/2013, cons. 4.3 ; ATF 109 II 412, cons. 3, JdT 1984 I 628 ; GALLAND, N 132 ss et réf.

¹⁰ P. ex. litige sur la portée de la notion de villa, TF du 27.08.2013, 5A_340/2013, cons. 3.4 ; litige sur la portée d'une servitude d'interdiction de construire, TF du 14.04.2014, 5A_599/2013, cons. 4.4.

¹¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message LAT 2010, p. 960 ss.

en tant que solution et objectif prioritaire en matière d'aménagement du territoire¹².

12. La densification intérieure consiste en un renouvellement du tissu urbain, en augmentant la densité des constructions dans les zones constructibles et pour certaines déjà bâties¹³. L'art. 15a LAT fait partie de la boîte à outils de la densification intérieure¹⁴. Son but spécifique, au sein de ce contexte, est d'empêcher la thésaurisation des terrains à bâtir¹⁵ qui constitue l'une des principales causes de leur non-construction et donc, historiquement, de l'augmentation superflue des zones à bâtir¹⁶. L'art. 15a LAT est donc un instrument primordial.
13. L'art. 15a LAT donne un mandat législatif aux cantons¹⁷. L'alinéa premier de la disposition vise à inciter les propriétaires à la construction de leur terrain¹⁸. La construction peut revêtir un intérêt du point de vue de l'aménagement du territoire si important, qu'une mesure d'incitation est insuffisante¹⁹. Le législateur a en effet introduit à l'art. 15a al. 2 LAT, l'exigence pour les cantons de prévoir dans leur législation une obligation de construire et les sanctions correspondantes en cas d'inexécution dans le délai imparti²⁰. Il ne s'agit plus seulement d'une incitation à construire, mais d'une obligation pour le propriétaire foncier lorsque l'intérêt public le justifie²¹.

¹² MAHAIM, p. 219.

¹³ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport 2017, p. 10 ; HOFSTETTER-ARNET/HOFSTETTER/MUNDHAAS, p. 336 ss ; MAHAIM, p. 220.

¹⁴ MAHAIM, p. 220.

¹⁵ AEMISEGGER/KISSLING, art. 15a LAT, N 5 ; DUBEY, Disponibilité du terrain, p. 182 *in fine*.

¹⁶ BÜHLMANN/PERREGAUX DUPASQUIER, p. 2 ss.

¹⁷ TF du 05.07.2017, 1C_222/2016 (ATF 143 II 476), cons. 3 ; AEMISEGGER/KISSLING, art. 15a LAT, N 10.

¹⁸ DUBEY, Disponibilité du terrain, p. 184 ss.

¹⁹ DUBEY, Disponibilité du terrain, p. 186 et 204 ss au sujet des critères d'appréciation de l'intérêt public et de la proportionnalité (p. ex. la pénurie de surfaces sur le marché pertinent).

²⁰ AEMISEGGER/KISSLING, art. 15a LAT, N 54.

²¹ AEMISEGGER/KISSLING, art. 15a LAT, N 54 ; DUBEY, Disponibilité du terrain, p. 186.

14. La mise en œuvre de l'art. 15a LAT touche à la zone constructible qui est également le terrain de jeu des servitudes de restriction des droits à bâtir. Il en résulte un duo explosif. Les intérêts de part et d'autre sont considérables et peuvent créer des tensions qui amènent le propriétaire du fonds servant à tenter de se libérer de la servitude (ci-dessous III/A) ou l'autorité administrative à entamer des démarches en vue de sa suppression (ci-dessous III/B).

III. La suppression des servitudes de restriction des droits à bâtir en vue de la densification

A. Par le droit civil

15. Le propriétaire d'un fonds sis dans la zone constructible pourrait souhaiter construire ou être amené à le faire dans le cadre de la densification du milieu bâti. Il pourrait alors se retrouver en prise avec une servitude de restriction du droit à bâtir grevant son immeuble.

1. Les faibles chances de succès

16. Les modes d'extinction d'une servitude prévus par le droit civil offrent peu d'outils au propriétaire du fonds servant pour parvenir à « se débarrasser » d'une servitude de restriction du droit à bâtir en vue de la construction de son fonds. Au vu de la nature concise et de l'aspect pratique de cette contribution, le moyen juridique présenté à cet effet est celui de la libération judiciaire au sens de l'art. 736 al. 2 CC²². En principe, il s'agit de la voie qui offre le plus grand potentiel de réussite, bien que celui-ci soit restreint.

²² MARTIN-RIVARA, p. 177 s. au sujet de la suppression d'une servitude par une division parcellaire ou par l'invocation de la nullité de la servitude.

2. La libération judiciaire au sens de l'art. 736 al. 2 CC

a) Les principes

17. L'art. 736 al. 2 CC s'inscrit dans le cadre de la libération judiciaire d'une servitude lorsque celle-ci ne conserve plus qu'une utilité réduite. Les faits à l'origine de la diminution de son utilité doivent être postérieurs à sa constitution²³. La servitude doit avoir perdu de son utilité et apparaître comme disproportionnée par rapport aux charges imposées au fonds servant²⁴. Il faut entendre par là que l'intérêt à son maintien est devenu proportionnellement ténu en raison soit d'une diminution de l'intérêt de son titulaire, soit d'une aggravation de la charge pour le propriétaire du fonds grevé²⁵. Le droit public en matière de densification est susceptible de conduire à une libération judiciaire de la servitude de restriction du droit à bâtir au sens de l'art. 736 al. 2 CC puisqu'il peut avoir pour conséquences d'inciter, voire de contraindre, le propriétaire à bâtir son bien-fonds.

b) La pesée des intérêts – un match nul

18. Afin de déterminer si la servitude doit être radiée au sens de l'art. 736 al. 2 CC, le juge civil procédera à une pesée des intérêts du propriétaire du fonds grevé et du titulaire de la servitude. Dans le cadre d'un projet de construction mêlé à une servitude de restriction du droit à bâtir, il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral une augmentation des intérêts de part et d'autre, qui aboutit à un match

²³ ARGUL GROSSRIEDER, N 535 ; WERMELINGER, Droits réels, N 454.

²⁴ STEINAUER, N 3430 : la disproportion s'appréhende à la lumière du but de la servitude lors de sa constitution (art. 738 et 739 CC) ; pour plus de détails sur la notion « hors de proportion » voir ARGUL GROSSRIEDER, N 532 ss et PIOTET, N 285 ss.

²⁵ STEINAUER, N 3428 ; dans le même sens, ARGUL GROSSRIEDER, N 533 s. : « L'art. 736 al. 2 CC parle toutefois d'*utilité réduite*, alors que seule compte la disproportion entre l'utilité et la charge ; à notre avis, il serait donc souhaitable de modifier la version française de l'art. 736 al. 2 CC comme suit : 'Le propriétaire grevé peut obtenir la libération totale ou partielle d'une servitude qui ne conserve qu'une utilité hors de proportion avec les charges imposées au fonds servant.' ».

nul²⁶. D'un côté, le propriétaire désireux de construire voit son intérêt à la suppression de la servitude grandir, d'autant plus, qu'au vu de l'évolution du droit public de l'aménagement du territoire, il pourrait être amené à pouvoir bâtir plus densément son bien-fonds qu'auparavant. De l'autre côté, la servitude prend alors tout son sens puisqu'elle vise à empêcher la construction. La balance reste équilibrée entre l'intérêt au maintien et à la suppression de la servitude²⁷. Sa radiation au sens de l'art. 736 al. 2 CC n'est dès lors pas admise, faute d'une utilité réduite de celle-ci²⁸.

c) La prise en considération de l'intérêt public

19. Qu'en est-il de la prise en compte des intérêts relevant du droit public ? Dans un arrêt du Tribunal fédéral, il est relaté que les recourants, propriétaires du fonds grevé d'une servitude de restriction du droit à bâtir, invoquent l'intérêt public à la densification²⁹. Selon la jurisprudence rendue, la servitude ne saurait être supprimée pour des raisons économiques et financières liées à

²⁶ Dans de nombreuses causes, le Tribunal fédéral a refusé la libération de la servitude de restriction du droit à bâtir au sens de l'art. 736 al. 2 CC malgré l'augmentation de la charge due au développement du droit de l'aménagement du territoire, tel qu'un changement d'affectation et l'admissibilité d'une densité des constructions plus importante : TF du 13.04.2021, 5A_128/2020 ; TF du 27.08.2013, 5A_340/2013 ; TF 5C.155/1998, SJ 1999 I 102 ; ATF 107 II 331, JdT 1982 I 118.

²⁷ TF du 07.02.2003, 5C.213/2002, cons. 3.2 ; ATF 107 II 331, cons. 5, JdT 1982 I 118 : l'intérêt du propriétaire du fonds dominant est d'autant plus grand du fait que le fonds grevé par la servitude d'interdiction de bâtir greve un fonds qui est passé de la zone agricole à la zone à bâtir ; MARTIN-RIVARA, p. 174.

²⁸ Dans le même sens : TF du 28.10.2020, 5A_109/2020, cons. 3 et 4, selon lequel le fait de pouvoir bénéficier de trois places de stationnement sur la voie publique n'enlève rien à l'intérêt au maintien d'une servitude de stationnement sur un fonds privé. La recourante affirme que la servitude l'empêche de construire un garage. Toutefois, une disproportion avec les charges imposées au fonds servant n'est pas reconnue. A nouveau, le droit public n'a pas conduit à la radiation de la servitude au sens de l'art. 736 al. 2 CC.

²⁹ TF du 27.08.2013, 5A_340/2013, cons. 5.2 : « [...] la servitude litigieuse ferait en effet échec à la volonté du législateur public fédéral, qui est de densifier l'habitat en milieu urbain afin d'enrayer le mitage du territoire, conformément à la récente révision de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire ».

la valeur du terrain et à celui qui veut construire³⁰. L'appréciation est donc centrée sur les intérêts privés avant tout. S'agissant de l'intérêt public à la densification, les recourants affirment que le juge civil ne saurait ignorer les buts et les principes de l'aménagement du territoire lorsqu'il statue sur des problématiques ayant une incidence spatiale³¹. Le Tribunal fédéral met en évidence que la construction d'une villa est admise par la servitude qui n'empêche dès lors pas une utilisation rationnelle du fonds³². Cet arrêt fait resurgir à notre sens une brèche en faveur du droit public³³. La notion d'utilisation rationnelle du fonds semble être le sésame pour une ouverture bien plus grande de la prise en considération de l'évolution du droit de l'aménagement du territoire dans le cadre de l'action en radiation de la servitude au sens de l'art. 736 al. 2 CC (voir ci-dessous).

d) Trois pistes vers la réussite

20. La voie civile en vue de la suppression d'une servitude de restriction du droit à bâtir laisse miroiter peu d'espoir pour le propriétaire désireux de construire. Il existe néanmoins trois pistes qui valent la peine d'être examinées en vue de la libération judiciaire d'une servitude au sens de l'art. 736 al. 2 CC.
21. **La restriction à la construction comme conséquence indirecte** de la servitude : la servitude restreint ou empêche la construction de manière indirecte (p. ex. un droit de passage). Alors que la charge augmente, le propriétaire ne pouvant pas ériger la construction souhaitée, l'intérêt au maintien de la servitude ne prend pas une telle ampleur. La servitude ne vise en effet pas à empêcher la construction en tant que telle. Une utilité de la servitude hors de proportion avec la charge qui pèse sur le fonds servant peut donc

³⁰ TF du 27.08.2013, 5A_340/2013, cons. 5.3.2.

³¹ *Idem*, cons. 5.2.

³² *Idem*, cons. 5.4.

³³ ATF 107 II 331, cons. 5.c, JdT 1982 I 118 : l'arrêt traite déjà de la question d'une utilisation rationnelle du fonds sous l'angle, notamment, de l'affectation du fonds et de sa situation par rapport aux zones définies par les mesures de planification prévues par le droit public de l'aménagement du territoire.

être reconnue plus aisément que lorsqu'elle a pour but premier d'interdire la construction³⁴.

22. Le **but poursuivi** par la servitude **ne peut plus ou dans une moindre mesure se réaliser** : la servitude de restriction du droit à bâtir peut avoir un but dont la réalisation a déjà été rendue difficile ou impossible par l'urbanisation. Ainsi, l'intérêt au maintien d'une servitude de vue est fortement réduit si des immeubles l'obstruent. L'interprétation de la servitude peut donc mener au constat que son but est affaibli par l'état de fait actuel et que l'intérêt à son maintien est dès lors proportionnellement tenu par rapport à la charge qu'elle fait supporter au fonds servant dont elle restreint ou empêche la construction³⁵.
23. **La notion d'utilisation rationnelle du fonds – un pont vers le droit public** : dans le cadre d'actions en radiation de la servitude au sens de l'art. 736 al. 2 CC impliquant une servitude de restriction du droit à bâtir et un projet de construction, le Tribunal fédéral s'est expressément penché sur la question de l'utilisation rationnelle du fonds³⁶. Il s'agit, dans ces cas de figure, d'un critère important dans l'analyse de la disproportion entre l'utilité de la servitude et les charges imposées au fonds servant³⁷. Néanmoins, aucune définition n'est apportée par la jurisprudence. Il apparaît que la notion englobe le droit public de l'aménagement du territoire. Le Tribunal fédéral apprécie en effet la conformité d'une servitude à une utilisation rationnelle du fonds sous l'angle, en particulier, de l'utilisation qui lui est réservée par le plan d'affectation³⁸. Ainsi, une servitude d'interdiction de construire qui n'empêche pas d'utiliser le fonds d'une manière conforme au plan d'aménagement n'est pas, selon un arrêt datant d'avant l'introduction de l'art. 15a LAT, considérée

³⁴ ARGUL GROSSRIEDER, N 537 ; MARTIN-RIVARA, p. 176 s.

³⁵ MARTIN-RIVARA, p. 176.

³⁶ TF du 27.08.2013, 5A_340/2013, cons. 5.4 ; ATF 107 II 331, cons. 5.c, JdT 1982 I 118.

³⁷ ARGUL GROSSRIEDER, N 536 ; MARTIN-RIVARA, p. 175 ; PIOTET, N 289 ; STEINAUER, N 3429.

³⁸ TF du 27.08.2013, 5A_340/2013, cons. 5.4.

comme un obstacle à une utilisation rationnelle du fonds³⁹. Il semble en aller de même dans le cadre d'une servitude interdisant des constructions autres qu'une villa alors que le plan d'affectation permet la construction de bâtiments pouvant accueillir plusieurs familles sans toutefois interdire des constructions de moindre importance⁴⁰. Il nous paraît utile de nous demander, si cette jurisprudence pourrait évoluer au vu de l'importance accordée aujourd'hui à la protection de l'environnement et à celle des ressources du sol.

24. Bien que l'utilisation rationnelle du fonds constitue une notion juridique indéterminée, les développements jurisprudentiels à son sujet nous conduisent au raisonnement suivant : si une servitude contrarie le projet de construction d'un fonds d'une manière non conforme au plan d'affectation qui prévoit un certain gabarit minimum, la servitude empêche une utilisation rationnelle du fonds. La conclusion devrait être la même lorsque le fonds servant fait l'objet d'une **obligation de construire au sens de l'art. 15a al. 2 LAT**. Le propriétaire se voit contraint de bâtir le fonds servant. Il s'agit d'une aggravation de la charge qui ne lui est pas imputable. La servitude qui fait obstacle à la construction du fonds doit être considérée comme empêchant une utilisation rationnelle de ce dernier, vu l'importance de bâtir ce terrain au nom de l'intérêt public à la densification⁴¹ et l'obligation de le construire dont répond son propriétaire. La balance est dès lors déséquilibrée car, nonobstant

³⁹ ATF 107 II 331, cons. 5.c, JdT 1982 I 118, p. 128 : « Indépendamment de l'usage du fonds à des fins agricoles, la demanderesse a aussi la possibilité d'utiliser la partie de la parcelle grevée de l'interdiction de bâtir, dans le cadre de la construction du reste du fonds, d'une façon qui, selon le plan d'aménagement, ne doit pas nécessairement être la construction de maisons de vacances. Elle peut, par exemple, comme le prévoient les projets qui figurent au dossier, faire passer la route d'accès sur cette partie du fonds. ».

⁴⁰ TF du 27.08.2013, 5A_340/2013, cons. 3.2 et 5.4.

⁴¹ DUBEY, Disponibilité du terrain, p. 204 ss : les critères d'appréciation de l'intérêt public à imposer une construction dans un certain délai sont la pénurie de surfaces sur le marché pertinent, le développement urbanistique aux alentours, la localisation géographique du fonds visé, l'incidence territoriale du projet en cause et la réserve de justes motifs de thésaurisation du sol (p. ex. art. 87 al. 3 LCAT/NE).

l'intérêt non contestable au maintien de la servitude par l'ayant droit, la charge qui pèse sur le fonds servant est fortement aggravée. Il en résulte, à notre sens, une **augmentation de la charge hors de proportion avec l'intérêt au maintien de la servitude**, plaidant fortement, dans le cadre d'une jurisprudence orientée vers les défis environnementaux et d'aménagement du territoire, en faveur de la libération judiciaire de la servitude au sens de l'art. 736 al. 2 CC⁴².

B. Par le droit public

25. Les servitudes de restriction des droits à bâtir survivent en principe au droit public en matière de densification qui viendrait à être adopté postérieurement à leur constitution⁴³. Face à cette protection, le législateur de droit public n'est pas resté inactif. Quel est le sort réservé par le droit public aux servitudes qui entravent la mise en œuvre de l'intérêt public à la densification ?

1. Les normes d'application cantonales de l'art. 15a LAT

26. En vue de la réalisation de la densification intérieure, les obstacles à la construction doivent pouvoir être supprimés. Les servitudes de restriction des droits à bâtir sont dans la ligne de mire.
27. Il y a toutefois des cantons encore démunis face aux servitudes de restriction des droits à bâtir. Leur législation ne contient aucune base légale qui leur permet, conformément aux conditions prévues à l'art. 36 Cst.⁴⁴, de lever ces servitudes, même lorsque l'intérêt

⁴² Cette conclusion a pour avantage d'éviter qu'une mesure d'expropriation de la servitude soit prononcée en vertu du droit public suite à une décision du juge civil protégeant la servitude. Au sujet des enjeux procéduraux, ci-dessous point IV.

⁴³ Voir ci-dessus point III ; DUBEY/ZUFFEREY, N 376 et HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 266 : pour gage de sécurité et de prévisibilité du droit, les normes de droit administratif attachent, en principe, des conséquences juridiques uniquement à des faits postérieurs à leur entrée en vigueur (pas de rétroactivité).

⁴⁴ DUBEY, Disponibilité du terrain, p. 195 : l'art. 15a al. 1 LAT constituant un mandat législatif général adressé aux cantons, ceux-ci doivent prévoir les mesures qui en découlent dans les bases légales requises avant de les prononcer.

public à la densification est prépondérant à l'intérêt privé⁴⁵. La question de l'étendue du mandat législatif en faveur des cantons ancré à l'art. 15a al. 2 LAT se pose. Les cantons doivent en effet être aptes à garantir la disponibilité des terrains constructibles. Une servitude de restriction du droit à bâtir pourrait pourtant rendre difficile, voire impossible, leur construction. Le mandat législatif doit-il donc être compris comme s'étendant à la levée de servitudes de restriction des droits à bâtir ? Cette question est laissée ouverte pour se consacrer aux cantons munis de dispositions légales dont l'objet est la suppression de servitudes dans le contexte de la densification.

a) La levée de servitudes au stade de la planification

28. La législation de certains cantons autorise la levée de servitudes uniquement dans le cadre de mesures de planification. Le canton de Zurich le prévoit à son art. 139 al. 1 PBG/ZH qui est en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1978, bien avant l'art. 15a LAT. Il contribue néanmoins à la réalisation de la densification du milieu bâti.
29. Sous l'empire de l'ancien droit, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur l'admissibilité de l'art. 139 al. 1 PBG/ZH. Il s'est penché sur la question de la conformité à l'art. 736 CC de la levée de servitudes, prévue par le droit public cantonal, dans le cadre de la procédure du plan de quartier. Une norme cantonale ne saurait aller à l'encontre des règles du Code civil en tant que droit fédéral, conformément à l'art. 49 Cst. Le Tribunal fédéral a admis que l'art. 139 al. 1 PBG/ZH est conforme à l'art. 736 CC au motif que la mesure de planification répond à des impératifs de droit public fédéral. Il rappelle que la mise en valeur de terrains conformément à la zone qui leur est affectée ne sert pas seulement les intérêts privés des propriétaires fonciers, mais aussi les intérêts publics. L'art. 139 al. 1 PBG/ZH concrétise le mandat constitutionnel en matière d'aménagement du

⁴⁵ P. ex. le canton de Fribourg : l'art. 11a LEx/FR prévoit la possibilité d'exproprier une servitude. Toutefois, sa portée est limitée par l'art. 10 LEx/FR qui règle l'étendue de l'expropriation. Au vu de sa teneur, une expropriation dans le but de densifier intérieurement sort a priori de son champ d'application.

territoire de l'art. 75 Cst.⁴⁶. Avec l'entrée en vigueur du droit de l'aménagement du territoire révisé (notamment de l'art. 1 et 15a al. 2 LAT), ce principe se voit certainement renforcé.

b) La levée de servitudes indépendamment de mesures de planification

30. La plupart des cantons semblent se diriger vers une législation plus restrictive pour les servitudes que celle du canton de Zurich. Leurs dispositions légales permettent la levée de servitudes également en dehors des mesures de planification. C'est notamment le cas des cantons de Neuchâtel, Vaud et Lucerne qui ont adopté des normes d'application de l'art. 15a LAT en vue de la levée de servitudes⁴⁷.
31. Le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur la conformité de ces nouvelles dispositions légales à l'art. 736 CC. Elles concrétisent aussi bien⁴⁸ l'objectif général d'aménagement du territoire que l'art. 15a LAT et sont donc conformes au droit public fédéral qui répond au mandat constitutionnel de l'art. 75 Cst. Les buts poursuivis par le droit public en matière d'aménagement du territoire sont différents et indépendants de ceux de droit privé. A notre sens, ces dispositions de droit cantonal sont donc compatibles avec l'art. 736 CC dans la mesure où elles répondent à des impératifs de droit public.
32. Une mesure d'expropriation prononcée envers le titulaire de la servitude indépendamment du processus de planification est drastique. Le contexte n'est plus la coordination de plusieurs terrains ensemble en vue d'un aménagement judicieux mais celui du voisin qui souhaite construire malgré la restriction de droit privé que représente la servitude⁴⁹. La situation est conflictuelle et, en contrepartie, l'ayant droit touchera une indemnisation

⁴⁶ Pour le tout, TF du 26.06.1998, RNR/81/2000 p. 142 ss, p. 143.

⁴⁷ Art. 32a LCAT/NE en vigueur le 1^{er} mai 2019 ; art. 51 LATC/VD en vigueur le 1^{er} septembre 2018 ; art. 39 al. 5 PBG/LU en vigueur le 1^{er} janvier 2018.

⁴⁸ Tout comme les normes cantonales prévoyant la levée de servitudes dans le contexte de la densification au stade de la planification uniquement : ci-dessus a).

⁴⁹ HOFSTETTER-ARNET/HOFSTETTER/MUNDHAAS, p. 344.

vraisemblablement moins élevée que lors du rachat de la servitude⁵⁰. Les exigences quant à un intérêt public sans équivoques doivent dès lors être d'autant plus élevées.

2. La marche à suivre

33. La procédure en vue de la levée d'une servitude au nom de l'intérêt public à la densification intérieure n'est pas sans embûches pour l'autorité administrative compétente. Il est nécessaire d'analyser chacun des points qui suivent dans l'ordre⁵¹ :
- La servitude est-elle constituée avant l'entrée en vigueur des normes de droit public qu'elle est susceptible de contrarier ?
 - Quelle est l'étendue du contenu de la servitude de restriction du droit à bâtir ?
 - La servitude de restriction du droit à bâtir est-elle contraire aux prescriptions de droit public en matière de densification intérieure ?
 - Le propriétaire du fonds grevé par la servitude parvient-il à trouver un accord avec le titulaire du droit ? L'autorité administrative compétente peut-elle proposer un arrangement à l'amiable ?
 - L'autorité administrative compétente dispose-t-elle d'une base légale afin de prononcer une mesure d'expropriation à l'encontre du titulaire de la servitude ?
 - Les conditions pour une mesure d'expropriation de la servitude sont-elles remplies ? L'expropriation de la servitude est-elle admissible à la lumière de sa protection par la garantie de la propriété ancrée à l'art. 26 Cst. et des restrictions prévues à l'art. 36 Cst. ?

⁵⁰ Le propriétaire du fonds grevé paie un montant en principe plus élevé que dans le cadre d'une expropriation puisque le propriétaire du fonds dominant sera disposé à supprimer la servitude seulement s'il en retire une plus-value.

⁵¹ Approfondis ci-dessous aux points a) à e).

a) La servitude en tant que restriction à la densification intérieure

34. La situation juridique est différente selon que la servitude de restriction du droit à bâtir soit constituée avant ou après la norme de droit public dont elle contrarie la mise en œuvre. La protection de la servitude face au droit public contraire est efficace lorsque celle-ci bénéficie d'un statut d'antériorité⁵², faute de quoi elle doit respecter l'ordre juridique dont fait partie le droit public⁵³. La présente contribution traite uniquement de la configuration dans laquelle la servitude foncière est constituée avant l'adoption de la disposition de droit public.
35. La première étape consiste à déterminer si la servitude de restriction du droit à bâtir est contraire à la densification intérieure au sens de l'art. 15a LAT. Faute d'empêcher la densification, des mesures à son encontre n'ont pas lieu d'être, du moins pas dans ce contexte. L'expropriation, en particulier, consiste en une mesure de dernier recours pour réaliser la densification intérieure (*ultima ratio*)⁵⁴. Elle pourra dès lors être prononcée uniquement une fois la certitude établie que la servitude est un obstacle qui ne peut pas être contourné autrement. Pour l'affirmer, le contenu de la servitude et la portée du droit public doivent être préalablement délimités avec précision.
36. Cette analyse relève d'une grande complexité. Déterminer la compatibilité du contenu de la servitude et de la portée des règles de droit public touche au domaine de l'interprétation des normes et des contrats (y compris l'application de l'art. 738 CC) et comporte donc une marge d'appréciation certaine.
37. S'agissant du contenu de la servitude de restriction du droit à bâtir, il peut se décliner dans des variations les plus diverses car il dépend

⁵² Voir la note de bas de page ci-dessus n° 43.

⁵³ Le contenu de la servitude foncière ne doit pas être impossible, illicite ou contraire à l'ordre public ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/VITO, N 08.14 ; HÜRLIMANN-KAUP, p. 58 ss ; PIOTET, N 112 ; voir cependant les restrictions à la mise en œuvre de ce principe dans la contribution du Professeur WERMELINGER, ci-dessus, dans le même ouvrage (p. 13 ss).

⁵⁴ HUSER, p. 26.

de la volonté contractuelle des parties au contrat constitutif de servitude⁵⁵. Si l'inscription au registre foncier ne donne pas d'indication précise pour le définir, des litiges sur son étendue peuvent éclater. Ils donnent lieu à de longues résolutions, souvent judiciaires. Ce sont les clés d'interprétation prévues à l'art. 738 CC qui indiquent comment résoudre l'énigme du contenu de la servitude⁵⁶.

38. D'autre part, les normes de droit public en matière de densification intérieure sont souvent des normes ouvertes qui prévoient un régime juridique relativement indéterminé par rapport aux situations de fait visées ou aux conséquences juridiques⁵⁷. L'art. 15a LAT constitue une norme de délégation en faveur des cantons et ne saurait donc, en tant que tel, entrer en conflit avec une servitude. En revanche, ses normes d'application sont susceptibles de s'y frotter. Une servitude est contraire à la densification intérieure uniquement si la norme de droit public est de nature impérative et que la servitude en contrarie la mise en œuvre⁵⁸. Cette conclusion est difficile à tirer, d'autant plus lorsqu'il s'agit de normes au contenu programmatique.
39. De manière imagée, cette première étape vise à dessiner deux sphères. L'une représente l'étendue de la servitude de restriction du droit à bâtir, l'autre la portée des normes de droit public en matière de densification. Si les deux sphères se croisent, il existe potentiellement un conflit. Cette analyse peut être longue et nécessiter de recourir au juge. Elle relève d'une telle complexité qu'elle est susceptible de rendre difficile, pour l'autorité administrative, de prononcer des mesures et, par conséquent, de limiter leur impact sur les servitudes de restriction des droits à bâtir.

⁵⁵ Pour des exemples, voir ci-dessus point II/A.

⁵⁶ TF du 14.04.2014, 5A_599/2013, cons. 4.4 : l'interprétation d'une servitude foncière est, en principe, du ressort du juge civil.

⁵⁷ DUBEY/ZUFFEREY, N 418 ss ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 390 ss : en version allemande « *Offene Normen* » ; WERMELINGER, Contenu de la servitude, N 42 : notamment l'art. 1 al. 1 et al. 2 let. a^{bis} LAT ; au sujet de l'interprétation du droit administratif voir DUBEY/ZUFFEREY, N 387 ss.

⁵⁸ Chaque cas concret doit être étudié et la contrariété doit avoir lieu à un niveau de concrétisation de la norme et non pas rester dans une sphère purement théorique.

b) La recherche d'une solution consensuelle

40. La résolution d'un conflit entre une servitude de restriction du droit à bâtir et la mise en œuvre de la densification intérieure par une solution à l'amiable comporte de nombreux avantages. Les économies de procédure et les gains financiers pour toutes les parties sont considérables. Quand les problématiques d'interprétation du contenu de la servitude et de la portée des règles de droit public en matière de densification intérieure sont très complexes et demandent des procédures longues et coûteuses, une résolution consensuelle permet de les éviter.
41. En outre, cette voie est une étape obligatoire avant une procédure d'expropriation qui n'intervient qu'en tout dernier recours, si aucune autre mesure moins incisive n'est possible⁵⁹.
42. La présente contribution ouvre la voie à deux solutions consensuelles innovantes : deux pistes intéressantes à explorer dans la pratique. Leur mise en œuvre s'attache à des moments différents : lors des mesures de planification (ci-dessous c) ou dans le cadre de la procédure d'autorisation de construire (ci-dessous d).

c) Un accord tripartite scellé par un contrat de planification et un contrat d'extinction de servitude

43. Lorsqu'une servitude de restriction du droit à bâtir contraire à la réalisation de la densification intérieure⁶⁰ est décelée au stade de la planification⁶¹, un accord tripartite scellé par un contrat de planification et un contrat d'extinction de servitude est envisageable.
44. L'objectif est la conclusion d'un accord écrit extrajudiciaire qui conduit à un règlement durable du litige. Pour ce faire, il est essentiel

⁵⁹ TF du 09.03.2018, 1C_28/2018, cons. 3 : un consensus doit d'abord être cherché, l'expropriation constituant une « *ultima ratio* » ; dans le même sens voir AEMISEGGER/KISSLING, art. 15a LAT, N 13 ; MAHON, art. 36 Cst., N 16.

⁶⁰ Ou qui pourrait représenter un obstacle à la réalisation de la densification.

⁶¹ L'accord est, en principe, conclu durant le laps de temps qui fait suite à l'adoption du plan d'affectation général et qui précède l'adoption d'un plan de détail.

que non seulement l'autorité administrative compétente et le propriétaire du fonds à bâtir en vue de la densification soient présents, mais aussi le titulaire de la servitude qui entrave la construction. Un accord tripartite a l'avantage de mettre toutes les parties en litige à table. En outre, dans le cadre d'une obligation de construire au sens de l'art. 15a al. 2 LAT, un tel accord garantit que le propriétaire ne sera pas empêché de bâtir son fonds dans le délai pour cause d'une servitude qui s'y oppose⁶².

45. **Entre le propriétaire du fonds à bâtir et l'autorité administrative, un contrat de planification** est conclu. Il s'agit d'un contrat bi- ou multilatéral de droit administratif car il porte sur l'exécution d'une tâche publique qui est celle de l'aménagement du territoire⁶³. Il contient un engagement à adopter une mesure de planification, qui participe à la gestion de l'utilisation du sol et au développement harmonieux du territoire⁶⁴. La présente contribution appréhende le contrat de planification en tant qu'instrument pour garantir la disponibilité des terrains constructibles au sens de l'art. 15a LAT⁶⁵. Bien que le contrat soit un acte juridique d'une forme difficile à concilier avec les principes qui gouvernent l'activité de l'Etat, il est admis qu'un contrat de planification puisse contenir une obligation de construire⁶⁶.
46. Le contenu du contrat porte sur l'engagement du propriétaire à bâtir son fonds dans un certain délai, faute de quoi une sanction est prévue. En vue d'une exécution parfaite de l'obligation de construire, il devrait être stipulé qu'un projet conforme à la zone

⁶² Au sujet des longues procédures judiciaires qui peuvent sensiblement retarder la construction, ci-dessous point IV.

⁶³ ADANK, N 152 ss.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ ADANK, N 216 : l'art. 15a LAT constitue une norme ouverte qui laisse la place à la conclusion de contrats de droit administratif ; AEMISEGGER/KISLING, art. 15a LAT, N 31 : la marge de manœuvre laissée aux cantons afin de garantir que la zone à bâtir soit utilisée conformément à son affectation est large ; DUBEY/ZUFFEREY, N 1094 s. : l'usage du contrat de droit administratif est soumis au principe de la légalité. Il suffit toutefois que la loi n'exclue pas la conclusion du contrat.

⁶⁶ ADANK, N 587 ss ; DUBEY, Disponibilité du terrain, p. 207 s. : malgré la difficulté de concilier le contrat en tant que tel avec les principes de légalité et d'égalité.

soit complètement réalisé dans le délai⁶⁷. En outre, les parties peuvent convenir d'une densité de construction minimale à atteindre ⁶⁸. En contrepartie, l'autorité administrative compétente lui apporte des avantages selon la situation. Il s'agit, en particulier, d'une participation à l'équipement du terrain ou d'une augmentation de l'indice de l'occupation du sol.

47. Si le contrat est conclu avant l'adoption du plan d'affectation, une clause devrait régler le caractère obligatoire du contrat en lien avec le processus de planification. En effet, le propriétaire ne souhaitera généralement pas s'engager s'il doit assumer le risque que la mesure ne lui soit pas octroyée pour cause du refus de l'adoption du plan qui la prévoit. La meilleure des solutions, à notre sens, pour respecter l'équilibre du contrat et s'assurer que ni l'autorité administrative, ni le propriétaire du fonds à bâtir ne s'engagent dans des promesses qu'ils ne peuvent ou ne veulent tenir en raison du refus de l'adoption du plan, est celle du contrat soumis à condition⁶⁹. Le contrat de planification peut être soumis à la condition qu'un plan d'affectation soit adopté par l'organe compétent ou qu'il soit accepté par le peuple en cas de référendum⁷⁰.
48. **Entre les parties à la servitude, un contrat d'extinction d'une servitude** est conclu. Le contrat constitue un titre d'extinction dans lequel le propriétaire du fonds dominant s'engage à requérir la

⁶⁷ ADANK, N 593.

⁶⁸ ADANK, N 618.

⁶⁹ S'agissant du contrat de planification soumis à condition en général et de son admissibilité, ADANK, N 229 et 544 ss.

⁷⁰ AEMISEGGER/KISSLING, N 86 ad remarques préliminaires : il est fréquent que les contrats de droit administratif soient conclus à la condition expresse qu'un plan d'affectation soit établi avec un contenu déterminé ; ADANK, N 546 : il pourrait contenir la disposition suivante : « Décisions réservées : L'exécution des obligations découlant du présent contrat est soumise à la condition que le plan d'affectation xxx soit adopté par l'organe compétent/le peuple. En cas de rejet du plan, aucune des parties n'est tenue par les obligations convenues. Le rejet du plan ne donne naissance à aucune obligation d'indemnisation. ».

radiation de la servitude et le propriétaire du fonds servant à racheter la servitude en général pour un certain montant⁷¹.

49. Le processus d'extinction de la servitude foncière ne s'arrête pas au titre d'extinction. Le contrat ne confère qu'une créance tendant à l'extinction de la servitude à son bénéficiaire⁷². En adressant une requête en radiation au registre foncier, le propriétaire du fonds dominant exécute son obligation⁷³. S'il ne s'exécute pas, le propriétaire du fonds servant pourra agir en justice, selon l'art. 665 al. 1 CC appliqué par analogie⁷⁴.
50. De son côté, le propriétaire du fonds servant sera enclin à s'engager contractuellement au rachat de la servitude uniquement si la prestation qui lui a été promise par l'autorité administrative compétente, dans le cadre du contrat de planification, lui est garantie. En effet, comme précédemment explicité, le contrat de planification peut intervenir avant l'adoption du plan d'affectation, auquel cas, il faut que le plan soit approuvé pour que l'autorité s'exécute. Les parties sont libres de prévoir une condition suspensive dans le contrat d'extinction d'une servitude, afin de soumettre l'exécution des obligations à la condition que le plan d'affectation concerné soit adopté par l'organe compétent, voire le peuple. La requête en radiation adressée au registre foncier doit néanmoins être exempte de toute condition suspensive, conformément à l'art. 47 ORF. Elle devra dès lors être adressée au conservateur du registre foncier, uniquement une fois le plan d'affectation adopté, avec les preuves de la réalisation de cette condition suspensive en tant que pièces justificatives⁷⁵. Il est envisageable de mandater un notaire afin qu'il se charge d'effectuer,

⁷¹ ARGUL GROSSRIEDER, N 383 ; STEINAUER, N 3405.

⁷² ARGUL GROSSRIEDER, N 396.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ ARGUL GROSSRIEDER, N 396 et 524 ss.

⁷⁵ Faute de quoi le requérant s'expose au risque que le conservateur refuse d'opérer la radiation, la réalisation de la condition suspensive ne ressortant pas manifestement du contenu de la requête et sa vérification n'étant pas de son ressort.

le moment venu, la réquisition de radiation de la servitude au registre foncier.

51. En conclusion, ces deux contrats forment un accord entre les trois parties⁷⁶ qui permet de garantir la construction du fonds, telle que planifiée et convenue. Une éventuelle procédure civile pour cause de la servitude de restriction du droit à bâtir lors de la procédure d'autorisation de construire est écartée⁷⁷. En revanche, souvent, l'ancien bénéficiaire de la servitude conserve son statut de voisin à la construction projetée. Il peut, dès lors, faire opposition au projet de construction, en particulier si celui-ci devait violer des dispositions de droit public ou d'autres dispositions de droit privé.

d) La procédure de conciliation extrajudiciaire ancrée dans la procédure d'autorisation de construire

52. Si l'obstacle que représente la servitude est révélé seulement au stade de la procédure d'autorisation de construire, c'est alors la voie de la conciliation extrajudiciaire ancrée dans cette procédure qui sera suivie⁷⁸. Une étude commandée par le Secrétariat d'Etat à l'économie démontre l'impact positif du rôle actif des autorités administratives dans la recherche d'une solution à l'amiable sur les retraits d'oppositions à des projets de construction⁷⁹. Le règlement à l'amiable de conflits autour d'un projet de construction a donc fait ses preuves.

⁷⁶ L'interdépendance entre le contrat d'extinction de la servitude et le contrat de planification est telle que la question de la qualification de l'accord tripartite de contrat composé ou mixte se pose.

⁷⁷ Au sujet des procédures contradictoires, ci-dessous point IV.

⁷⁸ Cette solution est inspirée de celle développée par l'auteur VALLATI, nommée « *Dienstbarkeits-Bereinungsverfahren* », dans le cadre des litiges entre une servitude et un projet de construction en général, N 587 ss ; elle est revisitée et adaptée aux litiges spécifiquement en lien avec la mise en œuvre de la densification intérieure.

⁷⁹ Etude commandée par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), Efficience des procédures de planification et d'autorisation de construire, ainsi que des procédures de recours qui s'y rapportent, réalisée par STEFAN VON GRÜNIGEN et al., 2015 : le résultat de l'étude est notamment de favoriser la médiation et la conciliation, p. 6 s. du résumé du rapport final.

53. L'objectif est la conclusion d'un accord écrit extrajudiciaire. Il s'agit d'un contrat de droit civil innommé⁸⁰. La convention favorise la sécurité juridique pour toutes les parties concernées. En liant celle-ci au projet de construction (ajusté), le bénéficiaire de la servitude de restriction du droit à bâtir a la certitude de l'étendue exacte de la construction qu'il accepte. D'autre part, son consentement écrit donne au propriétaire qui souhaite bâtir l'assurance que le projet de construction prévu puisse effectivement être réalisé⁸¹. La convention favorise ainsi la densification du milieu bâti. L'accord pourrait être conclu sous la forme d'un formulaire proposé par les autorités administratives⁸².
54. La procédure a lieu après l'examen préliminaire de la demande de permis de construire et donc avant la mise à l'enquête publique et la décision de l'octroi ou du refus du permis de construire⁸³. Pour éviter d'autoriser une construction qui pourrait ensuite donner lieu à une procédure civile⁸⁴, il est primordial de rechercher les servitudes de restriction des droits à bâtir impliquées dans le projet de construction. Il est possible que le titulaire de la servitude ne se manifeste pas mais conclue, par la suite, à la démolition de la construction par la voie civile⁸⁵. L'examen des pièces relatives à une servitude ne remplace en rien celui du juge civil. La conception dualiste du système judiciaire n'est pas remise en cause⁸⁶. Il s'agit uniquement de reconnaître, déjà à ce stade, d'éventuelles violations du projet de construction.
55. La suspension de la procédure d'octroi du permis de construire est le moyen procédural de régler les litiges relatifs aux servitudes avant

⁸⁰ VALLATI, N 596 et réf.

⁸¹ VALLATI, N 596.

⁸² A l'image des formulaires pour des accords écrits avec les propriétaires voisins qui sont déjà souvent utilisés. Des modèles sont proposés par l'auteur VALLATI dans les pièces annexées à sa thèse (annexe 2).

⁸³ VALLATI, N 615.

⁸⁴ Au sujet des problématiques de la coexistence des procédures administratives et civiles, telles que des décisions contradictoires, ci-dessous point IV.

⁸⁵ Ci-dessous point IV.

⁸⁶ VALLATI, N 621.

de rendre une décision⁸⁷. Simultanément, les parties sont invitées à trouver un accord à l'amiable par le biais d'une convention écrite avant que la procédure ne soit poursuivie. Un délai leur est fixé à cet effet.

56. Si les parties à la servitude ne se mettent pas d'accord entre elles, l'autorité compétente en matière de construction (ci-après : l'autorité compétente) les invite à participer à une conciliation extrajudiciaire menée par ses soins⁸⁸. Les participants à la procédure sont les mêmes que lors d'une audience devant une autorité de conciliation. Il s'agit des parties concernées par le litige, à savoir les parties à la servitude gênant le projet de construction, qui doivent comparaître en personne. En outre, la présence de l'auteur du projet, soit l'architecte, est recommandée⁸⁹.
57. Afin de parvenir à un règlement à l'amiable, une fonction active de conseil de l'autorité compétente est indispensable⁹⁰. Elle dispose d'avantages décisifs du fait qu'elle connaît le projet de construction et le droit public en la matière. Elle est donc en mesure d'expliquer précisément aux parties, dans un cas concret, les possibilités d'adapter le projet de construction et la servitude pour une coexistence pacifique⁹¹. En outre, le cas échéant, elle pourrait requérir l'aide d'un juriste externe qui évaluera la situation de droit civil en particulier⁹². Elle offre aux parties à la négociation une

⁸⁷ VALLATI, N 628 et N 631 ss au sujet de l'admissibilité de la suspension de la procédure d'octroi du permis de construire.

⁸⁸ C'est l'exécutif qui initie le processus de planification, il en est donc le moteur. Par ailleurs, les projets d'aménagement du territoire sont toujours des sujets politiques sensibles. L'autorité se doit de mettre en œuvre ce qui est nécessaire pour réussir. Un rôle de conseil et de soutien à la conciliation entre de ce point de vue-là, à notre sens, dans son cahier des charges.

⁸⁹ VALLATI, N 639.

⁹⁰ VALLATI, N 640 et N 645 : l'autorité ne joue pas le rôle d'un médiateur car elle a un pouvoir décisionnel dans l'affaire en cause et son propre intérêt. La médiation peut représenter une alternative à la conciliation des parties avec le soutien de l'autorité.

⁹¹ VALLATI, N 640 ss.

⁹² VALLATI, N 643.

plateforme pour présenter leurs points de vue et tente de les aider à trouver un accord à l'amiable⁹³.

58. Le titulaire de la servitude peut consentir au projet de construction et renoncer à la servitude. Un tel accord apparaît, à première vue, impossible à réaliser en pratique. Toutefois, depuis l'entrée en vigueur des normes d'application de l'art. 15a LAT en vue de la levée des servitudes dans le contexte de la densification intérieure, l'ayant droit parvient plus difficilement à empêcher une construction. Si les conditions sont remplies, l'autorité administrative finira par prononcer une mesure d'expropriation de la servitude. L'indemnité sera vraisemblablement moins élevée que celle qui aurait pu être négociée à l'amiable avec le propriétaire du fonds servant.
59. Afin de souligner la durabilité de l'accord et d'obtenir la certitude quant à l'absence d'objections ultérieures, la convention peut contenir une clause de renonciation à l'opposition au projet de construire⁹⁴ et à la voie judiciaire⁹⁵ en cas de conformité du projet avec les instruments d'aménagement du territoire et avec d'éventuels autres droits du bénéficiaire de la servitude.
60. La conciliation extrajudiciaire ancrée dans la procédure d'autorisation de construire doit être prévue dans les lois cantonales en matière de construction *de lege ferenda*⁹⁶.
61. La mise en œuvre de la procédure susmentionnée engendre des coûts et entraîne un surcroît de travail pour les autorités administratives. En revanche, celles-ci sont soulagées de ne pas avoir à supporter de dépenses supplémentaires pour des demandes de construction qui font l'objet d'une évaluation répétée. En outre, elles évitent des démarches liées à la procédure de recours, telles que

⁹³ VALLATI, N 641.

⁹⁴ Au sujet de l'admissibilité d'une clause de renonciation à l'opposition dans le cadre de la procédure d'autorisation de construire : ATF 115 II 232, cons. 4b, JdT 1990 I 66, p. 69 s.

⁹⁵ Au sujet de l'admissibilité d'une clause de renonciation à la voie judiciaire : ATF 123 III 101, cons. 2c ; 113 Ia 26, cons. 3b, JdT 1987 I 379, p. 383 s.

⁹⁶ Pour une proposition des dispositions légales qui pourraient être adoptées : VALLATI, N 655.

le dépôt du dossier et la rédaction d'observations. Par ailleurs, les frais engendrés par la conciliation sont compensés plusieurs fois par une réduction des coûts pour les autorités judiciaires en raison de l'absence de procédures administratives et de la majorité des procédures civiles⁹⁷.

e) La voie de l'expropriation de la servitude

62. Alors qu'il est avéré que la servitude fait obstacle à la mise en œuvre de la densification au sens de l'art. 15a LAT et qu'aucun accord n'a été trouvé avec et entre les parties à la servitude, la question de l'expropriation peut être mise sur la table.
63. Les mesures d'expropriation découlant de l'art. 15a LAT constituent une atteinte à la garantie de la propriété au sens de l'art. 26 Cst.⁹⁸. L'art. 36 Cst. prévoit que des restrictions peuvent être apportées aux droits fondamentaux et en fixe les conditions⁹⁹. Une base légale, le respect du principe de proportionnalité, un intérêt public prépondérant et le respect du noyau de la propriété sont nécessaires¹⁰⁰. Le prononcé d'une mesure d'expropriation d'une servitude porte une atteinte qualifiée d'admissible à la garantie de la propriété au sens de l'art. 26 Cst., si ces conditions sont remplies¹⁰¹.
64. L'expropriation de la servitude peut réjouir le propriétaire du fonds servant. Celui-ci pourrait se tourner vers l'autorité administrative

⁹⁷ VALLATI, N 654.

⁹⁸ DUBEY, Disponibilité du terrain, p. 203 : il n'est par ailleurs pas contesté que les mesures prises en vertu de l'art. 15a LAT imposant une utilisation précise de la propriété foncière, voire qui la retire à son propriétaire en l'expropriant, portent une atteinte à la garantie de la propriété.

⁹⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport 2017, p. 19 ; AEMISEGGER/KISSLING, art. 15a LAT, N 9 ; DUBEY, Disponibilité du terrain, p. 203 ; MAHON, art. 36 Cst., N 1 ss ; VALLENDER/HETTICH, art. 26 Cst., N 39.

¹⁰⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport 2017, p. 15 ; AEMISEGGER/KISSLING, art. 15a LAT, N 9 ; DUBEY, Disponibilité du terrain, p. 203 ; MAHON, art. 26 Cst., N 10 ; VALLENDER/HETTICH, art. 26 Cst., N 39.

¹⁰¹ AEMISEGGER/KISSLING, art. 15a LAT, N 9 ; DUBEY, Disponibilité du terrain, p. 203.

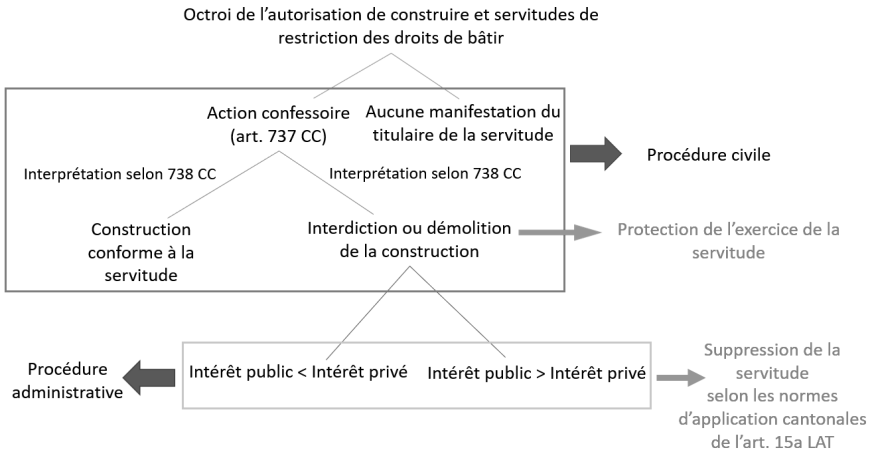
compétente et exiger, au nom de l'intérêt public à la densification intérieure, l'expropriation de la servitude¹⁰². Dans le cadre d'un rachat de la servitude, il lui aurait été nécessaire de négocier avec le titulaire de la servitude et de se mettre d'accord sur le montant, sachant que l'ayant droit cherche à obtenir une plus-value. L'intérêt public à la densification ne doit pas servir de couverture au propriétaire dont le fonds souffre de la servitude pour parvenir à la supprimer en sa faveur. La problématique est d'autant plus grande lorsque la mesure d'expropriation peut intervenir en dehors des mesures de planification. Afin d'éviter un tel abus, les conditions découlant de l'art. 36 al. 3 Cst. doivent être scrupuleusement analysées. L'expropriation doit avoir un impact direct en faveur de l'intérêt à la densification intérieure, autrement dit être apte à atteindre le but visé, et cet objectif ne peut pas être réalisé autrement (p. ex. construire à un autre endroit sans gêner l'exercice de la servitude)¹⁰³. En outre, une pesée des intérêts devra être effectuée entre les intérêts privés de l'ayant droit et l'intérêt public.

¹⁰² L'intérêt public à la densification intérieure a déjà été invoqué par les propriétaires fonciers, dans le cadre d'un recours relatif à un projet de construction : TF du 01.03.2022, 1C_16/2021, cons. 4.4 ; lors de mesures de planification : TF du 25.11.2021, 1C_27/2021, cons. 6.2 ; TF du 23.07.2021, 1C_218/2020, cons. 3.4 ; TF du 31.03.2021, 1C_629/2019, cons. 3.3 ; dans le cadre de la libération judiciaire d'une servitude au sens de l'art. 736 CC : TF du 27 août 2013, 5A_340/2013, cons. 5.3.2.

¹⁰³ VALLATI, N 520 ; au sujet du principe de proportionnalité dans le cadre de l'art. 15a LAT, voir AEMISEGGER/KISSLING, art. 15a LAT, N 13 ss.

IV. Le labyrinthe procédural

A. En image



B. La procédure d'autorisation de construire

65. L'examen de la demande d'autorisation de construire porte sur le respect des conditions prévues par le droit public¹⁰⁴. Dans la plupart des cantons, la procédure administrative y relative est séparée de la procédure civile de manière absolue¹⁰⁵. Les motifs pris en compte dans le cadre de l'opposition contre le projet de construction sont uniquement d'ordre public. Le titulaire d'une servitude foncière ne peut en principe pas former valablement opposition pour des motifs liés à ses droits relevant de la servitude et du domaine du droit privé. Il se voit donc souvent renvoyé à la procédure civile par l'autorité administrative. La délivrance du permis de construire peut dès lors découler sur la violation d'une servitude¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Art. 22 al. 2 et 3 LAT ; HUSER, p. 27 ; VALLATI, N 90.

¹⁰⁵ Pour des exemples : VALLATI, N 70.

¹⁰⁶ VALLATI, N 90 et 582.

C. L'action confessoire

66. L'action confessoire prévue à l'art. 737 al. 1 CC permet au bénéficiaire de la servitude de faire cesser l'état de chose incompatible avec la servitude¹⁰⁷. L'action confessoire est imprescriptible¹⁰⁸. Elle pourrait dès lors être intentée suite à la décision d'octroi de l'autorisation de construire. Si le bénéficiaire de la servitude a gain de cause devant la juridiction civile, il obtiendra une décision prononçant l'interdiction de construire ou la démolition de la construction¹⁰⁹. Le problème de la coordination des deux types de procédure apparaît donc déjà à ce stade.

D. La procédure d'expropriation

67. Depuis l'adoption de l'art. 15a LAT et de ses normes d'application cantonales, la décision du juge civil peut donner lieu à de nouvelles répercussions. Le champ des possibles s'ouvre en faveur du propriétaire dont le projet de construction est interdit ou dont la construction doit être démolie en vertu du droit civil. Le droit cantonal peut prévoir la levée des servitudes empêchant la mise en œuvre de la densification intérieure (ci-dessus III/B, 1). Si les conditions sont remplies, l'autorité administrative compétente pourra en quelque sorte rendre conforme le projet de construction au droit civil en supprimant la servitude qui s'y oppose.
68. Lorsque le juge civil constate la non-conformité d'un projet de construction à la servitude foncière, il n'est ni nécessaire, ni admissible, que l'autorité compétente révoque le permis de construire déjà accordé. L'interdiction de construire de droit civil agit indépendamment du permis de construire de droit public. Le

¹⁰⁷ STEINAUER, N 3481.

¹⁰⁸ MARTIN-RIVARA, p. 169.

¹⁰⁹ Par ailleurs, dans un arrêt récent, TF du 24.02.2022, 5A_729/2021, cons. 3.1 ss, le Tribunal admet une action en constat. Un intérêt digne de protection est reconnu. Il affirme que l'interprétation de la servitude de restriction du droit à bâtir suffit à ôter au propriétaire du fonds grevé toute velléité de poursuivre les travaux pour lesquels des permis de construire ont été obtenus, dès lors que ceux-ci ne sont pas conformes au contenu de la servitude.

projet de construction prévu pourrait être réalisé pendant sa période de validité, après la suppression de la servitude d'interdiction de construire¹¹⁰.

E. L'insécurité juridique

69. Depuis l'adoption de dispositions légales cantonales en vue de la levée des servitudes empêchant la densification intérieure, la problématique de décisions administratives et civiles contraires est exacerbée (ci-dessus points IV/B à D). La décision du juge civil qui interdit la construction peut ensuite être contrée par une décision ultérieure de l'autorité administrative. En mettant en parallèle le déroulement des procédures administratives et civiles, il en ressort un manque total de cohérence, contraire à l'économie de procédure. Il en résulte une grande insécurité juridique.

F. Une recommandation

70. Pour des raisons d'économie de temps, de procédure et d'argent, il est bénéfique de prendre en compte les servitudes de restriction des droits à bâtir déjà au stade de la planification, en amont de la procédure d'autorisation de construire¹¹¹. Il sera ainsi évité de se perdre dans un labyrinthe procédural, tel que présenté ci-dessus.
71. En outre, la voie consensuelle est d'un grand secours car les litiges relèvent souvent de beaucoup de complexité, notamment dans la détermination du contenu de la servitude et de sa conformité à la nécessité de densifier (ci-dessus II/A). Des accords permettent d'avancer malgré tout et de trouver des solutions pragmatiques avant la naissance de longues procédures judiciaires. Cela étant, les participants à un tel conflit ne doivent pas non plus pêcher par naïveté : la recherche d'une solution consensuelle doit être franche et sincère. Si, d'emblée, le bénéficiaire de la servitude de restriction

¹¹⁰ Pour le tout : VALLATI, N 418.

¹¹¹ S'agissant des particularités de la procédure d'expropriation dans le cadre de la planification et des instruments prévus par la législation du canton de Berne : ZAUGG ALDO/LUDWIG PETER, Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, Kommentar, vol. II, 4^e éd., Berne 2017, art. 128, N 9.

du droit à bâtir ne s'en sert que comme instrument supplémentaire pour gagner du temps, l'autorité compétente doit éviter de lui offrir un moyen d'atteindre un objectif abusif. En pratique, ce n'est pas toujours facile de connaître l'agenda occulte des parties à un tel conflit.

V. Conclusion

72. L'utilisation qui doit être faite d'un fonds n'est pas similaire du point de vue du titulaire de la servitude de restriction du droit à bâtir et de l'intérêt public à la densification intérieure. Les intérêts en présence sont contraires et, en cas de confrontation, ils forment un duo explosif. Résoudre ce conflit revient à traverser un véritable parcours du combattant.
73. La voie civile offre une protection de la servitude de restriction du droit à bâtir contraire à la densification intérieure. L'évolution du droit public en la matière amène toutefois à une réduction de la couverture de la protection. En application de l'art. 15a LAT, des dispositions légales cantonales ont été adoptées en vue de la levée de ces servitudes. Ce n'est pas sans raison que la doctrine a avancé que l'intérêt public à la densification intérieure facilite la suppression de servitudes contre la volonté de son ayant droit¹¹².
74. Néanmoins, malgré les dispositions légales précitées, il n'existe pas une voie rapide et toute tracée pour parvenir à supprimer une servitude. La voie de l'expropriation soulève de nombreuses étapes préalables qui prennent du temps et relèvent d'une grande complexité. C'est une procédure coûteuse. Par ailleurs, certains cantons sont encore démunis car ils ne disposent pas d'une base légale pour la levée de servitudes non conformes à la densification.
75. Les servitudes de restriction des droits à bâtir, dans le cadre de la densification, posent encore actuellement beaucoup de difficultés. Cette modeste contribution apporte des pistes de solution de nature consensuelle. Un accord tripartite, lors de la procédure de planification, permet de mettre le doigt sur les servitudes pouvant

¹¹² HOFSTETTER-ARNET/HOFSTETTER/MUNDHAAS, p. 335 ss ; HUSER, p. 5 ss ; VALLATI, N 510.

poser problème dans la concrétisation du plan d'affectation le plus tôt possible. Une plus grande sécurité quant à la réalisation du plan, tel qu'adopté, est garantie. S'il devait arriver que des servitudes aient échappé à ce contrôle, la procédure de conciliation extrajudiciaire ancrée dans la procédure d'autorisation de construire intervient. Cet instrument permet, en dernier recours, d'éviter que le titulaire de la servitude ne se lance dans des procédures civiles que les autorités administratives compétentes devront respecter ou contredire en levant la servitude. Un labyrinthe procédural long et incohérent qu'il est souhaitable d'éviter.

Bibliographie

ADANK NATHALIE F., Le contrat de planification – Utilité, admissibilité et régime du contrat d'aménagement du territoire, thèse Fribourg 2016

AEMISSEGER HEINZ/KISSLING SAMUEL, Art. 15a LAT, in : Aemissegger Heinz/Moor Pierre/Ruch Alexander/Tschannen Pierre (édit.), Commentaire pratique LAT : planifier l'affectation, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 365 ss

ARGUL GROSSRIEDER MARIA CONSUELO, Les causes d'extinction des servitudes foncières, en particulier la perte d'utilité et ses conséquences sur l'existence formelle du droit, thèse Fribourg 2005

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003

BÜHLMANN LUKAS/PERREGAUX DUPASQUIER CHRISTA, La disponibilité des terrains à bâtir dans les cantons et les communes, in : VLP-ASPAN, Territoire & Environnement 5/2013 p. 2 ss

CONSEIL FÉDÉRAL, Comment encourager la densification des constructions dans les centres urbains ?, Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 14.3806 von Graffenried du 24 septembre 2014, Berne 2017 (cité : Rapport 2017)

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 20 janvier 2010 relatif à la deuxième étape de la révision partielle de la loi sur l'aménagement du territoire, FF 2010 959 ss (cité : Message LAT 2010)

DUBEY JACQUES, La garantie de la disponibilité du terrain à bâtir – A propos des art. 15 al. 4 let. d et 15a LAT/I.-IV. et V.-VII., in : Zufferey Jean-Baptiste/Waldmann Bernhard (édit.), Revision Raumplanungsgesetz 2014/Révision 2014 de la loi sur l'aménagement du territoire – Paradigmenwechsel oder alter Wein in neuen Schläuchen ?/Faire du neuf avec du vieux ?, Zurich 2015, p. 175 ss (cité : DUBEY, Disponibilité du terrain)

DUBEY JACQUES, Espace - Temps - Propriété – Définition et restriction de la propriété privée du sol à l'heure du développement durable et de l'aménagement du territoire, thèse d'habilitation, Fribourg 2012 (cité : DUBEY, Espace)

DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Droit administratif général*, Bâle 2014

GALLAND CYRIL, *Le contenu des servitudes foncières*, thèse Fribourg 2013

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^e éd., Zurich/Saint-Gall 2020

HOFSTETTER-ARNET URS/HOFSTETTER DOMINO/MUNDHAAS STEFAN, *Verdichtet bauen – Dienstbarkeiten beseitigen*, RSJ 115/2019 p. 335 ss

HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA/ROBERTO VITO, *Sachenrecht*, 5^e éd., Berne 2017

HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, *Schranken der inhaltlichen Ausgestaltung von Dienstbarkeiten*, in : Wolf Stephan (édit.), *Dienstbarkeiten im Wandel – von « Weg und Steg » zum Energie-Contracting*, INR 16, Berne 2014, p. 49 ss

HUSER MEINRAD, *Densification et restrictions en matière de construction*, in : VLP-ASPAN, *Territoire & Environnement* 4/2016, p. 5 ss

MAHAIM RAPHAËL, *Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire – Le mitage du territoire à l'épreuve du droit : utilisation mesurée du sol, urbanisation et dimensionnement des zones à bâtir*, thèse Fribourg 2014

MARTIN-RIVARA IRÈNE, *Les servitudes de restriction à bâtir*, in : SJ 2021 II p. 157 ss

PIOTET DENIS, *Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières*, in : Sutter-Somm Thomas (édit.), *Traité de droit privé suisse*, vol. V/2, 2^e éd., Bâle 2012, p. 1 ss

STEINAUER PAUL-HENRI, *Les droits réels*, tome II, 5^e éd., Berne 2020

VALLATI SACHA, *Dienstbarkeiten und Bauvorhaben – Analyse und Lösung von Konflikten zwischen Bauherren und dienstbarkeitsberechtigten oder -belasteten Dritten*, Zurich 2021

VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER, Art. 26 BV, in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Die Schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich 2014, p. 564 ss

WERMELINGER AMÉDÉO en collaboration avec NAÏRI SEVHONKIAN, Droits réels, Neuchâtel 2021 (cité : WERMELINGER, Droits réels)

La planification énergétique territoriale et le plan communal des énergies

par

Séverine Beuret

Assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction.....	81
II. Planification énergétique territoriale.....	82
A. Contexte et cadre constitutionnel.....	83
1. Contexte.....	83
2. Cadre constitutionnel et légal au niveau fédéral.....	84
3. Cadre légal au niveau cantonal.....	87
4. Politiques énergétiques cantonales.....	89
B. Objet, objectifs et fonction.....	92
1. Objet.....	92
2. Objectifs et fonction.....	94
3. Généralités.....	97
4. Processus et instruments.....	98
C. Interactions avec les instruments territoriaux.....	105
III. Plan communal des énergies.....	109
A. Contexte.....	110
B. Cadre légal et diversités cantonales.....	111
1. Généralités.....	111
2. Autorités compétentes.....	112
3. Obligation de planifier ?.....	113

C. Elaboration du plan communal des énergies	115
1. Préalable.....	115
a) Contenu	115
b) Principes applicables.....	118
2. Processus d'élaboration	120
a) Vision et stratégie	121
b) Etat des lieux et identifications des potentiels.....	121
c) Objectifs et mesures.....	125
3. Statut et portée du plan communal des énergies	127
D. Intégration dans les plans territoriaux.....	128
IV. Conclusion	132
Bibliographie	134

I. Introduction

1. La planification énergétique territoriale et le plan communal des énergies s'inscrivent dans le cadre de la politique énergétique, en particulier de la mise en œuvre de la Stratégie énergétique 2050 de la Confédération, respectivement des politiques énergétiques cantonales. Celles-ci ont notamment pour objectifs de réduire la consommation d'énergie, d'améliorer l'efficacité énergétique et de promouvoir les énergies renouvelables.
2. Le contexte énergétique actuel est marqué par de nombreux défis de taille auxquels les collectivités publiques en particulier sont appelées à faire face : la fermeture prochaine des centrales nucléaires, la dépendance aux énergies fossiles importées, l'urbanisation croissante, l'évolution démographique ou encore la mobilité. Ces défis sont par ailleurs empreints de préoccupations saillantes, toutes liées à la question du réchauffement climatique pour laquelle la société civile tend toujours davantage à se mobiliser.
3. La sortie attendue de l'ère nucléaire doit être planifiée, préparée et requiert une intervention forte de la part des collectivités publiques. En effet, ces dernières – à tous les échelons de l'Etat fédéral – sont appelées à dessiner le chemin vers le panorama énergétique de demain. La planification énergétique territoriale, thématique consacrée dans cette contribution, représente une voie qui s'inscrit pleinement dans ce contexte.
4. D'emblée, précisons que cette contribution propose une lecture de la planification énergétique territoriale portée sur les enjeux relevant de l'approvisionnement en chaleur. Nous laisserons de côté les enjeux liés à la production et la distribution d'autres énergies, en particulier l'électricité.
5. Aussi, après avoir identifié le contexte institutionnel, juridique et politique dans lequel s'inscrit cette contribution, il s'agira de préciser et éventuellement délimiter la planification énergétique de la planification énergétique territoriale dans la mesure où ces deux notions vont représenter le fil conducteur de notre réflexion. Il s'agira en outre de mettre en exergue les outils auxquels le processus de planification dans le domaine de l'énergie opéré à l'échelle cantonale donne naissance et ce qu'il advient d'eux une fois ceux-ci

arrêtés. Cette partie jongle dès lors avec la question sous-jacente permettant de savoir s'il s'agit là d'un nouvel instrument à disposition de la collectivité publique en vue de mettre en œuvre sa politique énergétique (II). Une fois ce tableau dressé, le thème spécifique aux communes sera traité, à savoir la planification communale des énergies par le biais de l'instrument du plan communal des énergies, et la déclinaison de questions qu'il emporte, en particulier son cadre légal, son élaboration et son intégration dans les instruments territoriaux (III). Associés, les deux volets de la contribution permettront de mettre en évidence la manière dont les instruments prévus par le droit de l'énergie s'articulent avec les instruments connus de la planification territoriale et donc de l'aménagement du territoire.

6. Enfin, il ne paraît pas inutile de préciser que cette thématique se trouve fortement marquée par le fédéralisme et la diversité des solutions qui le caractérise. Aussi, l'objectif de cette contribution n'est pas d'examiner de manière exhaustive l'ensemble des solutions cantonales. Pour notre démonstration, notre choix s'est arrêté sur quelques cantons romands, de même que nous mettrons en lumière certaines solutions choisies par ceux-ci.

II. Planification énergétique territoriale

7. Pour l'heure, si la notion de planification territoriale profite d'une assise certaine au niveau législatif, jurisprudentiel et doctrinal, la planification énergétique territoriale demeure une notion aux contours relativement flous et faisant avant tout l'objet de réflexions ponctuelles. Cela dit, en raison de l'importance croissante des enjeux énergétiques, cette forme de planification est appelée à gagner en importance.
8. Aussi, dans ce contexte, il est proposé dans un premier temps d'identifier le cadre constitutionnel de la politique énergétique (A). Ensuite, il sera possible de mettre en évidence et de cibler l'objet, les objectifs et la fonction de la planification énergétique territoriale. Par ce biais, il s'agira en particulier de mettre en relation la planification énergétique et la planification énergétique territoriale (B). A la suite de cela, il s'agira de décrire le processus ainsi que des instruments ce qui permettra de préciser cette

démarche de planification (C). En dernier lieu, nous prendrons de la hauteur afin d'entrevoir les interactions entre les deux champs juridico-politiques que sont la planification énergétique et la planification territoriale (D).

A. Contexte et cadre constitutionnel

1. Contexte

9. En Suisse, le pétrole, le nucléaire, l'hydraulique et le gaz représentent les principaux agents énergétiques utilisés. Ils sont employés sous forme de combustibles et carburants pour près de la moitié, d'électricité pour un quart, de gaz pour un dixième et de bois à hauteur de 5 %.
10. Dans la mesure où le territoire est dépourvu de pétrole, d'uranium et de gaz, la Suisse est dépendante des pays exportateurs pour une part substantielle de son approvisionnement énergétique. Le secteur de l'électricité présente un profil quelque peu différent ; en effet, en Suisse, la majorité de la consommation d'électricité est issue de grandes centrales hydrauliques (~ 65 %) ; viennent ensuite l'énergie des centrales nucléaires (~ 20 %) et l'énergie issue du photovoltaïque (~ 10 %)¹.
11. Le panorama énergétique en Suisse a été marqué par plusieurs événements, à différentes époques et pour différentes raisons. A la suite de la catastrophe de Fukushima, l'année 2011 représente à bien des égards une année charnière. Acté par la décision du printemps 2011, prononçant la mise hors service des centrales nucléaires au terme de leur durée d'exploitation conforme aux critères techniques de sécurité, respectivement leur non-remplacement, le changement de paradigme en matière de politique énergétique a assurément été

¹ Pour le reste, l'électricité est issue des déchets et agents énergétiques fossiles pour environ 2 % et un taux similaire pour une électricité dont la provenance n'est pas vérifiable. A noter que l'électricité produite en Suisse est issue à 58 % de la force hydraulique par le biais des 677 centrales hydrauliques, à 32,9 % de l'énergie nucléaire, à 2 % des énergies fossiles et à 6,7 % des autres énergies renouvelables : OFEN, Electricité.

amorcé à ce moment-là. En effet, le non-renouvellement des centrales nucléaires place le pays face à un défi majeur : celui de réfléchir à substituer ce qui couvre un cinquième de sa consommation d'électricité².

12. Dans un premier temps, la transition vers l'ère post-nucléaire s'est concrétisée par l'élaboration d'une nouvelle politique énergétique fédérale connue sous le nom de « Stratégie énergétique 2050 » du Conseil fédéral. Selon ladite Stratégie, quatre axes doivent être privilégiés : l'efficacité énergétique ; les énergies renouvelables ; la sortie du nucléaire et les mesures dans le domaine des réseaux électriques. Le Conseil fédéral mise dès lors sur les deux plateaux de la balance énergétique avec la volonté de réduire la consommation d'énergie d'une part et d'accroître la production d'énergie renouvelable d'autre part, les objectifs sous-jacents étant de ne mettre en péril ni la sécurité de l'approvisionnement énergétique ni d'ailleurs son caractère économique³.
13. Dans un second temps, afin d'atteindre ces objectifs – ou ambitions – le Parlement fédéral a entériné la loi fédérale du 30 septembre 2016 sur l'énergie (LEne)⁴ révisée en adoptant un premier paquet de mesures. Ce projet a été accepté par la population le 21 mai 2017 à la suite d'un référendum facultatif et la loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018⁵.

2. Cadre constitutionnel et légal au niveau fédéral

14. Dans la configuration que nous lui connaissons aujourd'hui, la politique énergétique s'appuie sur une multitude de normes constitutionnelles concrétisées par le biais de législations sectorielles. Au niveau de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.)⁶, les art. 76, 89, 90 ou

² Qui représente par ailleurs 32,9 % dans le mix de production suisse.

³ A propos du caractère « économiquement optimal » qui n'implique pas « à bas prix », voir notamment, CONSEIL FÉDÉRAL, Message article constitutionnel sur l'énergie, p. 334.

⁴ Loi fédérale du 30 septembre 2016 sur l'énergie (RS 730.0 ; LEne).

⁵ RO 2017 6839, 6873 ; révision acceptée à 58 % (FF 2017 4555).

⁶ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101 ; Cst.).

encore 91 posent le socle constitutionnel fédéral et attribuent des compétences de différente nature au législateur fédéral. Sur le plan législatif, le droit de l'énergie, en tant que droit administratif spécial, se caractérise par un morcellement des législations⁷. Ainsi, en ce domaine, l'on retrouve la LEne, la Loi fédérale du 23 décembre 2011 sur la réduction des émissions de CO₂ (Loi sur le CO₂)⁸, la Loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH)⁹ ou encore la Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEl)¹⁰.

15. En matière de politique énergétique, l'art. 89 Cst. représente la disposition-phare. Selon l'art. 89 al. 1 Cst., « [l]a Confédération et les cantons s'emploient à promouvoir un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économiquement optimal et respectueux de l'environnement, ainsi qu'une consommation économe et rationnelle de l'énergie ». Dès lors, cet article porte à la fois sur l'approvisionnement et sur la consommation énergétique. Contrairement aux autres dispositions susmentionnées, il concerne toutes les formes d'énergie¹¹.
16. Conformément et concrétisant l'art. 89 Cst., la LEne reprend et précise ses buts. Selon l'art. 1 al. 1 LEne, cette législation « [...] vise à contribuer à un approvisionnement suffisant, diversifié, sûr, économique et respectueux de l'environnement ». Selon l'art. 1 al. 2 LEne, elle a pour but « de garantir une fourniture et une distribution de l'énergie économiques et respectueuses de l'environnement (let. a) ; de garantir une utilisation économe et efficace de l'énergie (let. b) ; de permettre le passage à un approvisionnement en énergie basé sur un recours accru aux énergies renouvelables, en particulier aux énergies renouvelables indigènes (let. c) ». L'expression

⁷ A ce propos, voir : POLTIER, Evolution, p. 253.

⁸ Loi fédérale du 23 décembre 2011 sur la réduction des émissions de CO₂ (RS 641.71 ; Loi sur le CO₂).

⁹ Loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (RS 721.80 ; LFH).

¹⁰ Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (RS 734.7 ; LApEl).

¹¹ AUBERT, Petit Commentaire, N 8-9 ad art. 89 ; SCHAFFHAUSER, SG-Kommentar BV, N 3 ad art. 89 ; FLÜCKIGER, p. 24.

« permettre le passage à » marque véritablement l'idée selon laquelle il y a une rupture avec le système préexistant et dominant, majoritairement basé sur les énergies fossiles importées¹².

17. L'art. 5 al. 1 LENE affiche les principes que les autorités notamment sont tenues d'observer. En cela, elles doivent veiller à ce que toute l'énergie soit utilisée de manière aussi économe et efficace que possible (let. a) ; que la consommation énergétique globale soit couverte dans une proportion importante par des énergies renouvelables présentant un bon rapport coûts-efficacité dont la proportion croît de manière continue (let. b) ; que les coûts d'utilisation de l'énergie soient autant que possible couverts selon le principe de causalité (let. c).
18. Dans la réflexion de planification, la LENE a eu pour effet d'intégrer dans les règles pour l'utilisation des énergies renouvelables, une réflexion relevant de l'aménagement du territoire. Ainsi, l'art. 10 al. 1 LENE dispose que « [l]es cantons veillent à ce que le plan directeur désigne en particulier les zones et tronçons de cours d'eau qui se prêtent à l'exploitation de l'énergie hydraulique et éolienne [...] ». Selon l'art. 10 al. 2 LENE, « [s]i nécessaire, ils veillent à ce que des plans d'affectation soient établis ou que les plans d'affectation existants soient adaptés ».
19. Parallèlement, l'entrée en vigueur de la LENE au 1^{er} janvier 2018 a également eu pour effet d'intégrer des dispositions relevant de la politique énergétique dans la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT)¹³. La LAT s'est ainsi vue dotée d'un complément à son art. 6 LAT d'une part et d'un nouvel art. 8b LAT d'autre part. Ainsi, selon l'art. 6 al. 2 LAT, « [e]n vue d'établir leurs plans directeurs, les cantons élaborent des études de base dans lesquelles ils désignent les parties du territoire qui : se prêtent à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables (let. b^{bis}) ». En outre, selon l'art. 6 al. 3 LAT, ils y décrivent l'état et le développement : « de l'approvisionnement, notamment en électricité issue des énergies renouvelables (let. b^{bis}) ». Quant à

¹² L'ancienne disposition prévoyait sobrement d'encourager le recours aux énergies renouvelables et indigènes (art. 1 al. 2 let. c aLENE) : Message stratégique énergétique 2050, p. 6872-6873.

¹³ Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (RS 700 ; LAT).

l'art. 8b LAT, il précise que « le plan directeur désigne les zones et les tronçons de cours d'eau qui se prêtent à l'utilisation d'énergies renouvelables ».

20. Toutes les installations destinées à l'exploitation d'énergies renouvelables ne sont pas tenues de figurer au plan directeur en vertu de l'art. 8b LAT. En effet, il sied de préciser que ces dispositions de planification visent en premier lieu la force hydraulique et éolienne dont l'exploitation se fait au moyen d'infrastructures d'envergure qui ont, partant, une forte incidence sur le territoire et l'environnement au sens large¹⁴. Le Message du Conseil fédéral mentionne d'ailleurs, « [...] les technologies dont l'importance dépasse l'échelle régionale »¹⁵.
21. Bien que ces dispositions ne s'appliquent pas directement aux questions d'approvisionnement en chaleur, elles permettent toutefois de tisser les premières lignes d'un rapprochement entre le droit de l'énergie et celui de l'aménagement du territoire.

3. Cadre légal au niveau cantonal

22. Selon la répartition des compétences telle qu'elle résulte de la Constitution fédérale, la Confédération et les cantons partagent solidairement la charge de la politique énergétique¹⁶. Tout en étant liés par les objectifs constitutionnels, respectivement les principes émis sur la base de l'art. 89 al. 2 Cst. en matière d'utilisation des énergies renouvelables notamment, les cantons conservent une large marge de manœuvre en matière de politique énergétique¹⁷.

¹⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Message stratégie énergétique 2050, p. 6924.

¹⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, Message stratégie énergétique 2050, p. 6924 ; TSCHANNEN, Commentaire pratique LAT, N 2 ad art. 8b.

¹⁶ Art. 89 al. 1 Cst.

¹⁷ A noter que les cantons sont en particulier tenus d'intervenir et de mettre en œuvre les mesures nécessaires dans les domaines des bâtiments, de la sécurité de l'approvisionnement ainsi que dans le domaine de l'information et du conseil au public et aux autorités : art. 89 al. 4 Cst. ; 6 al. 2, 45, 47 LÉne.

23. Dans les cantons, le cadre légal en matière énergétique est balisé en particulier par les lois cantonales sur l'énergie¹⁸. Chacune de ces lois prévoit des objectifs propres mais ceux-ci sont majoritairement repris des objectifs fédéraux promulgués à l'art. 1 al. 1 LENE, à savoir « un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économique et respectueux de l'environnement »¹⁹. A titre d'exemple, l'art. 1 al. 1 de la loi neuchâteloise du 1^{er} septembre 2020 sur l'énergie (LCEN/NE)²⁰ vise « à assurer un approvisionnement énergétique du canton suffisant, diversifié, sûr, économique et compatible avec les impératifs de la protection de l'environnement ainsi qu'à diminuer la consommation d'énergie en tendant vers une société à 2000 watts à l'horizon 2050 ».
24. Pour ce qui relève de la planification, les cantons peuvent, au moyen de leur loi cantonale sur l'énergie, élaborer des dispositions en matière de planification, respectivement des instruments dédiés²¹. A fortiori, lorsque de tels instruments sont prévus, les cantons peuvent tisser des liens entre ceux-ci et ceux de l'aménagement du territoire.
25. Les lois cantonales sur l'énergie recèlent d'importantes similarités, non sans surprise. En effet, sans être de rang légal, un document revêt un rôle de premier plan pour ce qui est de la coordination des pratiques cantonales : il s'agit du Modèle de prescriptions énergétiques des cantons (MoPEC). Ce document est le fruit de la collaboration des Directeurs cantonaux de l'énergie (EnDK) et prend appui sur les expériences menées dans les cantons dans le domaine du bâtiment en particulier²². Le MoPEC est envisagé comme une « boîte à outils » dans laquelle les cantons sont invités à se servir lors de l'élaboration de leurs propres législations, aussi le

¹⁸ Les cantons d'Obwald et Schaffhouse ne disposent toujours pas de loi cantonale sur l'énergie à l'heure où nous rédigeons ces lignes.

¹⁹ Eux-mêmes repris de l'art. 89 al. 1 Cst.

²⁰ Loi neuchâteloise du 1^{er} septembre 2020 sur l'énergie (RSN 740.1 ; LCEN/NE).

²¹ En ce sens : QUIQUEREZ, p. 70.

²² Domaine pour lequel les cantons sont compétents « au premier chef » selon l'art. 89 al. 4 Cst.

MoPEC vise et favorise une harmonisation des prescriptions énergétiques cantonales²³.

26. Pour ce qui relève de la planification énergétique, le MoPEC contient un module dédié. Le module numéro 10, composé d'un préambule et de quatre articles, se distingue de certains autres modules dans la mesure où il n'a pas pour objet les exigences techniques touchant aux bâtiments, aux installations ou aux équipements²⁴. Les collectivités publiques sont les principales destinataires de ce module²⁵. Par ailleurs, ce dernier figure parmi les modules dits facultatifs, à l'inverse du module de base pour lequel la recommandation est la reprise obligatoire²⁶. Toutefois, si le module 10 est repris, il est recommandé qu'il le soit de manière intégrale et sans modification²⁷.
27. Pour autant qu'ils se révèlent pertinents, les articles du module 10 du MoPEC seront repris au fil de cette contribution.

4. Politiques énergétiques cantonales

28. Compte tenu des objectifs fédéraux de la politique énergétique et des mouvements en faveur d'une harmonisation²⁸, les politiques énergétiques cantonales s'ancrent inévitablement sur un socle commun, un socle mouvant par ailleurs. Intrinsèquement corrélée à la politique énergétique de la Confédération, la politique énergétique

²³ EnDK, MoPEC, p. 8. Soulignons que le Conseil fédéral invitait les cantons à adopter le MoPEC sous la forme d'un concordat en 2013 : CONSEIL FÉDÉRAL, Message stratégie énergétique 2050, p. 6826. S'exprimant à ce propos, l'EnDK n'y voyait pas forcément une plus-value : EnDK, Concrétisation, p. 5. A propos du concordat : EnDK, Concordat, p. 1 ss ; FLÜCKIGER, p. 51.

²⁴ EnDK, MoPEC, p. 82.

²⁵ EnDK, MoPEC, p. 82.

²⁶ Le module de base contient 60 articles répartis entre 18 thématiques, appelées « sections ».

²⁷ EnDK, MoPEC, p. 13.

²⁸ Au-delà du MoPEC, il est également possible de retenir que les principes directeurs de la politique énergétique formulés par l'EnDK, et les labels suisses du bâtiment (Certificat énergétique cantonal des bâtiments <CECB>, Minergie, Standard construction durable suisse Bâtiment <SNBS>, etc.), contribuent à la tendance d'harmonisation dans le domaine énergétique.

des cantons a évidemment été bousculée depuis l'adoption de la Stratégie énergétique 2050 et sa mise en œuvre par la nouvelle loi sur l'énergie. Aussi, nombreux sont les cantons à avoir entamé des démarches en vue de refondre leur politique énergétique afin de répondre aux défis énergétiques et climatiques de demain. Dans la suite, nous opérerons une présentation illustrative des orientations prises et objectifs poursuivis dans quelques cantons romands.

29. Dans le canton de Vaud, la conception cantonale de l'énergie adoptée en 2019 repose sur trois axes : la consommation, la production et les infrastructures. La conception tend à placer le canton sur la voie de l'autosuffisance énergétique durable par le développement de la production renouvelable et la maîtrise de la consommation énergétique²⁹. Figure notamment parmi les objectifs une production renouvelable vaudoise de 35 % à l'horizon 2030 et de 50 % à l'horizon 2050³⁰. A noter que l'horizon 2030 était initialement l'horizon 2035 mais que la temporalité a été raccourcie à la suite de l'adoption en 2020 du plan climat³¹.
30. Dans le canton du Jura, la conception cantonale de l'énergie pour la période 2022-2026 affiche une certaine continuité avec la version antérieure en reprenant ces axes stratégiques dans le domaine de la production et la consommation d'énergie thermique et électrique³². En outre, elle ajoute deux axes dans le domaine de la mobilité et de la communication³³. En vue d'atteindre l'autonomie énergétique maximale, le canton se fixe des objectifs à court et moyen terme, aux horizons 2026 et 2035. Dans les domaines de l'électricité et de

²⁹ DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT/VD, Conception, p. 20.

³⁰ DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT/VD, Conception, p. 20.

³¹ CONSEIL D'ETAT/VD, Plan climat, p. 46.

³² SERVICE DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL/JU, p. 27 : axes 1 à 4 : maximiser la production d'électricité renouvelable locale ; maîtriser la consommation d'électricité ; maximiser la production de chaleur décarbonnée locale ; minimiser la consommation de chaleur. D'ailleurs, il est précisé (p. 1) que cette nouvelle conception ne remet pas en cause les objectifs de la version antérieure.

³³ SERVICE DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL/JU, p. 27 ss : décarbonner l'énergie pour la mobilité et améliorer la communication des enjeux et résultats de la stratégie énergétique cantonale.

la chaleur, l'autonomie énergétique visée est de 45 %, respectivement 30 % à l'horizon 2026 et de 70 % et 67 % à l'horizon 2050, sachant que ces deux taux se situaient à 23 % en 2020³⁴.

31. Dans le canton de Neuchâtel, la conception directrice de l'énergie du 11 mai 2016 énonce plusieurs axes stratégiques, en particulier : la diminution de la consommation globale d'énergie finale ; l'augmentation de la production globale d'énergies renouvelables indigènes et la couverture maximale de la consommation en priorité par des énergies renouvelables indigènes, puis des énergies renouvelables importées³⁵. En ces domaines, les objectifs chiffrés sont fixés directement dans la loi, à l'art. 1 al. 3 LCEn/NE, pour les horizons 2025, 2035 et 2050³⁶.
32. Pour le canton du Valais, l'horizon ciblé est 2035 et ce dernier vise : une baisse de la consommation moyenne d'énergie finale par habitant de 43 % et de 13 % pour la consommation électrique, par rapport à 2000³⁷. Dans le domaine de l'électricité, sans compter l'énergie hydraulique, le canton entend produire, d'ici à 2035, 1'300 GWh par an d'électricité renouvelable³⁸. Cet objectif représente une multiplication par un facteur huit de la production de 2015. Dans le domaine de l'approvisionnement en chaleur, le

³⁴ SERVICE DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL/JU, p. 23.

³⁵ DÉPARTEMENT DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL ET DE L'ENVIRONNEMENT/NE, p. 87 ; Conseil d'Etat/NE, Rapport sur la conception directrice de l'énergie, p. 17.

³⁶ Art. 1 al. 3 LCEn/NE : « En se référant à la conception directrice cantonale de l'énergie 2015, les valeurs suivantes sont visées par rapport à la situation en l'an 2000 : une réduction de la consommation d'énergie finale de -15 % en 2025, de -30 % en 2035 et de -40 % en 2050 (let. a) ; une augmentation de la production d'énergies renouvelables de +150 % en 2025, de +200 % en 2035 et de +450 % en 2050 ; une réduction de la consommation d'énergie finale par habitant de -25 % en 2025, de -40 % en 2035 et de -55 % en 2050 ; une réduction de la puissance primaire en watt par habitant de -30 % en 2025, de -45 % en 2035 et de -60 % en 2050 ».

³⁷ DÉPARTEMENT DES FINANCES ET DE L'ÉNERGIE/VS, p. 25.

³⁸ DÉPARTEMENT DES FINANCES ET DE L'ÉNERGIE/VS, p. 45.

canton entend réduire de moitié la consommation d'énergies fossiles³⁹.

33. De manière succincte, à ce stade, il est notamment possible de retenir qu'en matière de politique énergétique, même si les cantons conservent des compétences fortes en matière d'utilisation des énergies indigènes et des énergies renouvelables, de consommation énergétique économe et rationnelle et de consommation d'énergie dans les bâtiments, les principes fédéraux marquent considérablement les orientations prises. En outre, il sied de constater une volonté partagée par les cantons de présenter un front uni et uniformisé par le recours à des instruments de *soft law* tel que le MoPEC⁴⁰.

B. Objet, objectifs et fonction

1. Objet

34. D'emblée, il semble pertinent de s'arrêter sur la délimitation entre l'objet de la planification énergétique et celui de la planification énergétique territoriale.
35. La planification énergétique vise à répondre aux objectifs de la Confédération et des cantons de promouvoir l'efficacité énergétique et d'augmenter la part des énergies renouvelables. Dès lors, elle participe à la sécurité de l'approvisionnement et à la réduction des émissions de gaz à effet de serre. La loi vaudoise du 16 mai 2006 sur l'énergie (LVLEne/VD)⁴¹ présente l'avantage de consacrer une définition de la notion de « planification énergétique » : elle retient que cette dernière « vise, à l'échelle d'un quartier, d'une commune, d'une agglomération ou d'une région, à créer les conditions propices à une utilisation efficace et rationnelle de l'énergie ainsi qu'à favoriser le recours et une meilleure intégration des énergies renouvelables locales »⁴². Cette définition permet de mettre en évidence d'une part les différentes échelles de réalisation et d'autre

³⁹ DÉPARTEMENT DES FINANCES ET DE L'ÉNERGIE/VS, p. 45.

⁴⁰ A ce sujet, voir : FLÜCKIGER, p. 50-51.

⁴¹ Loi vaudoise du 16 mai 2006 sur l'énergie (RSV 730.01 ; LVLEne/VD).

⁴² Art. 3 al. 4 LVLEne/VD.

part le fait que toutes les formes d'énergie sont susceptibles d'être concernées par la planification énergétique.

36. Sur ce dernier point en particulier, la planification énergétique territoriale – également appelée « planification territoriale en matière énergétique » – tend à se distinguer ; en effet, il est parfois retenu que cette forme de planification a un objet plus limité, à savoir celui de l'approvisionnement en énergie thermique et l'utilisation d'énergies renouvelables disponibles localement⁴³. Si cette approche restrictive se retrouve notamment parmi des publications de SuisseEnergie⁴⁴, l'approche plus globale se retrouve également parmi les documents et publications officiels⁴⁵. Cette approche extensive tend ainsi à rapprocher l'objet de la planification énergétique de celui de la planification énergétique territoriale.
37. Dans tous les cas, pour les besoins de cette contribution, il n'est pas véritablement nécessaire de trancher cette délimitation au regard de son objet. En effet, nous constaterons que les instruments existants en matière de planification énergétique incluent une approche extensive de sorte qu'ils intègrent certes des réflexions relatives à l'approvisionnement et à la consommation d'électricité et d'énergie dans le secteur de la mobilité, mais également la composante relevant de l'approvisionnement en chaleur. Partant, la planification énergétique territoriale dans son approche restrictive compose dans tous les cas une part importante de la planification énergétique⁴⁶, respectivement en fait partie intégrante ; la planification énergétique représente ainsi la porte d'entrée vers la planification énergétique territoriale telle que conçue dans son approche restrictive.
38. Ici, dans la mesure où cette contribution vise à appréhender en particulier la question de l'approvisionnement en chaleur et donc l'objet de la planification énergétique territoriale dans son approche restrictive, les champs de réflexion relatifs à l'électricité et la mobilité

⁴³ SUISSEÉNERGIE, Module 1, p. 1-2 ; KNÜSEL, p. 2 ss.

⁴⁴ SUISSEÉNERGIE, Module 1, p. 1-2.

⁴⁵ DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT/VD, Guide, p. 6 ; Commune de Fribourg, p. 11 ss. A noter que POLTIER favorise a priori une vision englobante de la notion d'énergie, comprenant également les champs de l'électricité et de la mobilité dans la planification énergétique territoriale.

⁴⁶ SUISSEÉNERGIE, Module 1, p. 2.

seront laissés de côté. Cela n'implique pas pour autant que la planification énergétique sera ignorée ; en effet en tant que porte d'entrée vers la planification énergétique territoriale, il sera au contraire inévitable de s'arrêter sur les instruments de cette dernière.

2. Objectifs et fonction

39. Avant de procéder à l'identification des objectifs et de la fonction de la planification énergétique dans son approche territoriale par le biais de l'approvisionnement en chaleur, il paraît judicieux – afin de bénéficier d'une vision d'ensemble – de dresser un bref état des lieux du domaine et de la participation des agents énergétiques renouvelables à cet égard.
40. En Suisse, la production de chaleur pour le chauffage et l'eau chaude sanitaire dans les bâtiments ne représente pas moins de 40 % des besoins énergétiques⁴⁷. Peut-être davantage révélateur, en excluant le domaine de la mobilité, ce taux atteint 73 %⁴⁸. Pour l'heure et pour l'essentiel, la couverture de ce besoin passe par l'importation de combustibles fossiles que sont le mazout et le gaz naturel. Ces deux agents énergétiques couvrent 70 % de la consommation de chaleur en Suisse, à hauteur d'environ 45 %, respectivement 25 %. Les besoins restants sont couverts au moyen de la chaleur à distance, de l'électricité, du bois et des énergies renouvelables⁴⁹. Finalement, au-delà du fait que l'approvisionnement en chaleur repose en majorité sur des agents énergétiques fossiles et importés, le chauffage des bâtiments représente un tiers des émissions de gaz à effet de serre dans notre pays.
41. Compte tenu des ambitions des politiques énergétiques et climatiques fédérales et cantonales, l'approvisionnement en chaleur dans notre pays est appelé à changer de visage dans les prochaines

⁴⁷ ORGANISATION FAÏTIÈRE DE L'ÉCONOMIE DES ENERGIES RENOUVELABLES ET DE L'EFFICACITÉ ÉNERGÉTIQUE, p. 1.

⁴⁸ COMMUNE DE FRIBOURG, p. 12.

⁴⁹ A noter que les chiffres relatifs à la chaleur à distance, ici mentionnés, font état de la chaleur à distance distribuée à partir des rejets de chaleur des usines d'incinération des déchets : OFEN, Statistique, p. 62.

années, au taux du renouvellement des installations de chauffage en particulier.

42. Au vu de cet état des lieux et de ses failles, il s'agit à présent d'identifier le rôle que peut revêtir la planification énergétique dans son approche territoriale dans le domaine de l'approvisionnement en chaleur.
43. Au risque de verser dans le truisme, il convient de souligner que la planification énergétique territoriale, menée dans le cadre d'une réflexion évidemment énergétique, vise à « accroître le recours aux sources d'énergie disponibles au niveau régional et idéalement respectueuses de l'environnement »⁵⁰. En substance, la planification énergétique territoriale vise à atteindre les objectifs tels que formulés par le législateur fédéral et cantonal. En ce sens, le Grand Conseil vaudois, premier à légiférer en matière de planification énergétique territoriale, relevait en 2013 déjà l'importance grandissante de la planification énergétique territoriale dans le cadre de la valorisation des énergies renouvelables locales⁵¹.
44. Selon le guide pour une planification énergétique territoriale élaboré par le Canton de Vaud, il est possible de distinguer les objectifs de la planification énergétique territoriale au regard de l'échelle de planification (régions, communes, quartiers). Selon ce guide, il est possible de retenir que la planification énergétique territoriale constitue une aide à la décision en matière de politique énergétique tant pour une région que pour une commune. En outre, elle veille à la sécurité de l'approvisionnement sur le territoire et valorise les ressources disponibles localement. A l'échelle d'une région en particulier, elle permet d'asseoir une approche globale et d'identifier les champs d'action. Pour une commune, elle permet d'identifier les besoins en énergie et les ressources disponibles sur une carte et éventuellement de les intégrer dans son plan directeur communal. Enfin, pour un quartier, elle offre la possibilité d'élaborer des solutions d'approvisionnement telles que des réseaux de chauffage à distance et des installations centralisées de production d'énergie⁵².

⁵⁰ SUISSEÉNERGIE, Module 1, p. 2.

⁵¹ CONSEIL D'ÉTAT/VD, Exposé des motifs, p. 401, 403.

⁵² DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT/VD, Guide, p. 5.

45. Aussi, il est possible de constater, qu'en tant que partie intégrante de la planification énergétique, les objectifs de la planification énergétique territoriale tels que dressés ici peuvent largement être confondus avec ceux de la planification énergétique au sens large.
46. La planification énergétique territoriale est parfois présentée par une approche fonctionnelle, en tant qu'instrument de coordination de l'aménagement du territoire. Cette fonction de coordination est également mise en lumière par POLTIER⁵³, lorsque celui-ci loue les bénéfices d'une planification énergétique territoriale en tant qu'elle permet d'intégrer la dimension énergétique dans la réflexion d'aménagement du territoire⁵⁴.
47. Cette fonction était d'ailleurs mise en évidence dans la définition consacrée à la planification énergétique territoriale dans la législation cantonale vaudoise sur l'énergie, définition en vigueur jusqu'au 31 août 2021. En effet, selon l'art. 3 al. 4 aLVLEne/VD, la planification énergétique territoriale devait être comprise comme « la prise en compte et la coordination, dans la démarche d'aménagement du territoire, des infrastructures, des bâtiments et des systèmes techniques de manière à permettre un usage des ressources et une satisfaction des besoins correspondant au mieux aux buts des lois sur l'énergie »⁵⁵. Préconisant une approche de l'énergie plus globale par son approche territoriale, la planification énergétique territoriale se présentait alors comme une approche pratique ayant pour objectif de mettre en place, le plus en amont possible, les conditions-cadre permettant par exemple de développer les réseaux et de faciliter l'utilisation des énergies renouvelables locales⁵⁶.
48. Aussi, il est possible de retenir que la planification énergétique territoriale a pour fonction de territorialiser la politique énergétique et ses objectifs. Par la prise en compte coordonnée des aspects

⁵³ POLTIER, *Energie*, favorise a priori une vision englobante de la notion d'énergie, comprenant également les champs de l'électricité et de la mobilité dans la planification énergétique territoriale.

⁵⁴ POLTIER, *Energie*, p. 30.

⁵⁵ DÉPARTEMENT DES INSTITUTIONS ET DU TERRITOIRE/VD, p. 1.

⁵⁶ CONSEIL D'ETAT/VD, *Exposé des motifs*, p. 401.

énergétiques et territoriaux, la planification énergétique territoriale offre une voie praticable s'agissant de l'intégration des enjeux énergétiques dans le développement territorial⁵⁷.

49. Axée sur l'approvisionnement en chaleur, la planification énergétique territoriale se préoccupe en particulier d'organiser, au niveau local, l'approvisionnement en chaleur au moyen des sources d'énergie à promouvoir⁵⁸. En ce sens, elle s'impose aussitôt qu'il est question d'harmoniser l'utilisation rationnelle de l'énergie et l'approvisionnement en chaleur avec le développement du territoire⁵⁹. Par le biais de la coordination de ces enjeux, il devient possible de localiser et favoriser les synergies potentielles.
50. Sortons à présent du cadre théorique pour entrer dans le vif du sujet qui permettra d'apprivoiser le processus de planification énergétique et les instruments prévus à la concrétisation dudit processus. Aussi, il sera possible de préciser quand la planification énergétique se voit dotée d'une dimension territoriale, respectivement de traiter notre question initiale visant à déterminer si la planification énergétique territoriale représente un nouvel instrument à disposition des collectivités publiques.

3. Généralités

51. En tant qu'entrée vers la planification énergétique territoriale, il s'agit à présent d'ouvrir la porte de la planification énergétique. Ce type de planification peut prendre différentes formes, un degré de détail différencié en fonction du territoire ciblé et en fonction du droit cantonal en particulier.
52. Consacrée par le droit cantonal mais réalisée à différents niveaux institutionnels, la planification énergétique appréhendée ici est celle qui est opérée au niveau cantonal. Le volet communal sera quant à lui traité dans la troisième partie de la contribution par le biais du plan communal des énergies. Aussi, l'objectif poursuivi est de mettre en exergue le processus de planification énergétique que les

⁵⁷ SUISSEÉNERGIE, Module 2, p. 1.

⁵⁸ KNÜSEL, p. 8.

⁵⁹ SUISSEÉNERGIE, Module 1, p. 2.

autorités cantonales sont appelées à suivre pour la réalisation de leur politique énergétique, respectivement les instruments permettant de consacrer ce processus et leur pertinence eu égard au domaine de l'approvisionnement en chaleur.

4. Processus et instruments

53. Comme toute forme de planification ancrée dans une perspective de politique publique, la planification énergétique représente une méthode de gestion dynamique. Ce processus se caractérise par une succession d'étapes s'étendant de la récolte de données à l'évaluation des mesures prises, en passant par la fixation des objectifs et des moyens à mettre en œuvre.
54. S'agissant de la planification énergétique menée à l'échelle cantonale, à titre illustratif, l'art. 10.2 al. 1 du MoPEC indique qu'« [elle] comprend une évaluation de la demande et de l'offre énergétiques futures de tout le territoire. Elle détermine l'évolution souhaitable de l'approvisionnement et de la consommation énergétique, et décrit les moyens et les mesures à prendre par le canton. Elle définit la proportion des rejets thermiques à exploiter, en particulier ceux des usines d'incinération d'ordures ménagères et ceux des stations d'épuration ». L'al. 3 prévoit en outre que la planification est revue périodiquement et, si nécessaire adaptée aux nouvelles conditions.
55. Sans nous y attarder davantage, soulignons simplement que cette disposition met en évidence la réalisation par étapes mentionnée ci-avant. En outre, cette disposition offre bon nombre d'indications sur ce que doit être la planification énergétique cantonale selon une vision partagée des directeurs cantonaux de l'énergie. Ainsi, le MoPEC préconise une évaluation de la demande et de l'offre énergétique, l'évolution souhaitable et finalement les moyens à mettre en œuvre pour se diriger dans cette direction. En outre, dans le domaine de l'approvisionnement en chaleur, le MoPEC conseille aux cantons de fixer une proportion des rejets à exploiter. Dans la suite, les éléments repris ici du MoPEC seront confrontés à la réalité de quelques cantons.

56. Pour ce qui a trait à l'évaluation de la demande et de l'offre en matière énergétique, les lois cantonales sur l'énergie ont en commun de mettre à charge du canton la production de statistiques énergétiques dans ce but. A titre d'exemples, l'art. 16 LCEn/NE prévoit que « [l]e service traite les données qui permettent d'appliquer la présente loi, ainsi que de définir, mettre en œuvre et suivre l'évolution de la politique énergétique cantonale » ou l'art. 10 de la loi fribourgeoise du 9 juin 2000 sur l'énergie (LEn/FR)⁶⁰ dispose que « [l]e Service rassemble les données permettant d'estimer l'évolution des besoins et de l'offre en matière d'énergie, nécessaire à l'établissement des priorités en matière de politique énergétique »⁶¹.
57. Ainsi, la mise en place de ressources permettant de synthétiser la demande et l'offre en matière énergétique, à l'échelle du territoire cantonal, s'intègre pleinement dans la démarche de planification énergétique cantonale.
58. S'agissant de l'évolution souhaitable, en d'autres termes de l'état vers lequel le canton souhaite tendre, les cantons opèrent de différentes manières. Certains cantons disposent d'une législation qui consacre un outil spécifique permettant d'asseoir la vision du canton en matière énergétique sur un horizon temporel déterminé tandis que la législation d'autres cantons n'instrumente pas cette projection idéale. Les cantons du Jura, de Vaud et de Neuchâtel figurent notamment dans cette première catégorie tandis que les cantons de Fribourg et du Valais peuvent entrer dans la seconde. S'agissant du document permettant d'ancrer la planification énergétique cantonale, le MoPEC se montre peu spécifique ; en effet, l'art. 10.1 al. 1 prévoit uniquement que « [l]a planification

⁶⁰ Loi fribourgeoise du 9 juin 2000 sur l'énergie (RSF 770.1 ; LEn/FR).

⁶¹ Le chapitre « planification » des lois cantonales sur l'énergie abrite la majorité de ces dispositions (art. 6 LCEn/BE). A noter que même dans les législations cantonales relativement succinctes s'agissant des normes de planification énergétique ayant pour destinataire le canton – à l'image du canton du Valais – contiennent une disposition ayant pour objet la réalisation de statistiques permettant d'estimer l'évolution des besoins et de l'offre en matière d'énergie (11 al. 1 LcEne/VS). Toutefois, il est également possible de retrouver ce type de dispositions dans le chapitre « organisation » ; art. 22 LEn/JU.

énergétique cantonale échoit à l'exécutif [Conseil d'Etat], qui en rend compte au législatif [Grand Conseil] » et qu'elle doit en particulier faire l'objet d'une publication officielle⁶². En substance, le MoPEC retient que la tâche de planification cantonale revient à l'exécutif et qu'elle s'exprime par le biais d'un document puisqu'une publication doit être effectuée.

59. S'agissant du canton du Jura, la loi cantonale du 24 novembre 1988 sur l'énergie (LEn/JU)⁶³ prévoit à son art. 4 LEn/JU l'instrument de la conception cantonale de l'énergie. La conception est définie par le Gouvernement (al. 1) et « [...] décrit la situation du canton en matière énergétique, établit les principes fondamentaux de la politique énergétique cantonale et définit l'évolution souhaitée (al. 2)⁶⁴.
60. Dans le canton de Vaud, « [l]e Conseil d'Etat [...] a pour tâches : de définir la politique énergétique cantonale par le biais de l'adoption d'une conception cantonale de l'énergie et de l'adapter périodiquement, en principe une fois par législature (let. a)⁶⁵. A vocation stratégique, ce document représente un instrument de référence qui ancre de manière non contraignante les bases de la politique énergétique⁶⁶.
61. Dans le canton de Neuchâtel, le Conseil d'Etat définit la conception directrice qui établit les principes fondamentaux de la politique énergétique. Une fois approuvée par le Grand Conseil, elle lie les autorités cantonales et communales⁶⁷. En cela, la législation neuchâteloise se distingue de la recommandation du MoPEC et des autres législations cantonales. En effet, ce canton est le seul à prévoir une adoption de la conception en matière énergétique par le législatif⁶⁸.

⁶² Art. 10.2 al. 3 MoPEC.

⁶³ Loi jurassienne du 24 novembre 1988 sur l'énergie (RSJU 730.01 ; LEn/JU).

⁶⁴ Art. 4 Selon l'art. 4 al. 4 LEn/JU, la conception cantonale de l'énergie « est soumise au Parlement pour discussion ».

⁶⁵ Art. 14 al. 1 LVLÉne/VD.

⁶⁶ DEPARTEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT/VD, Conception, p. 6-7.

⁶⁷ Art. 17 LCEn/NE.

⁶⁸ Cf. art. 58 Cst./NE et 17 al. 3 LCEn/NE.

62. Dans la seconde catégorie, à savoir lorsque la législation cantonale ne prévoit pas d'instrument spécifique permettant de définir l'évolution souhaitée, cela n'implique pas pour autant que ces cantons ne disposent pas d'une telle vision. En effet, sans nécessairement formaliser un instrument spécifique, les lois cantonales prévoient en principe une disposition confiant à l'exécutif la charge de définir la politique énergétique cantonale. Dans le canton de Fribourg, « [l]e Conseil d'Etat définit la politique énergétique cantonale ; il en fixe les priorités et les exigences en tenant compte de la politique fédérale en la matière »⁶⁹. Le Conseil d'Etat a ainsi fixé sa politique énergétique en 2009⁷⁰. Cette dernière fait l'objet d'un examen quinquennal conduisant à la rédaction d'un rapport faisant état de la situation et de l'impact des mesures mises en œuvre pour atteindre les objectifs⁷¹. La situation est similaire dans le canton du Valais où « [l]e Conseil d'Etat définit la politique énergétique cantonale » en vertu de l'art. 7 al. 1 LcEne/VS. A ce titre, le canton dispose de plusieurs documents-cadres, tels que la « Stratégie Efficacité et approvisionnement en énergie »⁷² de 2013 et « Valais, Terre d'énergies : Ensemble vers un approvisionnement 100 % renouvelable et indigène – Vision 2060 et objectifs 2035 » de 2019⁷³. Par ailleurs, le canton du Valais a élaboré entre 2014 et 2017 des stratégies dites sectorielles dans le domaine de l'énergie éolienne, l'énergie solaire photovoltaïque et le gaz⁷⁴.
63. Dès lors, indépendamment de la manière de procéder et de la terminologie consacrée à ces documents – conception cantonale, conception directrice cantonale, stratégie énergétique cantonale –,

⁶⁹ Art. 6 LEn/FR. C'est également le cas dans le canton du Valais (art. 7 al. 1 LcEne/VS) et dans le canton de Berne (art. 7 al. LCEn/BE).

⁷⁰ CONSEIL D'ETAT/FR, p. 1 ss.

⁷¹ SERVICE DE L'ÉNERGIE/FR, p. 3. A noter, que le canton de Fribourg dispose également d'un second instrument, le plan sectoriel de l'énergie (art. 7 LEn/FR) sur lequel nous aurons l'occasion de revenir.

⁷² DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE, DE L'ÉNERGIE ET DU TERRITOIRE/VS, Efficacité et approvisionnement.

⁷³ DÉPARTEMENT DES FINANCES ET DE L'ÉNERGIE/VS.

⁷⁴ DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE, DE L'ÉNERGIE ET DU TERRITOIRE/VS, Stratégie sectorielle « Énergie éolienne », « Énergie solaire photovoltaïque », Stratégie sectorielle « Gaz ».

les cantons disposent tous en pratique d'un document stratégique sur lequel est ancrée l'évolution souhaitée par et pour le canton s'agissant de son approvisionnement énergétique.

64. Ces documents stratégiques sont appelés à être périodiquement réexaminés et adaptés si nécessaire⁷⁵. A ce sujet, soulignons encore que l'adaptation de ces documents résulte, dans bien des cas, de l'adoption ou la modification d'un autre document de planification, à l'instar du document-cadre fixant la politique cantonale : le programme de législation⁷⁶.
65. Par le biais de la conception cantonale de l'énergie – au sens générique –, le canton, en principe représenté par le pouvoir exécutif, identifie le contexte énergétique d'une part et établit la stratégie énergétique cantonale en termes de visions et d'objectifs stratégiques, d'autre part. A ces éléments principalement stratégiques s'ajoute une phase dite opérationnelle permettant de fixer des mesures.
66. Dans le canton de Neuchâtel, l'art. 17 al. 2 *in fine* LCEn/NE, prévoit précisément que la conception directrice doit définir les mesures d'application nécessaires. La conception prévoit ainsi treize mesures principales et chacune d'elle est concrétisée par une fiche comportant en particulier un inventaire des actions possibles. A titre d'exemple, nous pouvons citer la mesure EE2 « Efficacité énergétique des installations de chauffage des bâtiments et de production d'eau chaude sanitaire » qui compte parmi ses actions possibles l'intégration des dispositions du module 8 « Optimisation de l'exploitation » du MoPEC dans la loi cantonale sur l'énergie⁷⁷. Dans le canton du Jura, la conception cantonale de l'énergie comporte également un volet opérationnel ; d'ailleurs, le sous-titre

⁷⁵ Cf. art. 14 al. 1 let. aLVLEne/VD ; 6 al. 2 LEn/FR ; 4 al. 3 LEn/JU.

⁷⁶ Cf. CONSEIL D'ETAT/VD, Programme de législation, p. 44.

⁷⁷ A noter que l'art. 18 al. 1, 19 al. 1 LCEn/NE prévoit un second instrument : le plan cantonal de l'énergie. Ce dernier n'ayant pas encore vu le jour, nous ne l'approfondirons pas, soulignons simplement que ce dernier relève de la compétence de l'exécutif.

de la conception n'est rien d'autre que « Plan de mesures 2022-2026 »⁷⁸.

67. Dans le canton de Vaud, la démarche se distingue puisque la conception cantonale ne contient pas de mesures à mettre en œuvre. Ainsi, la conception fait office de document de référence sur laquelle se fixe le volet opérationnel au moyen d'un plan cantonal de l'énergie qui établit les mesures⁷⁹. Un tel plan n'ayant pas encore vu le jour pour le moment, il n'est pas possible d'en dire davantage.
68. Enfin, qu'en est-il de la recommandation du MoPEC enjoignant les cantons à définir la proportion des rejets thermiques à exploiter, en particulier ceux des usines d'incinération d'ordures ménagères et ceux des stations d'épuration ? En ce domaine, deux cas de figure se présentent. Certains cantons listent effectivement parmi les objectifs stratégiques l'augmentation de la production d'énergies renouvelables indigènes et la valorisation des rejets de chaleur, dans le cas de Neuchâtel « jusqu'à l'exploitation du potentiel existant »⁸⁰ mais sans pour autant déterminer une proportion de rejets de chaleur à exploiter⁸¹.
69. D'autres cantons se montrent plus spécifiques. Dans le canton du Valais, s'il n'existe pas un objectif précis s'agissant de la proportion des rejets de chaleur à exploiter, il est toutefois possible de trouver un objectif combiné chaleur indigène et renouvelable-rejets de

⁷⁸ Trente mesures de mise en œuvre sont intégrées dans la conception : SERVICE DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL/JU, p. 32-36. Les cantons de Fribourg et du Valais se trouvent notamment dans la même situation dans la mesure où le document établissant la politique énergétique cantonale prévoit lui aussi une série de mesures : CONSEIL D'ÉTAT/FR, p. 10-12 ; DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE, DE L'ÉNERGIE ET DU TERRITOIRE/VS, Efficacité et approvisionnement, p. 48 ss.

⁷⁹ DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT/VD, Conception, p. 4, 46.

⁸⁰ DÉPARTEMENT DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL ET DE L'ENVIRONNEMENT/NE, p. 87.

⁸¹ Le canton de Fribourg présente une situation semblable : SERVICE DE L'ÉNERGIE/FR, p. 28, 40. C'est également le cas dans le canton du Jura notamment.

chaleur. Le canton prévoit à cet égard un accroissement de leur participation de l'ordre de 650 GWh entre 2015 et 2035⁸².

70. Dans le canton de Vaud, la conception se montre plus rigoureuse. En substance, s'agissant du potentiel résultant de l'incinération des déchets, il est retenu que ledit potentiel est pour l'heure pleinement exploité. Pour les rejets de chaleur des stations d'épuration et de l'industrie, le processus d'évaluation était en cours au moment de la rédaction de la conception. Cela étant, pour ce qui a trait aux rejets de chaleur issus des processus industriels, le canton souligne la consommation thermique des grands consommateurs et retient pour ceux-ci des pertes dont 10 % seraient valorisables. Se basant sur l'hypothèse qu'un tiers de ces pertes/rejets pourrait effectivement être valorisé, le potentiel de valorisation retenu est de l'ordre de 95 GWh⁸³.
71. Dans le cadre de l'identification des rejets thermiques valorisables pour l'approvisionnement en chaleur en particulier, il convient de souligner un instrument spécifique élaboré par les cantons du Valais et de Vaud : le cadastre cantonal des rejets de chaleur.
72. Dans le canton du Valais, le Grand Conseil a accepté en 2007 un postulat visant à faire réaliser un cadastre cantonal des rejets thermiques industriels. En caractérisant et localisant les rejets de chaleur, ce cadastre offre une vision claire des rejets propres à être valorisés⁸⁴.
73. Dans le canton de Vaud, la création de cet outil résulte de la mise en œuvre de l'art. 20 al. 1 LVLÉne/VD qui dispose qu'« [e]n collaboration avec les services spécialisés et les milieux concernés, le service en charge de l'énergie établit et tient à jour des cadastres publics des rejets de chaleur importants et de leur possibilité de valorisation [...] ». Ainsi, l'objectif du cadastre des rejets de chaleur est d'identifier, de localiser et de quantifier les ressources thermiques disponibles sur le territoire pour ensuite étudier leur

⁸² DÉPARTEMENT DES FINANCES ET DE L'ÉNERGIE/VS, p. 9 ss.

⁸³ DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT/VD, Conception, p. 106-107.

⁸⁴ DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE, DE L'ÉNERGIE ET DU TERRITOIRE/VS, Rejets thermiques industriels, p. 3.

potentiel de valorisation, en d'autres termes leur potentiel en termes d'intégration dans la chaîne d'approvisionnement en énergie. Si pour l'heure, le cadastre recense principalement les rejets de chaleur émis par les sites industriels d'importance, il est prévu à terme de dénombrer également les consommateurs de chaleur. Aussi, il sera possible de favoriser les synergies entre émetteurs et demandeurs de chaleur⁸⁵.

C. Interactions avec les instruments territoriaux

74. Avant de passer au plan communal des énergies, il s'agit encore de déterminer comment les instruments présentés ci-dessus, en particulier les mesures préconisées, peuvent être mis en œuvre. Pour ce faire, il convient de s'interroger dans un premier temps sur la nature de ces documents.
75. Comme déjà souligné à quelques reprises, les instruments décrits ci-avant représentent avant tout des documents d'orientation et des plans d'intention des autorités cantonales qui n'ont a priori pas vocation à être contraignants.
76. Par ailleurs, à l'exception du canton de Neuchâtel qui prévoit que la conception lie les autorités cantonales et communales suite à l'approbation du Grand Conseil (art. 17 al. 3 LCEn/NE), aucune des autres législations étudiées ne confère à la conception une force obligatoire pour les autorités, a fortiori pour chacun.
77. Aussi, si ces instruments n'ont pas d'effets juridiques, une question demeure : qu'advient-il d'eux une fois ceux-ci arrêtés ? Afin de répondre à cette question, il est possible de se tourner vers le domaine d'excellence lorsqu'il s'agit de coordination, à savoir celui de l'aménagement du territoire.
78. Pour rappel, selon l'art. 6 al. 3 LAT let b^{bis}, « [...] les cantons décrivent dans les études de base l'état et le développement : de l'approvisionnement, notamment en électricité issue des énergies renouvelables ». Selon l'art. 8 al. 1 LAT « [l]es cantons établissent un plan directeur qui précise notamment le cours que doit suivre

⁸⁵ OFFICE DE L'INFORMATION SUR LE TERRITOIRE/VD, p. 5. Cf. DIRECTION GÉNÉRALE DE L'ENVIRONNEMENT/VD, p. 1 ss.

l'aménagement de leur territoire et la manière dont ils entendent coordonner les activités qui ont des effets sur l'organisation du territoire afin d'atteindre le développement souhaité ». Depuis le 1^{er} janvier 2018, la LAT contient un article 8b qui précise le contenu du plan directeur dans le domaine de l'énergie et précise à ce propos que « [l]e plan directeur désigne les zones et les tronçons de cours d'eau qui se prêtent à l'utilisation d'énergies renouvelables »⁸⁶. En outre, l'art. 10 al. 1 LEnE prévoit que « [l]es cantons veillent à ce que le plan directeur désigne en particulier les zones et tronçons de cours d'eau qui se prêtent à l'exploitation de l'énergie hydraulique et éolienne [...] Ils y incluent les sites déjà exploités et peuvent aussi désigner les zones et tronçons de cours d'eau qui doivent en règle générale être préservés ».

79. Ces dispositions offrent à tout le moins une amorce de réflexion. En effet, elles permettent de se demander si le plan directeur cantonal ne devrait pas contenir des considérations issues de la planification énergétique cantonale. S'orientant dans cette direction, deux cantons s'illustrent dans la mesure où leur législation sur l'énergie fait une référence au plan directeur cantonal ; il s'agit des cantons du Jura et de Fribourg.
80. Pour le premier, l'art. 4a al. 1 LEn/JU prévoit que « [l]e plan directeur cantonal désigne les sites servant aux infrastructures actuelles et futures de production, de transport, d'approvisionnement et d'utilisation de l'énergie qui sont importants pour l'approvisionnement en énergie du canton et qui requièrent une coordination »⁸⁷. Bien que la relation entre la conception cantonale de l'énergie et le plan directeur cantonal ne soit pas précisée dans la législation, deux constats permettent de la discerner. Premièrement, l'axe « énergie » du plan directeur cantonal fait une référence directe à la Conception cantonale de l'énergie et aux mesures préconisées par cette dernière en matière d'efficacité

⁸⁶ Approche critique de cette disposition : TSCHANNEN, Commentaire pratique LAT, N 3 ad art. 8b.

⁸⁷ Dans le même sens, art. 9 al. 1 LCEn/BE : « Le Conseil-exécutif désigne dans le plan directeur cantonal les sites servant aux infrastructures actuelles et futures d'approvisionnement en énergie et d'utilisation de l'énergie qui importants pour l'approvisionnement en énergie du canton et qui requièrent une coordination ».

énergétique et de production de nouvelles énergies renouvelables⁸⁸. Secondement, en comparant sommairement les mesures énergétiques contenues dans le plan directeur cantonal et celles issues de la conception cantonale de l'énergie, on constate que les premières sont une reprise, bien que partielle, des secondes⁸⁹.

81. Pour le canton de Fribourg, en plus de la politique énergétique fribourgeoise telle que définie en 2009 et ses rapports de suivi, la législation prévoit également l'instrument du plan sectoriel de l'énergie. Selon l'art. 7 al. 1 et 2 LEn/FR, le plan sectoriel de l'énergie, établi par la Direction, « répertorie notamment les secteurs convenant particulièrement à l'utilisation de certains agents énergétiques et fixe les priorités quant à leurs utilisations ». Selon l'art. 7 al. 3 LEn/FR « [l]es résultats du plan sectoriel [de l'énergie] sont intégrés au plan directeur cantonal ». Toutefois, il reste encore à déterminer comment le plan directeur intègre ce plan sectoriel de l'énergie et pour cela il convient de se référer à la loi fribourgeoise du 2 décembre 2008 sur l'aménagement du territoire et les constructions (LATeC/FR)⁹⁰. Selon l'art. 13 al. 2 LATeC/FR, « [l]e plan directeur cantonal se fonde sur les études de base, notamment les plans sectoriels (let. b)⁹¹. Ces études « [...] indiquent l'état et les options générales de l'aménagement du territoire [...]. Elles n'ont pas d'effet liant »⁹². Dès lors, les études de base se distinguent du plan directeur cantonal auquel le droit fédéral confère une force

⁸⁸ RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA, Conception directrice du développement territorial, p. 46.

⁸⁹ RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA, Conception directrice du développement territorial, p. 46. Selon l'art. 80 al. 1 LCAT-JU « [l]es études de base et les plans sectoriels réunissent les données essentielles de la situation existantes, les objectifs qu'il convient d'atteindre et les mesures à prendre concernant notamment : les installations d'approvisionnement en eau et en énergie (let. g) », au vu du contenu de la conception cantonale de l'énergie, cette dernière pourrait être rangée parmi les études de base du plan directeur.

⁹⁰ La loi fribourgeoise du 2 décembre 2008 sur l'aménagement du territoire et les constructions (RSF 710.1 ; LATeC/FR).

⁹¹ Dans le canton de Berne, par exemple, la Stratégie énergétique du canton est listée parmi les études de base du plan directeur cantonal.

⁹² Art. 16 al. 1 LATeC/FR.

obligatoire pour les autorités⁹³. A noter toutefois que le plan sectoriel tel que conçu dans le canton de Fribourg se distingue des conceptions vues jusqu'à présent dans la mesure où il n'intègre pas de mesures⁹⁴. Dès lors, à défaut de mesure, le plan sectoriel ne peut être transposé dans le plan directeur et ne bénéficiera donc pas de la portée conférée par l'art. 9 al. LAT.

82. Ainsi, la loi cantonale ne précise pas toujours ce qu'il advient des instruments ou documents institués ; c'est le cas à Fribourg pour la stratégie énergétique au sens de l'art. 6 LEn/FR, et c'est vrai également ailleurs.
83. Dans le canton de Neuchâtel par exemple, bien que la loi ne le précise pas expressément, la conception directrice de l'énergie se trouve parmi les documents de référence du plan directeur cantonal. En pratique, cela implique que cette conception fait partie des documents sur lesquels les autorités cantonales prennent appui lors de l'établissement du plan directeur cantonal. D'ailleurs cette conception fait figure de référence principale de plusieurs fiches de coordination du plan directeur cantonal⁹⁵.
84. Si en tant que telle, la législation cantonale ne confère pas à l'instrument cantonal une force contraignante, il en sera dépourvu. En revanche, si la loi prévoit que cet instrument doit être intégré au plan directeur cantonal, il aura, par effet ricochet, une portée contraignante pour les autorités en vertu de l'art. 9 al. 1 LAT.

⁹³ Art. 9 al. 1 LAT. A noter que l'adoption par l'exécutif lui confère force obligatoire pour les autorités cantonales et communales et que l'approbation par le Conseil fédéral lui confère force obligatoire pour les autorités de la Confédération et des cantons voisins, cf. art. 11 al. 2 LAT ; 18 LATec/FR.

⁹⁴ « Le plan sectoriel de l'énergie est conçu pour donner une bonne vision de la situation énergétique actuelle du canton, des potentiels et des enjeux. Sa raison d'être est cependant aussi de déboucher sur des mesures concrètes qui pourront être mises en application dans le sens des objectifs de la politique énergétique. Ces mesures prendront place dans le cadre général en tenant compte des organisations qui y œuvrent », SERVICE DE L'ÉNERGIE/FR, p. 214.

⁹⁵ En particulier les fiches : E_21 « Développer les énergies renouvelables et viser l'autonomie énergétique » ; E_22 « Assurer l'approvisionnement électrique » ; E_23 « Développer des réseaux thermiques à haute efficacité » ; E_24 « Valoriser le potentiel de l'énergie éolienne » et E_25 « Valoriser le potentiel hydraulique ».

85. Ainsi, pour revenir au cas neuchâtelois, que la conception fasse l'objet d'une intégration dans le plan directeur au moyen des fiches de coordination n'a pas nécessairement d'enjeux. En effet, comme déjà souligné, le droit cantonal confère déjà à cette conception une force obligatoire pour les autorités et donc qu'elle soit intégrée ou non au plan directeur cantonal, sa portée est identique.
86. A noter que la législation vaudoise présente quelques spécificités qui nécessitent d'être soulignées. En effet, la LVLEne/VD intègre directement des dispositions d'aménagement du territoire. Au niveau de la planification cantonale, l'art. 16d LVLEne/VS ayant pour titre « Plans d'affectation cantonaux », prévoit à son al. 1 que « [l]e canton réalise une planification énergétique dans le cadre de ses plans d'affectation selon les enjeux énergétiques et environnementaux en présence ». Aussi, la démarche présentée en amont est directement inscrite dans les plans d'affectation cantonaux. Selon l'art. 11 al. 1 let. a LATC/VD, le plan d'affectation cantonal peut être établi notamment pour les objets d'importance cantonale ; ils sont contraignants pour les autorités et les propriétaires⁹⁶. Dès lors, telle que conçue dans le canton de Vaud, la planification énergétique peut déployer des effets directs sur les particuliers par le biais des plans d'affectation cantonaux.
87. Finalement, que la loi précise ou non ce qu'il advient du document de planification énergétique cantonale, le plan directeur cantonal contient dans tous les cas un axe portant sur l'approvisionnement en énergie et s'appuiera en pratique sur les documents existants et donc sur de tels instruments.

III. Plan communal des énergies

88. Le second volet de cette contribution, intitulé « Plan communal des énergies », vise à cerner la place que les autorités communales sont appelées à occuper dans la mise en œuvre de la politique énergétique fédérale et cantonale. Par la porte que représente le plan communal

⁹⁶ Art. 11 al. 1, 23 al. 1 LATC/VS.

des énergies, il deviendra possible d'approcher la question de l'approvisionnement en chaleur pour les communes.

89. Dès lors, après avoir posé le contexte général de la planification énergétique réalisée à l'échelle d'une commune (A), il sera proposé d'identifier le cadre légal tout en soulignant les diversités cantonales sous l'angle des compétences d'une part et de l'obligation de planifier d'autre part (B). Ensuite, il s'agira de mettre en évidence les contraintes avec lesquelles les communes doivent composer dans l'élaboration d'une planification énergétique territoriale, respectivement le processus à suivre (C). Enfin, il sera question de l'intégration de cette forme de planification dans les instruments territoriaux (D).

A. Contexte

90. A titre introductif, précisons que le plan communal des énergies ici appréhendé se concentre sur l'objet de la planification énergétique territoriale telle que conçue restrictivement. Aussi, ce sont bien les questions d'approvisionnement en chaleur et d'intégration des énergies renouvelables sur lesquelles nous allons nous attarder. Partant, cette partie aurait tout aussi bien pu s'intituler « Le plan communal des énergies dans le domaine de l'approvisionnement en chaleur et des énergies renouvelables ».
91. Il convient de souligner en outre que, pour les communes, l'adoption d'un plan communal des énergies – plan d'action communal ou concept énergétique communal selon la terminologie consacrée – s'inscrit, dans bien des cas, dans le cadre d'un processus de certification en vue de l'obtention du label « Cité de l'énergie » prévue par le programme de la Confédération « SuisseEnergie pour les communes ». Ce programme soutient les villes et les communes dans leurs efforts en faveur de l'efficacité énergétique et de l'accroissement de la part des énergies renouvelables. Ce soutien ciblé favorise la prise de mesures par les communes dans le champ énergétique au sens large en passant par le secteur du bâtiment, des énergies renouvelables et de la mobilité.
92. Dans le domaine de l'approvisionnement en chaleur, ce programme requiert des communes que celles-ci s'engagent notamment à

renoncer à de nouvelles infrastructures de chauffage alimentées aux énergies fossiles au moment du remplacement de leurs installations ou de la réalisation de nouvelles constructions. Ainsi, c'est principalement sur le patrimoine communal que cette injonction déploie des effets.

93. Dans cette partie, notre intérêt se porte en particulier sur les autorités compétentes, respectivement sur la question de l'obligation de planifier l'énergie au niveau communal.

B. Cadre légal et diversités cantonales

1. Généralités

94. Le plan communal de l'énergie – concept énergétique ou plan d'action – expose les perspectives de développement de la commune en matière énergétique. Par ce biais, les communes poursuivent à leur échelle les objectifs du droit fédéral, du programme SuisseEnergie, du droit cantonal et de la conception cantonale de l'énergie. La réalisation d'un plan communal des énergies offre aux communes un cadre pour ancrer leur vision de l'approvisionnement en énergie sur les différentes zones de leur territoire et fixer leurs priorités. En outre, pour les communes, la planification énergétique territoriale représente un document central pour la planification financière, respectivement pour informer la population sur leurs objectifs de développement⁹⁷.
95. Orienté sur l'approvisionnement en chaleur, le plan communal des énergies à comprendre comme planification énergétique territoriale représente une base importante pour augmenter le recours aux sources d'énergies disponibles au niveau local et respectueuses de l'environnement⁹⁸. Il permet de réunir les conditions nécessaires à une utilisation rationnelle de l'énergie thermique et valorisant les synergies. Ainsi, en ce domaine, le plan communal a pour fonction

⁹⁷ KNÜSEL, p. 7. Ces aspects ne seront toutefois pas traités dans la présente contribution.

⁹⁸ SUISSEENERGIE, Module 1, p. 2.

d'optimiser et de veiller à la sécurité de l'approvisionnement thermique sur le long terme.

96. Par exemple, dans le canton de Vaud, le droit cantonal retient à propos des concepts énergétiques communaux qu'ils déterminent « l'évolution souhaitable de l'approvisionnement et de la consommation énergétique »⁹⁹. Dans le canton de Fribourg, le plan communal fixe les objectifs de politique énergétique et définit un plan d'action permettant de les atteindre¹⁰⁰.

2. Autorités compétentes

97. Indépendamment de l'appellation consacrée, le plan communal des énergies représente un instrument institué par le droit cantonal. Dès lors, ses contours vont évidemment être dressés de manière autonome par les différents droits cantonaux qui, rappelons-le, conservent une large marge de manœuvre dans la conduite de leur politique énergétique. Cela étant, au sein des cantons romands en particulier, une certaine homogénéité – ou certaines similarités à tout le moins – peut être constatée notamment au niveau des autorités compétentes en la matière.
98. Cela s'explique par le fait que le module 10 du MoPEC prévoit à son art. 10.4 al. 4 que « [l]a planification énergétique communale doit être ratifiée par l'exécutif cantonal. Ce dernier contrôle la planification énergétique communale, en particulier son adéquation avec celle du canton et des communes limitrophes ».
99. En pratique, l'on constate que le plan communal des énergies peut être élaboré au niveau communal ou supra-communal, et le canton peut se réserver ou non la possibilité d'y donner son approbation. Ainsi, les cantons de Neuchâtel, Fribourg et du Jura notamment prévoient que les communes établissent seules ou à plusieurs un plan communal des énergies, soumis à l'approbation du département ou du service¹⁰¹. Egalemeⁿt compétentes dans les

⁹⁹ Art. 45 al. 1 RLVLÉne/VD.

¹⁰⁰ Art. 8 al. 1 LÉn/FR. Disposition analogue dans le canton du Jura, 4b LÉn/JU.

¹⁰¹ Art. 19 al. 2 LCÉn/NE ; 8 al. 1, 4 et 5 LÉn/FR ; 4b al. 2 LÉn/JU, c'est le terme de « plan d'action en matière énergétique » qui prévaut dans ce dernier canton.

cantons de Vaud et du Valais, les communes transmettent au service cantonal le plan communal des énergies – baptisé « Concept énergétique » – pour information¹⁰², respectivement pour avis¹⁰³.

3. Obligation de planifier ?

100. Au-delà de la création par le droit cantonal d'un plan communal en matière énergétique, les communes sont-elles tenues de réaliser un tel plan ? Selon le module 10.4 al. 1 MoPEC, « [l]es communes peuvent réaliser leur propre planification énergétique sur leur territoire. L'exécutif peut cependant obliger une commune, ou des communes s'inscrivant dans la même zone d'approvisionnement énergétique, à réaliser une planification énergétique ».
101. Bien que cette disposition ne soit pas contraignante, elle permet de souligner le fait que la planification énergétique réalisée à l'échelle d'une commune peut résulter de la volonté de la commune elle-même mais également d'une volonté contraignante exprimée à l'échelon cantonal. Le panorama des solutions cantonales étudiées permet de dégager deux tendances : les cantons qui ont opté pour une planification énergétique obligatoire pour les communes et ceux qui la connaissent mais ne l'imposent pas.
102. Dans cette première catégorie de communes, soumises à l'obligation de réaliser une planification énergétique sur leur territoire, l'on retrouve notamment les communes du canton de Fribourg. En effet, selon l'art. 8 al. 1 LEn/FR « [...] les communes établissent un plan communal des énergies dans lequel elles fixent leurs objectifs de politique énergétique et définissent un plan d'action permettant de les atteindre ». Par ce biais, les communes fribourgeoises sont tenues d'établir une planification énergétique en adoptant un plan communal des énergies¹⁰⁴. Pour les communes neuchâteloises, soulignons qu'elles n'ont intégré cette première

¹⁰² Art. 45 al. 3 du Règlement d'application de la loi vaudoise du 16 mai 2006.

¹⁰³ CANTON DU VALAIS, Plan directeur communal des énergies – Structure-type, p. 4.

¹⁰⁴ ETAT DE FRIBOURG, Prescriptions énergétiques communales, p. 4.

catégorie que récemment à savoir le 1^{er} mai 2021¹⁰⁵. Par ailleurs, les communes jurassiennes entrent également dans cette catégorie¹⁰⁶.

103. Avec nuance, mais toujours dans la catégorie des communes tenues de réaliser une planification énergétique, il sied de mentionner le cas de certaines communes bernoises. « Certaines » en effet, toutes les communes du canton de Berne ne sont pas soumises à cette obligation. Selon l'art. 10 al. 2 de la loi bernoise du 15 mai 2011 sur l'énergie (LCE_n/BE)¹⁰⁷, « [l]e Conseil-exécutif désigne dans le plan directeur cantonal les communes d'une certaine grandeur tenues d'édicter un plan directeur communal de l'énergie. Les autres communes sont libres d'en édicter un ». A cet égard, le plan directeur cantonal bernois identifie trente-six communes pour lesquelles une « harmonisation du développement spatial et de l'approvisionnement en énergie est susceptible de déployer des effets particulièrement importants [...] en règle générale des communes de plus de 5000 habitants, mais parfois des communes plus petites qui disposent d'un potentiel de développement particulièrement élevé (croissance démographique supérieure à la moyenne/zones d'activités spéciales) »¹⁰⁸. Ainsi dans le canton de Berne, l'on retrouve un régime de planification hybride avec les communes listées par le plan directeur et tenues d'élaborer un plan directeur communal des énergies et les communes qui demeurent libres d'en adopter un.
104. Cela nous permet de faire la transition avec les communes dont le canton a prévu la possibilité pour ces dernières d'élaborer une planification énergétique, à titre facultatif, et d'adopter un plan – ou concept – à cet effet. Le canton du Valais présente cette configuration par le biais de son art. 10 al. 2 de la loi valaisanne du

¹⁰⁵ Lors de l'entrée en vigueur de la Loi neuchâteloise du 1^{er} septembre 2020 sur l'énergie (RSN 740.1 ; LCE_n/NE). La nouvelle réglementation consacre l'obligation pour les communes d'établir un plan communal de l'énergie d'ici au 1^{er} janvier 2015 selon l'art. 18 LCE_n/NE et 12 du Règlement d'exécution du 17 mars 2021 de la loi cantonale sur l'énergie (RSN 740.10 ; RELCE_n/NE) ; cf. CONSEIL D'ETAT/NE, Rapport nouvelle loi sur l'énergie, p. 10.

¹⁰⁶ Art. 4b LEn/JU.

¹⁰⁷ Loi bernoise du 15 mai 2011 sur l'énergie (RSB 741.1 ; LCE_n/BE).

¹⁰⁸ CONSEIL-EXÉCUTIF/BE, PDC – Fiche de mesure C_08 verso.

15 janvier 2004 sur l'énergie (LcEne/VS)¹⁰⁹ qui dispose que « [...] les communes peuvent établir des concepts énergétiques, soit seules pour leur propre territoire, soit à plusieurs pour une zone d'approvisionnement en énergie englobant plusieurs communes ». Les communes vaudoises disposent également de la possibilité de planifier l'énergie sur leur territoire¹¹⁰.

105. Cela étant, au-delà de la possibilité pour les communes de réaliser une planification énergétique de manière purement volontaire, dans bien des cas ces dernières sont encouragées par le canton à se lancer dans une telle démarche. En effet, nombreux sont les cantons à mettre à disposition des communes des documents-modèles en termes de forme et de contenu¹¹¹ ou encore à prévoir des systèmes de subventionnement permettant ainsi aux communes de ne pas supporter l'entier des coûts résultant de l'élaboration d'un plan¹¹².

C. Elaboration du plan communal des énergies

1. Préalable

106. Avant d'entamer les démarches en vue d'adopter un plan communal des énergies, l'autorité communale doit identifier à titre préalable le contenu attendu dudit plan et les principes qui s'y appliquent, accessoirement pour les aspects du plan relevant de l'approvisionnement en chaleur.

a) Contenu

107. De manière générale, les législations cantonales sur l'énergie balisent le contenu qui doit figurer dans le plan communal des énergies. Quant au MoPEC, il se montre relativement bref s'agissant du contenu de la planification énergétique des communes ; en effet, il

¹⁰⁹ Loi valaisanne du 15 janvier 2004 sur l'énergie (RSVS 730.1 ; LcEne/VS).

¹¹⁰ Art. 15 et 16e al. 4 LVLEne/VD, avec certaines nuances toutefois.

¹¹¹ Le canton du Valais par exemple met à disposition un document-modèle sur le site du service de l'énergie et des forces hydrauliques.

¹¹² Dans le canton de Vaud par exemple, pour l'établissement d'un plan communal de l'énergie, les frais de l'étude peuvent être subventionnés à la hauteur de 50 %, avec un plafond à CHF 25'000.-.

retient en substance qu'« [elle] peut désigner les zones qu'il est prévu d'équiper d'un réseau de distribution de chaleur, zones qui serviront notamment de référence pour décider des mesures à prendre en matière d'aménagement du territoire » (art. 10.4 al. 6 MoPEC).

108. Dans le Canton de Fribourg, selon l'art. 8 al. 1 LEn/FR, les communes établissent un plan communal des énergies dans lequel elles fixent leurs objectifs de politique énergétique et définissent un plan d'action en vue de les atteindre. L'art. 8 al. 2 LEn/FR précise que doivent être inscrits dans le plan communal des énergies les aspects territoriaux relatifs à la mise en œuvre des objectifs de la commune en matière d'énergie, à savoir en particulier les secteurs énergétiques recouvrant des portions de territoire présentant des caractéristiques semblables en matière d'approvisionnement ou d'utilisation de l'énergie.
109. Dans le canton du Jura, il revient à l'exécutif de prévoir le contenu minimal du plan d'action communal en vertu de l'art. 4b al. 4 LEn/JU¹¹³. Cette délégation, concrétisée à l'art. 12 de l'Ordonnance du 13 décembre 2016 portant application de la loi sur l'énergie (OEn/JU)¹¹⁴, prévoit que ce plan doit contenir en particulier : une évaluation des potentiels du territoire communal en matière de réduction de la consommation d'énergie, de réduction des émissions de CO₂ et d'approvisionnement par des énergies renouvelables (let. a) ; pour ces potentiels, les objectifs de la commune à moyen et long terme (let. b) ; les mesures de mises en œuvre : un plan de mesures pour tendre vers la suppression de l'utilisation de combustibles fossiles dans les bâtiments publics et un concept d'assainissement des bâtiments publics en vue de réduire la consommation d'énergie électrique et thermique et de favoriser les énergies renouvelables (let. c) ; les indicateurs permettant le suivi des mesures afin de contrôler et attester la mise en œuvre progressive des mesures et l'atteinte des objectifs (let. d) ; la structure organisationnelle communale ou intercommunale que la

¹¹³ Dans le même sens : art. 12 al. 1 LCEn/BE.

¹¹⁴ Ordonnance du 13 décembre 2016 portant application de la loi sur l'énergie (RSJU 730.11 ; OEn/JU).

commune entend mettre en place pour la mise en œuvre de ce plan d'action (let. e)¹¹⁵.

110. Dans le Canton de Neuchâtel, la LCEn/NE prévoit uniquement à l'art. 18 al. 1 que les plans communaux définissent les zones énergétiques. Ces zones, selon l'art. 20 al. 1 LCEn/NE « recouvrent des portions de territoire présentant des caractéristiques communes en matière d'approvisionnement énergétique ou d'utilisation de l'énergie ». Selon l'al. 2, elles peuvent être de trois types : zones d'énergie de réseau (let. a) ; zones d'incitation pour d'autres systèmes de production, de stockage ou de consommation d'énergie (let. b) ; zones sans spécification (let. c).
111. Dans le canton de Vaud, l'art. 46a RLVLEne/VD précise que l'étude de planification notamment pour la réalisation du concept énergétique communal doit contenir au moins : un état des lieux de la consommation d'énergie sur le territoire (let. a) ; l'évolution prévisible de la consommation d'énergie pour la période de planification (let. b) ; un état des lieux des infrastructures de production et de distribution d'énergies existantes et planifiées (let. c) ; l'évaluation du potentiel d'énergies renouvelables locales et exploitables (let. d) ; des objectifs en matière de développement des énergies renouvelables, de maîtrise de la consommation d'énergie et des émissions de CO2 (let. e) ainsi que des mesures pour atteindre les objectifs prévus (let. f)¹¹⁶.
112. A ce stade, il est possible de déceler deux tendances. Il y a d'un côté les cantons pour lesquels le plan communal des énergies représente une planification énergétique au sens large, en d'autres termes une politique énergétique communale. De l'autre côté se trouvent des cantons comme Neuchâtel et Fribourg qui intègrent dans cet instrument une approche territoriale, par la délimitation de zones – ou secteurs – énergétiques qui présentent des caractéristiques communes en matière d'approvisionnement ou d'utilisation d'énergie. Aussi, par des délimitations de zones énergétiques au moyen du plan communal des énergies, ces deux cantons vont dans

¹¹⁵ Selon l'art. 13 al. 1 OEn/JU, le service du développement territorial établit un modèle de plan d'action communal et le met à disposition des communes.

¹¹⁶ S'agissant du canton du Valais, la législation n'est détaillée en ce qui concerne le contenu des concepts énergétiques communaux.

le même sens que la disposition précitée du MoPEC. Le canton de Neuchâtel se rapproche par ailleurs davantage de cette disposition dans la mesure où la loi prévoit spécifiquement que le plan communal des énergies peut intégrer des zones d'énergie de réseau (art. 20 al. 2 let. a LCEn/NE). Cette disposition, contrairement à celle du MoPEC, ne se limite pas aux réseaux de distribution de chaleur.

b) Principes applicables

113. Au-delà du contenu minimal du plan communal des énergies tel que spécifié par le droit cantonal, l'autorité communale doit également prendre acte d'éventuels critères et principes applicables à un tel plan.
114. A ce titre, et à la différence des autres cantons, le canton de Neuchâtel établit à l'art. 18 al. 2 LCEn/NE une liste de critères à prendre en considération lors de l'établissement des plans communaux de l'énergie, en particulier : l'économie énergétique (let. a) ; l'aménagement du territoire (let. b) ; la protection de l'environnement (let. c) ; la protection des biens culturels (let. d) et le maintien d'activités dans les régions périphériques (let. e).
115. Ces critères demeurent toutefois relativement généraux et pas particulièrement pertinents pour les aspects des plans communaux relevant de l'approvisionnement en chaleur. S'agissant de ces aspects en particulier, il sied de se reporter en particulier aux fiches de coordination des plans directeurs cantonaux (PDC). En effet, lorsque les lois cantonales sur l'énergie restent muettes à cet égard, ces fiches fixent bon nombre d'éléments d'orientation pour les collectivités communales.
116. Dans le canton de Neuchâtel, la fiche de coordination E_23 du PCD/NE, intitulé « Développer les réseaux thermiques à haute efficacité » établit une liste de principes applicables aux plans communaux des énergies dans le domaine de l'approvisionnement en chaleur. En substance, les communes sont tenues d'une part de renoncer à toute extension des réseaux de gaz¹¹⁷ et d'autre part de

¹¹⁷ A noter que la densification de ces réseaux est toutefois admise.

remplacer les réseaux de gaz par des réseaux de chaleur à distance dans les zones à haute densité, sauf si ces deux systèmes se révèlent complémentaires¹¹⁸.

117. Dans le canton du Valais, la fiche de coordination E.3 du PDC/VS « Approvisionnement en énergie » du plan directeur cantonal établit une liste de quatorze principes à respecter par l'ensemble des collectivités. Pour ce qui a trait à l'approvisionnement en chaleur, nous pouvons citer : réserver le gaz naturel pour des sites adéquats, avant tout pour certains processus spécifiques des industries [...] et comme appoint pour l'alimentation des réseaux de chauffage à distance¹¹⁹ ; planifier les infrastructures de distribution d'énergie de réseau dans les différentes zones du territoire, de manière à favoriser le recours à la forme d'énergie la plus appropriée sur le long terme (énergies renouvelables et/ou rejets de chaleur) ; promouvoir l'utilisation des énergies renouvelables et indigènes ainsi que celle des rejets de chaleur ; privilégier l'utilisation de bois-énergie indigène pour alimenter des réseaux de chauffage à distance et encourager la substitution du mazout, du gaz et du chauffage électrique direct par du chauffage à distance, des pompes à chaleur dans les zones appropriées ou tout autre type de chauffage avec énergie renouvelable¹²⁰.
118. Dans le canton du Jura, les principes applicables résultent de plusieurs fiches de coordination : 5.05 « Énergie » ; 5.08 « Bois-énergie » ; et 5.09 « Gaz naturel ». La tendance dessinée vise à encourager l'extension des réseaux de gaz existants¹²¹, et à refuser de mettre les réseaux de gaz et de chauffage à distance alimentés par du bois-énergie en concurrence¹²². En outre, l'installation de nouvelles activités industrielles ou artisanales produisant des rejets de chaleur doit conduire à évaluer le développement d'équipements énergétiques permettant leur valorisation¹²³.

¹¹⁸ RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL, PDC, p. 71.

¹¹⁹ A ce propos, voir également : CANTON DU VALAIS, PDC, Fiche E.7 « Transport et distribution d'énergie », p. 3.

¹²⁰ CANTON DU VALAIS, PDC, Fiche E.3 « Approvisionnement en énergie », p. 3-4.

¹²¹ C'est-à-dire la Vallée de Delémont et la zone frontière de Boncourt.

¹²² CANTON DU JURA, PDC, Fiche de coordination 5.09 « Gaz naturel », p. 2.

¹²³ CANTON DU JURA, PDC, Fiche de coordination 5.05 « Énergie », p. 3.

119. Par le biais de la fiche T1119 du PDC/FR, « Réseaux d'énergie », le canton de Fribourg souligne son intention de développer prioritairement les chauffages à distance à haute efficacité, valorisant principalement des énergies renouvelables indigènes et/ou les rejets de chaleur. Dans ce but, il est établi qu'il revient aux communes d'identifier les zones particulières favorables au chauffage à distance, en termes de densité et de ressources. La fiche établit notamment que : les périmètres retenus comme étant favorables au chauffage à distance et aux énergies renouvelables doivent être compris comme des périmètres d'exclusion de réseau de gaz ; le chauffage à distance alimente les zones à forte et moyenne densité ; l'extension du réseau de gaz sur le domaine public est possible uniquement si son développement est prévu par le plan communal des énergies¹²⁴.
120. A noter que les communes sont tenues de prendre en compte les principes cantonaux émis au moyen des fiches de coordination du plan directeur cantonal. En effet, ces fiches, en tant que partie intégrante du plan directeur cantonal, ont force obligatoire pour les autorités cantonales et communales en vertu de l'art. 9 al. 1 LAT et ce dès l'adoption dudit plan par l'autorité cantonale compétente¹²⁵.

2. Processus d'élaboration

121. Dans le premier volet de la contribution, nous avons abordé le processus de planification énergétique au niveau cantonal, ce qui nous a permis de mettre en évidence les étapes de la démarche de planification et les instruments élaborés pour la soutenir. Sur la base de ces acquis, il sera possible ici d'appréhender le processus opéré à l'échelle communale. Ce degré de détail offrira la possibilité de

¹²⁴ ETAT DE FRIBOURG, PDC, Fiche T119 « Réseaux d'énergie ».

¹²⁵ Dans les cantons de Fribourg et Neuchâtel, l'adoption du plan directeur cantonal revient à l'exécutif (art. 13 al. 1 let. B LCAT/NE ; 13 al. 1, 17 al. 2 et 3 LATeC/FR) tandis que dans les cantons du Jura, du Valais et de Vaud, l'adoption du plan directeur cantonal revient au pouvoir législatif (art. 82 al. 3 LCAT/JU ; 6 al. 1, 8 al. 2 LcAT/VS ; 104 al. 2 Cst./VD ; 9 al. 1 et 2 LATC/VD).

mettre spécifiquement en lumière l'apport de cette forme de planification pour ce qui a trait à l'approvisionnement en chaleur.

a) Vision et stratégie

122. Le plan de l'énergie – ou concept énergétique – au niveau communal exprime la projection idéale en termes de développement énergétique¹²⁶. En principe, cette projection se manifeste sur deux horizons temporels, à moyen et long terme, plus précisément à l'horizon 2035, respectivement 2050. Il s'agit d'un plan d'intention des autorités, qui donne une direction générale à tenir¹²⁷.
123. Dans la mesure où les législations fédérale et cantonales relatives à l'énergie donnent d'ores et déjà une certaine vision au moyen des buts de la législation, soulignons que la commune dispose d'une marge de manœuvre réduite lorsqu'il s'agit de conférer une vision au plan communal des énergies. A titre d'exemple, l'art.1 LCEn/NE dispose que la loi vise notamment à diminuer la consommation d'énergie en tendant vers une société à 2000 watts à l'horizon 2050 et le plan communal de l'énergie de la Ville du Locle, dans sa vision à long terme établit que la commune s'engage sur la voie de la société à 2000 watts d'ici à 2050¹²⁸.

b) Etat des lieux et identifications des potentiels

124. Après avoir identifié les principes applicables et précisé les intentions de la commune en matière d'approvisionnement en énergie, il revient à l'autorité communale de recueillir les données caractérisant son territoire. Il s'agit en particulier d'identifier ses potentiels et perspectives.
125. Pour l'approvisionnement en chaleur au sein d'une commune, l'identification et l'évaluation de ces potentiels débute par

¹²⁶ En ce sens, l'art. 45 RLVLNE/VD mentionne « l'évolution souhaitable » de l'approvisionnement et de la consommation énergétique.

¹²⁷ En ce sens, voir notamment : CANTON DU VALAIS, Structure-type, p. 8 ; SERVICE DE L'ÉNERGIE ET DE L'ENVIRONNEMENT/NE, p. 19

¹²⁸ VILLE DU LOCLE, p. 19.

l'établissement d'un état des lieux – d'un inventaire – de la consommation et des infrastructures de distribution de chaleur existantes et/ou planifiées. Cette étape de la planification est parfois qualifiée d'« audit thermique ». En ce domaine, le potentiel est, du moins en théorie, très élevé dans la mesure où les énergies renouvelables ne participent en moyenne que pour un cinquième à la couverture des besoins.

126. S'agissant de l'identification de la consommation, il revient à la commune d'établir un bilan estimatif de la demande en énergie thermique sur son territoire. En principe, cette estimation repose sur les valeurs moyennes nationales adaptées à la situation spécifique de la commune, par modélisation. Cette estimation rend compte de la demande pour l'ensemble des consommateurs domiciliés dans la commune et sur la manière dont cette demande est couverte, en spécifiant l'agent énergétique utilisé¹²⁹. A cet égard, plusieurs cantons connaissent des bilans estimatifs ou des statistiques énergétiques par commune¹³⁰.
127. Par exemple, dans la Commune du Locle, l'estimation de la consommation liée au chauffage des bâtiments et à l'eau chaude sanitaire a été opérée sur la base du registre fédéral des bâtiments et des logements¹³¹.
128. Sur la base des estimations, l'autorité peut localiser des zones du territoire présentant des caractéristiques communes en termes de densité de consommation. Les besoins – ou la demande – d'énergie thermique sont synthétisés sur une carte qui représente une base sur laquelle l'autorité peut asseoir son intention d'étendre ou non des réseaux de chaleur¹³². Toujours en guise d'exemple, la Commune du Locle distingue le potentiel des zones pour le développement des réseaux en fonction de leur densité de consommation thermique¹³³ :

¹²⁹ SUISSEÉNERGIE, Module 2, p. 2.

¹³⁰ SUISSEÉNERGIE, Module 2, p. 1.

¹³¹ VILLE DU LOCLE, p. 16.

¹³² SUISSEÉNERGIE, Module 3, p. 4.

¹³³ « La densité de consommation thermique est la consommation annuelle de tous les bâtiments d'une zone d'approvisionnement en rapport avec la superficie » : OFEN, Guide, p. 226.

les zones dont la densité énergétique est supérieure à 800 MWh/ha par an sont identifiées comme présentant un fort potentiel pour le développement d'un réseau de chaleur et les zones dont la densité est comprise entre 400 et 800 MWh/ha par an qui peuvent présenter un potentiel intéressant pour le développement d'un réseau¹³⁴.

129. Ainsi, sur la base de la carte reflétant la densité thermique du territoire communal, l'autorité peut identifier des zones pour lesquelles un approvisionnement en chaleur par le biais de réseaux peut être envisagé. Une telle carte permet également d'exclure des zones lorsque celles-ci présentent des densités de consommation trop faibles.
130. Il revient en outre à l'autorité communale de mettre en relation la densité thermique des zones du territoire communal avec le potentiel d'économie d'énergie. En effet, à terme, une réduction de moitié des besoins de chaleur est attendue en raison de l'assainissement des bâtiments et de l'amélioration de leur efficacité énergétique. Il lui revient également d'opérer des projections afin d'estimer l'évolution de la demande qui est susceptible d'évoluer pour des raisons démographiques notamment¹³⁵.
131. Parallèlement à la réalisation de l'inventaire de la consommation de chaleur sur le territoire communal, l'autorité opère un inventaire de ressources et potentiels de production de chaleur renouvelable et d'exploitation des rejets de chaleur¹³⁶. Les ressources énergétiques renouvelables disponibles sur le territoire de la commune et mobilisables pour la production de chaleur sont de différente nature. Nous pouvons citer : le bois, la biomasse, la géothermie, la chaleur des usines d'incinération des déchets, la chaleur des stations d'épuration des eaux ou encore les rejets de chaleur industrielle¹³⁷.

¹³⁴ VILLE DU LOCLE, p. 24. A noter que dans les deux cas, le plan souligne la nécessité d'investiguer en réalisant une étude de faisabilité technique et économique pour valider les possibilités.

¹³⁵ En ce sens notamment : AGGLO FRIBOURG, p. 11.

¹³⁶ SUISSEÉNERGIE, Module 4, p. 2.

¹³⁷ SUISSEÉNERGIE, Module 4, p. 7.

132. La démarche vise à identifier pour chacune de ces ressources dans quelle mesure elles participent déjà à l’approvisionnement en chaleur (valorisation actuelle), respectivement dans quelle mesure elles pourraient être valorisées et intégrées dans la chaîne d’approvisionnement si elles ne le sont pas déjà (évaluation du potentiel). Il s’agit ici de mettre en évidence que l’identification dudit potentiel passe, dans bien des cas, par un examen minutieux des spécificités territoriales. Cet examen permettra à la commune de se rendre compte des ressources disponibles sur son territoire en termes de bois, de biomasse, de rejets de chaleur notamment.
133. Dans le domaine de la chaleur, une distinction est par ailleurs opérée entre différents types : les rejets de chaleur d’origine locale à haut potentiel¹³⁸ ; les rejets de chaleur et la chaleur de l’environnement d’origine locale à faible potentiel¹³⁹ ainsi que la chaleur de l’environnement et les énergies renouvelables¹⁴⁰. Toutes ces formes de chaleur ne se prêtent pas à la même utilisation et ne peuvent, partant, pas être valorisées par le biais de la même technologie.
134. Pour les communes, cela signifie qu’en plus de devoir établir un inventaire des ressources énergétiques valorisables, elles doivent prendre acte des aspects techniques, toute chaleur n’étant pas égale à une autre à cet égard. D’ailleurs et de manière non comparable à ce qui prévaut dans le domaine de l’électricité, la chaleur se déplace avec pertes et coûts, d’où la nécessaire approche par le biais du territoire. Ainsi, une commune qui accueille sur son territoire une usine d’incinération des déchets dispose certes de ressources énergétiques valorisables, mais encore faut-il que ces rejets de chaleur puissent être valorisés et que la densité de consommation de chaleur à proximité soit suffisante.

¹³⁸ Se classent dans cette catégorie : les rejets de chaleurs des usines d’incinération des déchets, les rejets de chaleur industriels, la géothermie profonde (dès 500m) : SUISSEÉNERGIE, Module 4, p. 4.

¹³⁹ Se classent dans cette catégorie : les rejets de chaleur des entreprises, rejets de chaleur des stations d’épuration des eaux usées et les rejets de chaleur provenant des canalisations d’évacuation des eaux usées, l’utilisation de la chaleur du réseau hydraulique, la géothermie à faible profondeur (de 50 à 500m) ou encore la ventilation des tunnels : SUISSEÉNERGIE, Module 4, p. 5-6.

¹⁴⁰ Se classent dans cette catégorie : l’utilisation de la chaleur de l’air ambiant, l’énergie solaire : SUISSEÉNERGIE, Module 4, p. 8.

135. Dès lors, la commune qui a en main une carte de la consommation de chaleur et une seconde carte reflétant les ressources thermiques valorisables est appelée à faire tendre le développement de la commune vers la superposition de ces deux cartes. En d'autres termes, elle doit veiller à générer des synergies sur son territoire.
136. Pour les communes des cantons mentionnés en amont et ayant développé un cadastre des rejets de chaleur, l'existence d'un tel outil offre évidemment l'avantage de localiser les zones énergétiques du territoire qui recèlent des potentiels en matière de développement de l'approvisionnement thermique¹⁴¹. Aujourd'hui, les communes valaisannes sont également encouragées à réaliser leur propre « cadastre de chaleur »¹⁴².
137. Toujours dans l'idée de favoriser les synergies sur le territoire communal, après la réalisation des inventaires de consommation et des ressources disponibles valorisables, il est encore possible pour la commune de procéder à l'inventaire des infrastructures existantes et planifiées.
138. Par ces différentes étapes, et études du territoire, la commune est en mesure de discerner les champs d'action pour lesquels elle bénéficie de leviers importants pour la mise en œuvre de la politique fédérale, cantonale et communale.

c) Objectifs et mesures

139. Une fois établis la vision, la stratégie et les différents inventaires permettant d'identifier les potentiels sur le territoire de la commune, l'autorité se trouve en bonne position pour fixer des objectifs réalistes et atteignables, respectivement pour prendre des mesures en vue de les atteindre.
140. En ce qui concerne les objectifs, il est possible de retenir de manière générale que les objectifs du plan communal des énergies sont calqués sur les potentiels identifiés dans l'étape précédente ; en d'autres termes, ils représentent la valorisation de ces potentiels.

¹⁴¹ DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE, DE L'ÉNERGIE ET DU TERRITOIRE/VS, Identification des rejets thermiques industriels en Valais – Rapport final, p. 3.

¹⁴² Cf. CANTON DU VALAIS, Structure-type.

Pour rappel, le plan communal des énergies met notamment en exergue une projection d'avenir de l'approvisionnement énergétique au sein d'une commune tandis que la formulation des objectifs permet d'objectiver cette projection idéale à long terme. Par exemple, dans le domaine de la production renouvelable de chaleur, le plan communal des énergies de la commune du Locle fixe pour objectif une multiplication par cinq de la production renouvelable de chaleur d'ici à 2050 par rapport à 2015¹⁴³.

141. Pour ce qui est des mesures, il s'agit des moyens mis en œuvre afin d'atteindre la pleine valorisation des potentiels. Il n'est pas rare que les objectifs soient classés en plusieurs catégories pour ensuite dresser une liste d'actions à mener pour chacune des catégories. Ainsi, l'objectif de multiplication par cinq de production renouvelable de chaleur dans la commune du Locle se retrouve décliné en axes stratégiques. S'agissant en particulier du premier axe stratégique, celui-ci prévoit d'augmenter la part d'énergies renouvelables pour la production de chaleur pour atteindre 50 % de la consommation en 2030 et 90 % en 2050¹⁴⁴. Cet axe se décline par ailleurs en une série de fiches de mesures qui traitent en particulier de la densification et développement de chauffage à distance, respectivement le développement d'un chauffage à distance dans la zone est de la ville¹⁴⁵. Parmi la description des actions à mener dans ces fiches, on retrouve : densifier et étendre les chauffages à distance existants ; communiquer auprès des propriétaires sur les zones d'influence des chauffages à distance et les possibilités de raccordement ; étudier la faisabilité technique et économique d'un chauffage à distance sur la zone nord-est de la commune et densifier et étendre le réseau pour couvrir entre 10 à 20 % des consommations futures de la ville¹⁴⁶.
142. Dans tous les cas, afin d'atteindre les objectifs fixés, les moyens à mettre en œuvre doivent être identifiés par la planification

¹⁴³ VILLE DU LOCLE, p. 28.

¹⁴⁴ L'axe 3.

¹⁴⁵ VILLE DU LOCLE, Fiche 1 et 2.

¹⁴⁶ Le second axe stratégique (axe 6) porte quant à lui sur la mise en place de conditions favorables pour un développement urbain durable.

énergétique opérée à l'échelle du territoire communal¹⁴⁷. Ainsi, les mesures préconisées en vue d'accroître la part des énergies indigènes et renouvelables, en particulier dans le domaine de l'approvisionnement en chaleur représentent à bien des égards, le cœur de la planification énergétique territoriale.

143. Finalement, compte tenu du caractère dynamique de la politique énergétique, témoin des changements techniques, sociétaux et géopolitiques dont elle peut faire l'objet, il est généralement prévu que les mesures doivent être mises en œuvre dans un délai de 15 ans maximum.

3. Statut et portée du plan communal des énergies

144. Jusqu'à présent, le plan communal des énergies a été présenté dans le cadre de la mise en œuvre de la politique énergétique communale, en particulier par le biais de la question de l'approvisionnement en chaleur. Il s'agit à présent de mettre en exergue le statut – la portée – du plan communal des énergies. En d'autres termes, cela revient à se questionner sur les effets juridiques éventuels d'un tel plan.
145. A titre indicatif, l'art. 10.4 al. 5 du MoPEC, consacré à la planification énergétique des communes, dispose que « [l]a planification énergétique fait partie intégrante de la planification directrice et du plan d'affectation de la commune ». Cette disposition n'apporte vraisemblablement pas un éclairage sur la portée attendue de la planification énergétique communale. En effet, tandis que le terme planification directrice laisse à penser qu'elle pourrait lier les autorités, celui de plan d'affectation nous conduit davantage vers une portée contraignante pour chacun.
146. Revenant sur les objectifs de la planification énergétique des communes, SuisseEnergie établit qu'elle permet la coordination interne au sein des autorités, qu'elle sert de base à la planification financière et à la politique climatique communale et qu'enfin elle permet un conseil et une information pour la population¹⁴⁸. En tant que SuisseEnergie, souligne une fonction de coordination interne,

¹⁴⁷ Art. 45 al. 1 RLVLEne/VD ; CANTON DU VALAIS, Structure-type, p. 2.

¹⁴⁸ SUISSEENERGIE, Module 1, p. 3.

cela tend à exclure à tout le moins le caractère contraignant pour tout un chacun mais ne nous éclaire toutefois pas davantage.

147. Dans tous les cas, il revient au droit cantonal de déterminer la portée qu'il entend conférer au plan communal des énergies. Dans le canton de Neuchâtel, le plan communal des énergies est un plan directeur en vertu de l'art. 18 al. 1 LCEn/NE. Le terme de plan directeur caractérise en principe des instruments qui ont pour effet de ne lier que les autorités. Il est évidemment aisé de se référer en premier lieu aux plans directeurs cantonaux qui ont force obligatoire pour les autorités en vertu de l'art. 9 al. 1 LAT. Cela dit, d'autres plans, prévus par les cantons et qualifiés de « directeurs » ont en commun de ne lier que les autorités, c'est notamment le cas de différents plans directeurs régionaux ou communaux¹⁴⁹. Aussi, dans le canton de Neuchâtel, une fois adopté par l'autorité communale compétente et avalisé à l'échelon cantonal, le plan communal de l'énergie lie les autorités uniquement. Pour les administrés, cela signifie qu'ils ne peuvent pas se voir imposer des obligations qui auraient pour fondement unique le plan communal des énergies.
148. Pour les autres cantons étudiés, le droit cantonal ne précise que rarement la portée du plan communal des énergies ; toutefois, sa portée se devine par le biais des normes que nous allons approfondir dans le chapitre suivant. Des normes qui laissent à penser que même lorsque le droit cantonal ne qualifie pas directement le plan communal de plan directeur, celui-ci déploie les effets d'un plan directeur et partant ne lie que les autorités.

D. Intégration dans les plans territoriaux

149. Jusqu'à présent, cette partie a permis d'appréhender l'instrument de droit cantonal que représente le plan communal des énergies par le biais de ses aspects relatifs à l'approvisionnement en chaleur. Maintenant, il nous revient de mettre en évidence comment le plan communal des énergies s'articule avec les instruments de l'aménagement du territoire. En effet, nous avons vu d'une part que le plan communal des énergies fixe des objectifs, respectivement des

¹⁴⁹ Art. 9 al. 5 LCAT/NE ; 44 al. 2^{bis} LCAT/JU ; 32 al. 1 LATeC/FR ; 3.3 al. 1 Règlement du 9 mai 2001 d'aménagement de la Commune du Locle.

mesures à mettre en place pour les atteindre, et d'autre part que le plan communal des énergies a pour effet de ne lier que les autorités.

150. Or, la mise en œuvre des mesures préconisées et partant leur effectivité ne repose pas uniquement sur le comportement des collectivités publiques. En effet, si ces dernières exercent une influence certaine en matière énergétique sur le patrimoine communal, une telle influence n'existe pas s'agissant du patrimoine en main des administrés et le plan communal des énergies n'y change rien à cet égard.
151. Conscients du risque que le plan communal des énergies reste lettre morte, les cantons ont pris les devants en prévoyant des dispositions en faveur des communes dans leur législation sur l'énergie. Ces dispositions prévoient une étape supplémentaire, à savoir celle de la planification d'affectation, permettant ainsi d'asseoir de manière contraignante pour les particuliers les orientations et mesures prises dans le plan communal des énergies.
152. Dans le canton de Fribourg par exemple, l'art. 8 al. 3 LEn/FR dispose que « [s]i une commune souhaite rendre contraignants des éléments du plan communal des énergies, elle doit les introduire dans les instruments d'aménagement local [...] prévus à cet effet au sens de la loi sur l'aménagement du territoire et les constructions ». L'art. 9 al. 1 LEn/FR précise qu'elles « peuvent introduire dans leur plan d'affectation des zones et sa réglementation les obligations suivantes pour la construction, la transformation ou le changement d'affectation de bâtiments : l'utilisation d'un agent énergétique déterminé (let. a) ; des exigences accrues en matière d'utilisation rationnelle de l'énergie et de valorisation des énergies renouvelables (let. b) ; le raccordement des bâtiments à un réseau de chauffage à distance alimenté essentiellement par des énergies renouvelables et/ou des rejets de chaleur, y compris la chaleur produite par des couplages chaleur-force »¹⁵⁰. Les communes peuvent également

¹⁵⁰ A noter que l'art. 9 al. 3 LEn/FR prévoit une dispense à l'obligation de raccordement à un réseau de chaleur à distance ou à une centrale de chauffage commune lorsque les besoins en chauffage et en eau chaude sont couverts à 75 % au moins par des énergies renouvelables.

prévoir que soit construite une centrale de chauffage ou une centrale thermique commune à un groupe d'immeubles ou à un quartier¹⁵¹.

153. Dans le canton du Jura, l'art. 4c al. 1 LEn/JU prévoit que « [p]our tout ou partie de leur territoire, les communes peuvent introduire, dans les instruments d'aménagement local prévus par la législation sur l'aménagement du territoire et les constructions les obligations suivantes pour la construction, la transformation ou le changement d'affectation de bâtiments : des exigences accrues en matière d'utilisation rationnelle de l'énergie et de valorisation des énergies renouvelables (let. a) ; le raccordement des bâtiments à un réseau de chauffage à distance alimenté essentiellement par des énergies renouvelables et/ou des rejets de chaleur (let. b) ».
154. Dans le canton du Valais, selon l'art. 10 al. 3 LcEne/VS, « [l]es communes, dans le cadre des plans d'affectation, peuvent désigner des zones dans lesquelles est prévu l'équipement avec une énergie de réseau ou une installation de production d'énergie commune à plusieurs bâtiments ».
155. Dans le canton de Vaud, la systématique est quelque peu différente dans la mesure où la LVLEne/VD dispose directement d'articles portant sur les plans d'affectation (art. 16f et 16g). Les plans d'affectation doivent ainsi intégrer une démarche de planification énergétique à certaines conditions, à savoir lorsqu'ils couvrent même partiellement une certaine zone prévue par le plan directeur cantonal ou lorsqu'ils couvrent une nouvelle surface brute de plancher de plus de 10'000 m². En outre, pour les communes qui ont réalisé une planification énergétique de manière volontaire, les mesures et dispositions de l'art. 16d al. 2 LVLEne/VD peuvent être intégrées dans leurs plans d'affectation¹⁵². Ces prescriptions concernent notamment la valorisation et le recours à un ou plusieurs agents énergétiques renouvelables présents sur le territoire (let. a) ; la construction d'une centrale commune de chauffage (let. d) ; ou une encore une obligation de raccorder des bâtiments à un réseau de chauffage à distance au sens de l'art. 25 al. 2 [LVLEne] (let. e).

¹⁵¹ Art. 9 al. 2 LEn/FR.

¹⁵² Art. 16g LVLEne/VD.

156. Dans le canton de Neuchâtel, la LCEn/NE ne prévoit pas spécifiquement l'instrument du plan d'affectation pour la mise en œuvre du plan communal des énergies¹⁵³. Cela dit, la lecture croisée de plusieurs dispositions nous permet de retenir que le plan communal définit des zones énergétiques, lesquelles peuvent notamment être des zones d'énergie de réseau et que dans ces zones, la commune a la possibilité, si certaines conditions sont remplies, de prescrire une obligation de raccordement¹⁵⁴. Aussi, l'existence d'une zone d'énergie de réseau prévu par le plan communal des énergies permettrait d'imposer une obligation de raccordement. Cela étant, le plan communal des énergies neuchâtelois en tant que plan directeur en vertu de l'art. 18 al. 1 LCEn/NE ne permet pas à lui seul d'imposer une telle obligation à un propriétaire. Dès lors, bien que la loi ne le précise pas, la commune passera très certainement par le biais des plans d'affectation¹⁵⁵.
157. Soulignons encore une distinction quant à ces dispositions. Parfois, la planification énergétique réalisée à l'échelle communale est conçue comme une *conditio sine qua non* à la prise de mesures contraignantes dans le domaine de l'énergie. Cette situation se trouve notamment dans le canton de Vaud où nous l'avons vu, les mesures de l'art. 16d al. 2 LVLEne/VD peuvent être intégrées seulement si la commune a réalisé une planification énergétique¹⁵⁶. Pour d'autres cantons, en revanche, cette condition découle peut-être davantage de la systématique de la loi. Dans tous les cas, la planification énergétique réalisée à l'échelle d'une commune permettra d'apprécier l'opportunité d'une mesure.
158. Ainsi, par le recours aux plans d'affectation, respectivement leur règlement, les communes sont en mesure de fixer de manière contraignante pour les propriétaires, en vertu de l'art. 21 al. 1

¹⁵³ Le Conseil d'Etat suggère toutefois aux communes de tirer profit de la révision des plans d'aménagement locaux pour établir le plan des énergies en tant qu'étude thématique : CONSEIL D'ETAT/NE, Rapport nouvelle loi sur l'énergie, p. 22.

¹⁵⁴ Art. 18 al. 1, 20 al. 2, 21 al. 1 LCEn/NE.

¹⁵⁵ Ce raisonnement pourrait certainement être suivi pour l'approche du plan cantonal de l'énergie et sa concrétisation par le biais d'un plan cantonal d'affectation.

¹⁵⁶ Art. 16g LVLEne/VD.

LAT¹⁵⁷, les mesures préconisées par les plans communaux des énergies. Ainsi, de nombreuses prescriptions en matière énergétique, telles des exigences en matière d'utilisation rationnelle de l'énergie, de valorisation des énergies renouvelables, la construction d'une centrale de chauffage commune à un groupe d'immeuble ou un quartier ou encore le raccordement à un réseau de chauffage à distance¹⁵⁸ peuvent être intégrées directement dans les plans d'affectation. La mise en œuvre de la planification énergétique des communes se voit ainsi facilitée¹⁵⁹, mieux encore opérée.

IV. Conclusion

159. Les dernières révisions législatives fédérales et cantonales dans le domaine de l'énergie soulignent un rapprochement progressif entre ce domaine et celui de l'aménagement du territoire. En effet, les lois sur l'énergie, par le biais de leur révision intègrent de manière croissante des dispositions qui, à une autre époque, auraient certainement été rangées parmi les dispositions de l'aménagement du territoire. De l'autre côté, le droit sur l'aménagement du territoire intègre de manière ponctuelle des dispositions emportant avec elles des considérations relevant de la politique énergétique.
160. Dans ce contexte, la présente contribution a permis de mettre en lumière la manière dont ces deux champs de réflexion, tous deux fortement marqués par des composantes juridico-politiques, se rencontrent.
161. Au niveau cantonal, le plan directeur cantonal représente le point d'ancrage de la conception cantonale de l'énergie, soit parce que la législation en dispose ainsi, soit parce qu'en tant qu'étude cantonale de l'énergie, elle représente une source d'information pertinente lorsqu'il s'agit de rédiger l'axe consacré à l'énergie du plan directeur cantonal. Dans tous les cas, le plan directeur cantonal doit reprendre les éléments de la conception pour que ceux-ci puissent bénéficier

¹⁵⁷ Selon l'art. 21 al. 1 LAT : « Les plans d'affectation ont force obligatoire pour chacun ».

¹⁵⁸ En ce sens également : ETAT DE FRIBOURG, Plan sectoriel, p. 218.

¹⁵⁹ Dans ce sens : DÉPARTEMENT DES INSTITUTIONS ET DU TERRITOIRE/VD, p. 1.

de la portée du plan directeur tel que prévu par le droit fédéral, en d'autres termes pour que les éléments de la conception lient les autorités.

162. Au niveau cantonal, l'identification de la relation entre les instruments de planification énergétique et les instruments territoriaux révèle une démarche marquée par un certain tâtonnement ; en effet, cette relation découle rarement de la législation.
163. Cette caractéristique ne ressort en revanche pas de la recherche opérée au niveau de l'instrument de planification énergétique à disposition des communes. En effet, à ce niveau, les lois sur l'énergie ont en principe en commun de prescrire le passage par les plans d'affectation afin de rendre les éléments de ce plan contraignants. L'intégration à un plan d'affectation leur confère force obligatoire à la fois pour les autorités et les particuliers. Ainsi, pour les communes, les instruments de l'aménagement du territoire offrent l'opportunité de préciser de manière contraignante les objectifs énergétiques pour une zone du territoire d'une part et de coordonner les activités à incidence spatiale relevant du secteur énergétique avec tous les autres enjeux en lien avec le territoire d'autre part.
164. En définitive, pour les instruments énergétiques étudiés, qu'ils soient conçus pour une planification opérée à l'échelle cantonale ou communale, on constate qu'en principe ils ne déploient en tant que tels pas d'effets juridiques. En effet, à l'exception du canton de Neuchâtel qui prévoit que la conception directrice cantonale, par ailleurs adoptée par le législatif, dispose d'un effet contraignant pour les autorités, aucun autre canton étudié n'est doté d'une telle norme. Finalement, notons que le canton de Vaud se distingue également puisqu'il est le seul à intégrer une démarche de planification énergétique territoriale directement lors de la réalisation des plans d'affectation, cantonaux ou communaux. Cette manière de procéder, en tant que condition préalable et nécessaire à la planification territoriale dessine peut-être la tendance à venir.

Bibliographie

AGGLO FRIBOURG, Plan régional des énergies, Granges-Paccot 2020

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, art. 89 Cst., in Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Genève/Zurich/Bâle 2003 (cité : AUBERT, ad art. 89)

CANTON DU JURA, Plan directeur cantonal, Delémont 2005

CANTON DU VALAIS, Plan directeur cantonal, Sion 2018 (cité : CANTON DU VALAIS, PDC)

CANTON DU VALAIS, Plan directeur communal des énergies – Structure-type, Sion 2014 (cité : CANTON DU VALAIS, Structure-type)

COMMUNE DE FRIBOURG, Planification énergétique territoriale – Ville de Fribourg – Etude de la consommation énergétique du bâti, Fribourg 2018

CONFÉRENCE DES DIRECTEURS CANTONAUX DE L'ÉNERGIE (EnDK), Modèle des prescriptions énergétiques des cantons (MoPEC), édition 2014, version française (mise à jour 2018 – en raison de normes modifiées), Berne 2018 (cité : EnDK, MoPEC)

CONFÉRENCE DES DIRECTEURS CANTONAUX DE L'ÉNERGIE (EnDK), Le Modèle de prescriptions énergétiques des cantons (MoPEC) – Le MoPEC 2014 – Une étape importante pour la concrétisation de la Stratégie énergétique 2050, Berne 2015 (cité : EnDK, Concrétisation)

CONFÉRENCE DES DIRECTEURS CANTONAUX DE L'ÉNERGIE (EnDK), Examen de l'opportunité d'un concordat sur l'énergie, Berne 2013 (cité : EnDK, Concordat)

CONSEIL D'ÉTAT/FR, Rapport n° 160 au Grand Conseil relatif à la planification énergétique du canton de Fribourg, (nouvelle stratégie énergétique) du 29 septembre 2009

CONSEIL D'ÉTAT/NE, Rapport au Grand Conseil à l'appui d'une nouvelle loi cantonale sur l'énergie (LCEn) du 6 mai 2019 (cité : CONSEIL D'ÉTAT/NE, Rapport nouvelle loi sur l'énergie)

CONSEIL D'ÉTAT/NE, Rapport au Grand Conseil à l'appui d'un décret sur la conception directrice cantonale de l'énergie 2015 du 11 mai 2016,

Neuchâtel 2016 (cité : CONSEIL D'ETAT/NE, Rapport sur la conception directrice de l'énergie)

CONSEIL D'ETAT/VD, Plan climat vaudois – 1^{re} génération, Stratégie du Conseil d'Etat vaudois pour la protection du climat, Lausanne 2020 (cité : CONSEIL D'ETAT/VD, Plan climat)

CONSEIL D'ETAT/VD, Programme de législature 2017-2022, Lausanne 2017 (cité : CONSEIL D'ETAT/VD, Programme de législature)

CONSEIL D'ETAT/VD, Exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi vaudoise sur l'énergie (LVLEne) du 16 mai 2006 ou modifiant la loi vaudoise sur l'énergie (LVLEne) du 16 mai 2006 (contre-projet du Conseil d'Etat), Bulletin du Grand Conseil, Législature 2012-2017, t. 6, objet n° 28, p. 391-496 (cité : CONSEIL D'ETAT/VD, Exposé des motifs)

CONSEIL-EXÉCUTIF DU CANTON DE BERNE, Plan directeur cantonal, Berne 2021 (cité : CONSEIL-EXÉCUTIF/BE, PDC – Fiche de mesure)

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 4 septembre 2013 relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050 (Révision du droit de l'énergie) et à l'initiative populaire fédérale « Pour la sortie programmée de l'énergie nucléaire » (Initiative <Sortir du nucléaire>), FF 2013 6771 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Message stratégie énergétique 2050)

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 7 décembre 1987 concernant un article constitutionnel sur l'énergie, FF 1988 I 297 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Message article constitutionnel sur l'énergie)

DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE, DE L'ÉNERGIE ET DU TERRITOIRE/VS, Stratégie sectorielle « Gaz », Sion 2017

DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE, DE L'ÉNERGIE ET DU TERRITOIRE/VS, Stratégie sectorielle « Energie éolienne », Sion 2014

DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE, DE L'ÉNERGIE ET DU TERRITOIRE/VS, Stratégie sectorielle « Energie solaire photovoltaïque », Sion 2014

DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE, DE L'ÉNERGIE ET DU TERRITOIRE/VS, Stratégie – Efficacité et approvisionnement en énergie, Rapport du Département de l'économie, de l'énergie et du territoire au Conseil d'Etat du Valais, Sion 2013 (cité : DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE, DE L'ÉNERGIE ET DU TERRITOIRE/VS, Efficacité et approvisionnement)

DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE, DE L'ÉNERGIE ET DU TERRITOIRE/VS, Identification des rejets thermiques industriels en Valais, Rapport final, Sion 2012 (cité : DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE, DE L'ÉNERGIE ET DU TERRITOIRE/VS, Rejets thermiques industriels)

DÉPARTEMENT DES FINANCES ET DE L'ÉNERGIE/VS, Valais, Terre d'énergies : Ensemble vers un approvisionnement 100 % renouvelable et indigène – Vision 2060 et objectifs 2035, Sion 2019

DÉPARTEMENT DES INSTITUTIONS ET DU TERRITOIRE/VD, Planification énergétique territoriale – Fiche d'application – Protection de l'homme et de l'environnement, Lausanne 2019

DÉPARTEMENT DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL ET DE L'ENVIRONNEMENT/NE, Conception directrice de l'énergie – Rapport d'expert, Peseux 2016

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT/VD, Conception cantonale de l'énergie, adopté par le Conseil d'Etat le 19 juin 2019 (cité : DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT/VD, Conception)

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT/VD, Guide pour une planification énergétique territoriale, Partie 1, Lausanne 2016 (cité : DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT/VD, Guide)

DIRECTION GÉNÉRALE DE L'ENVIRONNEMENT/VD, Perspectives chaleur – perspectives de valorisation du potentiel de chaleur renouvelable du canton de Vaud, Lausanne 2021

ETAT DE FRIBOURG, Prescriptions énergétiques communales – Aménagement du territoire et énergie, Guide à l'attention des autorités communales fribourgeoises, Fribourg 2021 (cité : ETAT DE FRIBOURG, Prescriptions énergétiques communales)

ETAT DE FRIBOURG, Plan sectoriel de l'énergie, Fribourg 2017 (cité : ETAT DE FRIBOURG, Plan sectoriel)

ETAT DE FRIBOURG, Plan directeur cantonal, Fribourg 2017 (cité : ETAT DE FRIBOURG, PDC)

FLÜCKIGER ALEXANDRE, La transition énergétique entre conflits d'objectifs et conflits de compétence : aspects de droit constitutionnel, in

Hottelier Michel/Foëx Bénédic (édit.), *La propriété immobilière face aux défis énergétiques : Du statut juridique de l'énergie au contrôle des loyers*, Genève 2016, p. 23-59

KNÜSEL PAUL, *La planification énergétique territoriale*, Territoire & Environnement mai 3/11

OFFICE DE L'INFORMATION SUR LE TERRITOIRE/VD, *Modèle de géodonnées minimal – Cadastre des rejets de chaleur importants*, Documentation sur les modèles, Lausanne 2020

OFFICE FÉDÉRAL DE L'ÉNERGIE (OFEN), *L'électricité consommée en Suisse en 2020 provenait à 76 % des énergies renouvelables*, Berne, 31 août 2021 (cité : OFEN, Electricité)

OFFICE FÉDÉRAL DE L'ÉNERGIE (OFEN), *Guide de planification chauffage à distance*, Berne 2018 (cité : OFEN, Guide)

ORGANISATION FAÏTIÈRE DE L'ÉCONOMIE DES ENERGIES RENOUVELABLES ET DE L'EFFICACITÉ ÉNERGETIQUE, *La Suisse possède la chaleur renouvelable et en a besoin*, Berne 2014

POLTIER ETIENNE, *Droit suisse de l'énergie*, Berne 2020 (cité : POLTIER, Energie)

POLTIER ETIENNE, *L'évolution du droit administratif suisse*, in : Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre (édit.), *Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel – Entre droit constitutionnel et droit administratif : questions autour du droit de l'action publique*, Genève/Zurich 2019 (cité : POLTIER, Evolution)

QUIQUEREZ LOIC, *Décarbonner le système énergétique à l'aide des réseaux de chaleur : état des lieux et scénarios prospectifs pour le canton de Genève*, Thèse Genève 2017

RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA, *Conception directrice du développement territorial*, Delémont 2018

RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL, *Plan directeur cantonal*, Neuchâtel 2011 (cité : RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL, PDC)

SCHAFFHAUSER RENÉ, art. 89 Cst., in Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St.Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich 2014

SERVICE DE L'ÉNERGIE ET DE L'ENVIRONNEMENT/NE, Plan communal des énergies, Modèle de rapport, Neuchâtel 2021

SERVICE DE L'ÉNERGIE/FR, Stratégie énergétique – Rapport 2015-2020, Fribourg 2021

SERVICE DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL/JU, Conception cantonale de l'énergie – Plan de mesures 2022-2026, Delémont 2022

SUISSEÉNERGIE, Planification énergétique territoriale, Module 1, 2, 3, 4, 7, Berne 2019

VILLE DU LOCLE, Plan communal des énergies, La Sagne 2021

Le contrat de planification en lien avec l’approvisionnement en énergie

par

Nathalie F. Adank

Docteure en droit, avocate, Genève

I. Introduction.....	140
II. La contractualisation de l’aménagement du territoire.....	141
III. La révision du droit de l’énergie et la nouvelle stratégie énergétique.....	143
IV. Le contrat de planification : une chance pour un approvisionnement énergétique plus durable ?	144
A. Les mesures contraignantes existantes	144
B. L’admissibilité des thématiques énergétiques dans le contrat de planification	146
1. La légalité.....	146
2. L’intérêt public.....	147
3. L’égalité de traitement.....	149
4. La proportionnalité	151
V. Conclusion.....	153
Bibliographie	154

I. Introduction

1. L'injonction de l'art. 75 Cst. d'utiliser le sol de façon judicieuse et mesurée et d'occuper le territoire de façon rationnelle, qui doit servir de maxime à l'aménagement du territoire à tous les échelons, consacre le constat général que le sol est une ressource rare, difficilement réutilisable, et que les décisions d'affectation portent à conséquence bien au-delà d'une génération. Ce constat est d'autant plus prégnant en Suisse, où l'exiguïté du territoire national, couplé à la concentration, dans des secteurs limités, des terres réellement utilisables pour le développement humain (soit une fois retranchés les montagnes, les lacs, les forêts et autres parties du territoire qu'il est nécessaire de maintenir dans un état naturel ou qu'il n'est tout simplement pas possible d'exploiter), exigent une réflexion toujours plus pointue sur la façon d'aménager le sol.
2. En parallèle, mais de façon plus marquée depuis une dizaine d'années, la question de l'approvisionnement énergétique a gagné en importance. En effet, il en va non seulement d'un enjeu climatique, qui sous-tend la stratégie mise en place par la Confédération en matière de transition énergétique, mais également d'une réflexion géopolitique sur la façon d'assurer une stabilité de la fourniture d'énergie, tout en réduisant la dépendance de la Suisse à certains types de sources d'énergie mais aussi à certains producteurs¹.
3. Dans ce contexte de rareté spatiale, les développements immobiliers à l'échelle de quartiers et non plus uniquement à l'échelle d'une seule parcelle, sont de plus en plus fréquents. Ils présentent l'avantage de permettre une certaine rationalisation de l'utilisation du sol, passant notamment par une mutualisation de certains équipements et aménagements extérieurs, pouvant favoriser une approche qualitative.

¹ A l'heure où nous terminons la mise au point de ce manuscrit, la question de la dépendance de la Suisse au gaz russe est sur toutes les lèvres et a poussé le Conseil fédéral à entreprendre des réflexions stratégiques à ce sujet : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués/communiqués-conseil-federal.msg-id-87463.html> (visité pour la dernière fois le 26 mars 2022).

4. Ces quartiers constituent parfois un défi pour les collectivités qui sont appelées à équiper les parcelles concernées, l'équipement étant une condition nécessaire à la délivrance des autorisations de construire (art. 22 al. 1 let. b LAT). Rappelons que la collectivité est obligée d'équiper les zones à bâtir conformément à son programme d'équipement (art. 19 al. 2 LAT), ce qui comprend notamment la construction de conduites auxquelles il est possible de se raccorder sans frais disproportionnés pour l'alimentation en eau et en énergie (art. 19 al. 1 LAT).
5. La question énergétique, appréhendée pendant longtemps, en matière d'aménagement du territoire, comme une pure question technique d'équipement, a pris désormais une dimension qualitative. La question n'est plus uniquement de savoir si l'approvisionnement est garanti par rapport aux exigences minimales de l'équipement, mais comment il est conçu. Les défis de l'approvisionnement énergétique, ainsi que ceux posés par le tournant écologique qui s'impose face aux récentes évolutions climatiques, appellent une diversification de l'action publique et une convergence des politiques publiques.

II. La contractualisation de l'aménagement du territoire

6. Le droit de l'aménagement du territoire, tout comme le droit de l'environnement, est un domaine où les pesées d'intérêts sont fréquentes, opérées à la lumière des grands principes, qui doivent sans cesse être concrétisés dans des cas précis².
7. Critiquée par le passé en raison de son incompatibilité avec le cadre juridique, l'utilisation du contrat d'aménagement du territoire prend petit à petit un nouveau rôle dans un contexte où la disponibilité du sol et les exigences accrues posées par le législateur fédéral pour pouvoir classer de nouveaux terrains en zone à bâtir nécessitent de mettre en place des mesures particulières permettant de faire se rencontrer de façon plus directe les objectifs de la collectivité planificatrice avec les réalités socio-économiques des propriétaires fonciers. On entend par contrat de planification un « contrat de

² MAHAIM, p. 103.

droit administratif, conclu entre une collectivité publique et un administré, réglant une question d'aménagement du territoire, plus particulièrement de planification »³.

8. Plusieurs cantons prévoient aujourd'hui le recours exprès aux contrats de planification afin de se doter d'un outil flexible pour assurer la disponibilité du sol. L'utilité principale de ces contrats est de modéliser une obligation de construire, dans la perspective de nouveaux classements en zone à bâtir, qui ne peuvent être effectués que si la disponibilité du sol est garantie juridiquement (art. 15 al. 4 let. d LAT). Ainsi, pour n'en citer que quelques-uns, les Grisons (art. 19b KRG-GR), Uri (art. 45b PBG-UR) Fribourg (art. 48 LATec-FR) et Soleure (§26^{bis} PBG-SO), ainsi que le canton de Lucerne (art. 38 PBG-LU) disposent de bases légales expresses.
9. On mentionnera encore l'usage des conventions d'équipement, connues et mises en place de longue date afin de spécifier les modalités (coûts, maîtrise d'ouvrage, délais, etc.) de l'équipement⁴. Elles sont également utiles lorsqu'un propriétaire souhaite construire rapidement, mais que la collectivité n'a pas les moyens d'équiper le terrain à brève échéance. La jurisprudence fédérale reconnaît depuis de nombreuses années la possibilité de passer par la voie contractuelle dans ce domaine, pour autant qu'en définitive, la charge financière ne soit pas plus élevée pour l'administré (des principes plus stricts prévalant en matière de légalité dès lors que des contributions publiques sont en jeu)⁵.
10. Il reste toutefois une limite importante à l'utilisation du contrat de planification : il ne peut pas formellement remplacer le plan d'affectation, car les mesures de planification restent des actes de puissance publique, qui ne peuvent être contractualisés pour eux-mêmes⁶.

³ ADANK, p. 7.

⁴ JEANNERAT-Commentaire LAT 2016, N 67 ad art. 19 LAT.

⁵ ATF 105 Ia 207, cons. 2a ; ATF 103 Ia 505, cons. 3b.

⁶ DUBEY/ZUFFEREY, N 1095.

III. La révision du droit de l'énergie et la nouvelle stratégie énergétique

11. Juste après la catastrophe nucléaire de Fukushima, intervenue le 11 mars 2011, le Conseil Fédéral a demandé au DETEC de revoir la stratégie énergétique afin de mettre un terme à la production d'énergie nucléaire en Suisse.
12. La mise en œuvre du programme élaboré, appelé « stratégie énergétique 2050 » est graduelle. Actuellement, seule la 1^{re} étape a été implémentée. Celle-ci s'articule, dans les grandes lignes, autour de trois axes : (i) la réduction de la consommation d'énergie, (ii) la promotion des énergies renouvelables et (iii) une interdiction de construire de nouvelles centrales nucléaires.
13. La stratégie énergétique 2050 a donné lieu à une révision de la loi sur l'énergie, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018 après un oui en votation populaire, le référendum ayant été demandé.
14. Dans ce contexte, nombreux sont les cantons qui ont révisé leur législation cantonale, afin d'adopter des mesures contraignantes et parfois incitatives, dont plusieurs d'entre elles concernent les bâtiments. Dans le canton du Jura, la révision de la loi sur l'énergie est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2019, à Neuchâtel, la nouvelle loi cantonale sur l'énergie (LCE_n) est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2021 et dans le canton de Vaud, la LVLE_n a fait l'objet d'une révision partielle entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2021.
15. La loi fédérale sur l'aménagement du territoire a été complétée afin d'intégrer les nouveautés introduites par la loi sur l'énergie révisée. En effet, il existe une forte interdépendance entre la planification de l'utilisation du territoire et la politique énergétique, la seconde devant nécessairement trouver une place dans la première et la première pouvant être tantôt un frein, tantôt un moteur dans la mise en place de la seconde. Cette modification consiste dans l'ajout d'un nouvel art. 8b LAT, qui vise à contraindre les cantons à intégrer l'utilisation des énergies renouvelables dans leur planification directrice. Ceci concerne avant tout les grandes installations qui ont des effets sur l'organisation du territoire cantonal et qui, de ce fait, doivent être planifiées au stade du plan directeur, à l'exclusion des petites installations comme les panneaux photovoltaïques sur les

bâtiments, qui ne nécessitent pas une intégration dans la planification directrice⁷.

16. La planification énergétique est un domaine à part entière. La question que nous abordons est différente : c'est celle de savoir si les instruments typiques de l'aménagement du territoire peuvent intégrer des problématiques énergétiques, puis si et comment ils peuvent promouvoir certains modes d'approvisionnement énergétique.

IV. Le contrat de planification : une chance pour un approvisionnement énergétique plus durable ?

A. Les mesures contraignantes existantes

17. Aujourd'hui, en Suisse, une proportion d'environ 45 % de la consommation énergétique et un tiers des émissions totales de CO₂ sont attribuables aux quelque 2,3 millions de bâtiments existant sur le sol national⁸. La part revenant aux bâtiments dans la consommation énergétique et les émissions de CO₂ se divise entre la phase de construction et la phase d'exploitation. Nous ne traiterons ici que de la seconde, quand bien même il s'agit de l'anticiper au stade de la planification.
18. Après le rejet par le peuple suisse le 13 juin 2021 de la révision de la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la réduction des émissions de gaz à effet de serre (loi sur le CO₂), la question s'est posée de savoir comment la mise en œuvre par la Suisse de ses engagements de l'Accord de Paris, en particulier la réduction – d'ici 2030 – des émissions de CO₂ par rapport au niveau de 1990 allait être garantie.
19. Ce rejet a largement été interprété comme un refus de la population des mesures contraignantes, auxquelles il faudrait préférer des mesures incitatives. Suite à ce constat, on notera deux éléments :
20. Premièrement, la révision manquée de la loi fédérale sur le CO₂ n'empêche pas les cantons de poursuivre individuellement une

⁷ Message Stratégie 2050, p. 6924 ; ég. TSCHANNEN-Commentaire LAT 2019, N 2 ad art. 8b.

⁸ <https://www.bfe.admin.ch/bfe/fr/home/efficacite/batiments.html>.

politique énergétique cantonale qui peut passer par des mesures contraignantes. En effet, selon l'art. 89 al. 4 Cst., les cantons sont en première ligne compétents pour prendre des mesures concernant la consommation d'énergie dans les bâtiments.

21. Ces mesures se retrouvent, comme on l'a vu, dans la législation de certains cantons, qui limitent le recours aux énergies fossiles dans les nouveaux bâtiments et imposent une part minimale des besoins des nouvelles constructions qui doit être couverte par des énergies renouvelables. A titre d'exemple, dans le canton de Vaud, les nouvelles constructions doivent couvrir au moins 30 % de leurs besoins en eau chaude sanitaire par une énergie renouvelable (art. 28a LVLEne) Les nouvelles constructions doivent également couvrir 20 % de leurs besoins en électricité par une énergie renouvelable (solaire photovoltaïque, par exemple) (art. 28b LVLEne). Il est en revanche toujours possible de se chauffer partiellement au mazout ou au gaz : les besoins en chaleur des bâtiments neufs chauffés au mazout ou au charbon peuvent aller jusqu'à 60 % des besoins de chaleur admissibles et 80 % pour les nouveaux bâtiments chauffés au gaz (art. 30b LVLEne) (en raison du fait que les émissions de CO₂ sont moins élevées pour le gaz que pour le mazout).
22. Dans le canton de Fribourg, les nouveaux bâtiments doivent être équipés de sorte que les énergies non renouvelables ne couvrent pas plus de 70 % des besoins de chaleur admissibles pour le chauffage et l'eau chaude sanitaire (art. 11b al. 1 LEn) et que les besoins d'électricité soient couverts en partie par une source renouvelable (art. 11b al. 3 LEn). En outre, les nouveaux bâtiments doivent couvrir une part minimale de 50 % des besoins en eau chaude par les énergies renouvelables ou la récupération de chaleur (art. 13a al. 1 LEn).
23. Deuxièmement, les instruments incitatifs sont également déjà utilisés, principalement sous la forme de subventions, mais le bonus énergétique fait également partie de l'arsenal juridique à disposition des collectivités publiques pour tendre vers des constructions plus respectueuses du climat. Pour ne citer qu'un exemple, le canton de Neuchâtel octroie un tel bonus énergétique de 10 % aux constructions dont les performances énergétiques dépassent les

minima fixés par la loi (art. 31 LCEne). Le bonus est de 5 % dans le canton de Vaud (art. 97 al. 4 LATC-VD).

24. Pourrait-on toutefois aller plus loin dans la démarche incitative et non pas uniquement récompenser celui qui fait un effort particulier en matière de performances énergétiques, mais également tenter d'influer à un stade précoce sur le modèle énergétique à mettre en place ? Pourrait-on le faire au stade de la planification déjà ? Les intérêts en matière d'approvisionnement énergétique pourraient-ils converger avec les intérêts en matière d'aménagement du territoire ? Il est certain que des recoupements existent au niveau factuel, mais qu'en est-il au niveau juridique ? Autrement dit, lorsqu'elle exerce sa tâche d'aménager le territoire, une collectivité publique peut-elle faire entrer dans la balance des intérêts liés à la politique énergétique, le cas échéant, par le biais d'un contrat de planification ?

B. L'admissibilité des thématiques énergétiques dans le contrat de planification

1. La légalité

25. Pour déterminer si le contrat de planification peut intégrer des thématiques énergétiques, il convient de confronter cette hypothèse avec les grands principes qui gouvernent l'action publique, à savoir la légalité, l'intérêt public, l'égalité de traitement et la proportionnalité.
26. *Premièrement*, c'est sous l'angle de la légalité que s'examine le champ des possibles en la matière, d'abord sur la forme, puis sur le fond. Au sujet de la légalité du procédé contractuel, il n'est pas absolument nécessaire que le recours au contrat soit prévu dans une base légale, il suffit que le cadre légal laisse une marge de manœuvre ou n'exclue pas le recours au contrat⁹, cette exclusion pouvant être expresse ou résulter de l'esprit ou du but de la loi¹⁰. C'est particulièrement le cas lorsque les conditions d'octroi d'une dérogation sont spécifiées de façon exhaustive et détaillée par le

⁹ ATF 136 I 142, cons. 4.1

¹⁰ DUBEY/ZUFFEREY, N 1095.

législateur, lorsque l'autorité ne dispose – de par la loi – d'aucune liberté d'appréciation, ou si l'exercice d'une telle liberté d'appréciation ne peut précisément pas se faire par le biais d'une relation contractuelle, au risque de contrevenir aux principes de l'égalité de traitement, de l'intérêt public ou de l'interdiction de l'arbitraire¹¹.

27. Quant au contenu du contrat, les conditions posées par le principe de la légalité peuvent se résumer de façon succincte (et donc un peu réductrice) de la façon suivante : le contenu du contrat ne doit, à l'évidence, pas être illégal et il doit disposer d'un fondement légal à tout le moins « médiat » (à défaut d'être « immédiat »)¹², qui s'interprète selon les circonstances du cas d'espèce.
28. Finalement, à suivre certains auteurs, encore faudrait-il que le contrat, pour être admissible, s'avère être un instrument plus adéquat (condition de l'aptitude) que la décision administrative¹³. Cette condition, qui fait débat parmi les auteurs et qui n'emporte pas notre adhésion, serait toutefois à notre sens remplie dans le cas d'espèce.
29. En effet, en matière d'aménagement du territoire, l'utilisation du contrat est prévue par plusieurs législateurs cantonaux et, à notre connaissance, exclue par aucun texte¹⁴. Dans un contexte où les mesures contraignantes ont montré (du moins provisoirement) leurs limites, l'adéquation du contrat semble tout indiquée.

2. L'intérêt public

30. *Deuxièmement*, sous l'angle de l'intérêt public, il faut que le contenu du contrat poursuive un tel intérêt afin d'être compatible avec ce principe¹⁵.

¹¹ *Ibidem* ; MOOR/POLTIER, p. 454.

¹² DUBEY/ZUFFEREY, N 1098 ss.

¹³ Pour un exposé de la question : MOOR/POLTIER, p. 456 s.

¹⁴ Pour une analyse plus détaillée : ADANK, p. 84 ss.

¹⁵ Ce principe a été analysé plus en détail dans une autre contribution : ADANK, p. 141 ss.

31. Un contrat de planification qui intègre la question de l'approvisionnement en énergie doit répondre à la fois à un intérêt public d'aménagement du territoire et à un intérêt public en matière énergétique. Le premier se concrétisera le plus souvent dans la garantie offerte, via le contrat, de la disponibilité du sol, qui se manifeste par un engagement pris par l'administré de construire dans un certain délai. Le second prendra par exemple la forme d'une réduction plus importante que ce qui est prescrit dans la législation cantonale de la part d'énergies fossiles utilisées pour approvisionner les bâtiments planifiés.
32. L'intérêt public à une utilisation judicieuse et mesurée du sol, plus particulièrement à la disponibilité des terrains constructibles est désormais largement reconnu¹⁶. Nous n'y reviendrons pas en détail. La question qui se pose est surtout de savoir si l'intérêt public à un approvisionnement énergétique plus respectueux des enjeux climatiques trouve un écho en droit de l'aménagement du territoire.
33. Au niveau fédéral, force est de constater que les points de convergence entre aménagement du territoire et politique énergétique sont limités : l'enjeu principal est de fixer dans quelle mesure les infrastructures de production et de desserte de l'énergie doivent être planifiées (art. 8b LAT, cf. *supra*)¹⁷. Le peu de liens concrets entre le droit fédéral de l'aménagement du territoire et la politique énergétique n'est en soi pas surprenant. En effet, la Confédération n'a, en matière d'aménagement du territoire, qu'une compétence limitée aux principes, l'aménagement « concret » incombant aux cantons (art. 75 al. 1 Cst.).
34. En revanche, le principe du développement durable (art. 73 Cst.) commande à notre sens une approche coordonnée de l'aménagement du territoire et de la politique énergétique, ne serait-ce que parce qu'ils obéissent à une même logique, celle qui appelle à limiter l'utilisation de ressources non-renouvelables (le sol, les énergies fossiles) et à appréhender ces thématiques sous un angle pluriel et global. Plus une ressource est rare (donc sans substituts

¹⁶ AEMISEGGER/KISSLING-Commentaire LAT 2016, N 5 ss ad art. 15a LAT.

¹⁷ POLTIER, p. 13 ss.

probables) et plus elle revêt une grande importance pour les générations futures, plus elle doit être utilisée avec parcimonie¹⁸. Il en va ainsi pour le territoire, mais à notre sens également pour les énergies non-renouvelables.

35. Les cantons ont accordé une place plus importante aux questions énergétiques dans leur législation, conscients du fait qu'aménagement du territoire et approvisionnement énergétique présentent de nombreux points de contact. La thématique énergétique est ainsi souvent mentionnée comme l'un des éléments à intégrer dans l'élaboration des plans d'affectation (Vaud : art. 97 al. 2 LATC-VD, Zurich : §78a al. 2 PBG-ZH ; §37 al. 4 BPG-BS, etc.). Ces références consacrent l'existence d'un intérêt public transversal, qui recoupe les deux thématiques. Ainsi, non seulement existe-t-il des intérêts publics spécifiques, à l'utilisation judicieuse et mesurée du sol ainsi qu'à un approvisionnement énergétique compatible avec les impératifs de la protection de l'environnement (pour cette formulation, voir p. ex. art. 1 al. 1 LEn/FR), mais il existe également un intérêt public à mettre en relation ces deux domaines¹⁹.

3. L'égalité de traitement

36. *Troisièmement*, le contrat doit être conforme au principe d'égalité de traitement²⁰. En matière d'aménagement du territoire et de longue date, le principe de l'égalité de traitement est réduit à l'interdiction de l'arbitraire²¹. En effet, de jurisprudence constante, l'égalité de traitement n'a qu'une portée réduite en matière d'établissement des plans, car il est « dans la nature même de l'aménagement local que la délimitation des zones crée des inégalités et que des terrains de mêmes situation et nature puissent être traités différemment en ce qui concerne tant leur attribution à une zone déterminée que leur possibilité d'utilisation »²². Le Tribunal fédéral reconnaît ainsi que

¹⁸ MAHAIM, p. 161.

¹⁹ HÄNNI, p. 45.

²⁰ Pour une analyse détaillée : ADANK, p. 119 ss.

²¹ HÄNNI, p. 53 et les références citées.

²² TF du 01.05.2020, 1C_522/2019, cons. 4.1.

lorsqu'il s'agit de classer des terrains dans différentes zones d'affectation, des distinctions doivent s'appliquer, qui sont d'autant plus justifiées après la dernière révision de la LAT et les précisions apportées à l'art. 15 al. 4 LAT. Il existe ainsi, en matière d'aménagement du territoire, des motifs matériels qui justifient un traitement différent des parcelles d'une même commune, qui prennent corps notamment dans les buts et principes d'aménagement du territoire ainsi que dans les différents intérêts publics qui sont à la base de la politique de développement territorial appliquée par la Confédération et les cantons.

37. Dans ce contexte, le fait de conclure un contrat n'est pas, en soi, constitutif d'une inégalité de traitement. C'est au niveau du contenu du contrat que la question se pose réellement. Sachant que le contrat permet d'obtenir de l'administré des prestations qui ne pourraient pas lui être imposées par la voie de la décision, et que c'est là sa principale raison d'être²³, le fait même que certains administrés soient disposés à s'engager sur des éléments qui vont au-delà des stricts minimums légaux constitue une différence qui justifie un traitement différent. Encore faut-il que ce à quoi l'administré s'engage dispose d'une base légale à tout le moins médiate (cf. *supra*) et que les prestations contractuelles répondent à un intérêt public.
38. Autre est la question de savoir de quelle nature peuvent être les prestations auxquelles s'engage un administré afin qu'elles puissent justifier un traitement différencié en matière d'aménagement du territoire. Dit autrement, le fait qu'un administré s'engage à prendre des mesures en matière d'approvisionnement et de performance énergétique pour son/ses bâtiment(s) à construire est-il un critère de distinction pertinent ?
39. Dans la mesure où l'on reconnaît un intérêt public croisé entre aménagement du territoire et politique énergétique, la mise en système de prestations et contreprestations appartenant à ces deux domaines permet à notre sens de reconnaître ces critères comme des distinctions pertinentes justifiant le traitement différent de deux administrés, dans l'hypothèse où les qualités de leur terrain seraient suffisamment proches pour leur permettre de prétendre tous les

²³ DUBEY/ZUFFEREY, N 1098.

deux à entrer en discussion avec l'autorité de planification en vue d'un classement en zone à bâtir ou de l'adoption d'un plan spécial. Celui qui s'engage non seulement à développer effectivement un projet, mais également à ce que celui-ci aille au-delà de ce que la loi lui impose en matière d'énergies renouvelables, ou de réduction de la consommation d'énergie, voire un engagement à se raccorder à un réseau de chauffage à distance qui ne peut pas être imposé unilatéralement, doit pouvoir être traité différemment et bénéficier d'une priorité par rapport à un autre administré, toutes autres conditions étant égales, car l'autorité peut alors exercer sa liberté d'appréciation dans le sens d'une meilleure prise en compte des intérêts publics. Rappelons ici que la pesée des intérêts (art. 3 OAT) se trouve au cœur de l'aménagement du territoire et s'impose lorsque l'autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation²⁴.

4. La proportionnalité

40. *Quatrièmement*, le contrat doit être examiné sous l'angle de la proportionnalité, principe qui exige, pour les contrats de droit administratif, que les prestations et contre-prestations du contrat présentent un rapport équilibré²⁵.
41. Une fois établi le fait que les questions d'approvisionnement en énergie poursuivent un intérêt public qui est lié à l'intérêt public à un développement judicieux et mesuré du sol pris au sens large, et que la prise en compte de ce critère ne crée pas une inégalité de traitement injustifiable, encore reste-t-il à vérifier que le contrat de planification ne serve pas à permettre à l'autorité d'exiger des prestations de l'administré qui soient disproportionnées avec ce que la collectivité s'engage à fournir dans le cadre contractuel.
42. L'intérêt du contrat de planification est de servir d'outil dans le cadre de nouveaux développements (voire de redéveloppements de sites constructibles avec modification des règles d'affectation), comme préalable à une mesure de planification. Le cas typique est celui du contrat portant sur une obligation de construire, qui permet

²⁴ AEMISEGGER/KISSLING-Commentaire LAT 2016, N 10 ad Remarques préliminaires.

²⁵ ADANK, p. 109 ss.

à l'autorité de planification de s'assurer d'une garantie juridique de la disponibilité du sol, afin de satisfaire la condition posée par l'art. 15 al. 4 let. d LAT. Dans ce contexte, la prestation de la collectivité publique constitue un engagement d'utiliser dans une certaine direction son pouvoir d'appréciation (en l'espèce la liberté d'appréciation dont elle dispose lorsqu'elle doit choisir entre plusieurs secteurs susceptibles d'être nouvellement mis en zone à bâtir, voire reclassés dans une zone d'affectation plus favorable). La cautèle imposée par le système de planification et les buts et principes de l'aménagement du territoire réside dans la limitation de l'usage du contrat à des situations dans lesquelles les buts et principes de l'aménagement du territoire n'imposent pas d'emblée une certaine mesure de planification, mais laissent au contraire à l'autorité le choix entre plusieurs scénarios, tous comparables. Ainsi, l'autorité doit procéder à une pesée des intérêts lorsqu'elle exerce son pouvoir d'appréciation.

43. Force est de constater que les nouveaux classements en zone à bâtir se raréfient. Dans une première phase, nombreuses sont les communes qui doivent déjà procéder à une réduction de leur zone à bâtir, conformément à l'art. 15 al. 2 LAT²⁶. Dans une seconde phase, on peut anticiper que les nouveaux classements resteront faibles, seuls les terrains nécessaires après épuisement de tous les potentiels dans les zones existantes pouvant être mis en zone (art. 15 al. 4 let. b LAT). De l'autre côté, la demande devrait rester forte et générer un certain déséquilibre entre administrés demandeurs d'un nouveau classement et possibilités des collectivités publiques d'y répondre. Dans ce contexte, il est imaginable que s'assurer de la disponibilité du sol et des engagements à construire effectivement ne soit plus un critère qui permette de discriminer réellement entre plusieurs variantes de planification et que l'autorité de planification puisse faire entrer d'autres considérations liées à l'aménagement, notamment des engagements en matière de performance énergétique et de choix des énergies utilisées.

²⁶ WASER, p. 57 ss.

V. Conclusion

44. L'utilisation du contrat de planification nécessite une analyse fine des circonstances particulières du cas d'espèce. En effet, l'engagement pur et simple d'une autorité de planification de classer un terrain en zone à bâtir n'est pas compatible avec la nature des actes de planification, qui restent des actions que l'Etat doit exercer en vertu de sa puissance publique, conformément à l'obligation de planifier (art. 2 LAT). En revanche, il est à notre sens loisible à l'autorité de planification de s'engager à exercer – sous réserve des règles de procédures et de la participation de la population – son pouvoir d'appréciation dans un certain sens, si cet engagement permet d'atteindre des intérêts publics spécifiques.
45. L'instrument contractuel pourrait être conçu d'une façon qui intègre les questions d'approvisionnement en énergie, pour autant que les options d'aménagement du territoire soient toutes égales les unes avec les autres et que la question énergétique permette simplement de départager deux situations autrement comparables.
46. Dans certains cantons, qui prévoient des mesures particulières pour les quartiers durables (p. ex. art. 48 LCAT-NE), les conditions de la dérogation n'étant pas fixées de façon stricte par le législateur, on pourrait envisager que les modalités d'octroi du bonus puissent faire l'objet d'un règlement conventionnel, qui offrirait un cadre particulier de discussion aux parties.

Bibliographie

ADANK NATHALIE F., Le contrat de planification –Utilité, admissibilité et régime du contrat d'aménagement du territoire, thèse Fribourg 2016

AEMISEGGER HEINZ/MOOR PIERRE/RUCH ALEXANDER/TSCHANNEN PIERRE, Commentaire pratique LAT : Planifier l'affectation (cité : AUTEUR-Commentaire LAT 2016)

AEMISEGGER HEINZ/MOOR PIERRE/RUCH ALEXANDER/TSCHANNEN PIERRE, Commentaire pratique LAT : Planification directrice et sectorielle, pesée des intérêts, (cité : AUTEUR-Commentaire LAT 2019)

CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050 (Révision du droit de l'énergie) et à l'initiative populaire fédérale « Pour la sortie programmée de l'énergie nucléaire (Initiative « Sortir du nucléaire ») » du 4 septembre 2011, FF 2013, 6771 (cité : Message Stratégie 2050)

DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014

HÄNNI PETER, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, Berne 2016

MAHAIM RAPHAËL, Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire – Le mitage du territoire à l'épreuve du droit : utilisation mesurée du sol, urbanisation et dimensionnement des zones à bâtir, thèse Fribourg 2013

MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, Droit administratif, Volume II : Les actes administratifs et leur contrôle, Berne 2011

OFFICE FÉDÉRAL DE L'ÉNERGIE (OFEN), Parc immobilier 2050 – Vision de l'OFEN, Version du 1^{er} mars 2022, (cité : Vision OFEN)

POLTIER ETIENNE, Droit suisse de l'énergie, Berne 2020

WASER FRANZISKA, La réduction de la zone à bâtir surdimensionnée selon l'art. 15 al. 2 LAT, thèse Fribourg 2018

L'usage du sous-sol pour l'acheminement de l'énergie

par

Irène Martin-Rivara¹

Docteure en droit, avocate, Genève

I. Introduction.....	157
II. Cadre général	157
A. Distinction entre domaine privé et domaine public.....	157
B. Le principe de l'accession.....	158
III. Présentation des instruments légaux.....	160
A. Sous un immeuble privé.....	160
1. Servitude de conduite	160
2. Modes de constitution	161
a) Constitution volontaire.....	161
b) Constitution forcée.....	162
aa) Généralités.....	162
bb) L'expropriation	163
cc) La servitude légale de conduite.....	164
3. Indemnisation	168

¹ Je remercie Me Jean-Marc Siegrist pour sa précieuse relecture ainsi que le Prof. Frédéric Bernard, pour les pertinents exemples que m'a fourni sa présentation donnée lors du séminaire de l'AGDA du 24 novembre 2021. Mes remerciements vont également à M. Nicolas Zwahlen, pour sa disponibilité à répondre à mes questions techniques sur le sujet.

B. Sous un immeuble public	170
1. Autorisation ou concession domaniale	170
2. Monopole de droit	172
3. Servitude ?	173
IV. Conclusion	175
Bibliographie	177

I. Introduction

1. A l'image des réseaux, le sujet traité est vaste et diffus – pour ne pas dire chaotique. Afin de cerner le champ de la présente contribution, les délimitations suivantes s'imposent.
2. En premier lieu, seul l'usage du sous-sol à des fins d'acheminement de l'énergie, c'est-à-dire de transport, sera traité – à l'exclusion de l'utilisation des ressources du sous-sol. Ce transport s'effectue par le biais de conduites, installations incontournables et complexes du monde souterrain.
3. En outre, cette étude se concentra sur les particularités liées au transport d'énergie dans le cadre des réseaux thermiques (également appelé chauffage/froid à distance ou CAD/FAD). Un réseau thermique est une infrastructure composée d'une ou plusieurs sources de production d'énergie (eaux du lac, géothermie, bois, énergie solaire, rejets de chaleur issus d'usines d'incinération de déchets, etc.) ; la chaleur et/ou le froid émis sous forme d'eau sont ensuite transportés à travers des conduites isolées, jusqu'à des sous-stations situées à proximité des bâtiments desservis.
4. Dans la suite de cette contribution, il sera d'abord question de dresser le cadre légal applicable à l'usage du sous-sol (II). L'examen portera ensuite sur les principaux instruments utilisés pour acheminer l'énergie, suivant que les conduites se situent sous le domaine privé ou public (III).

II. Cadre général

A. Distinction entre domaine privé et domaine public

5. Les règles applicables à l'usage du sous-sol dépendent du statut juridique de l'immeuble accueillant les conduites (domaine privé *versus* domaine public), et non pas de son propriétaire (personne privée *versus* collectivité publique).
6. Si l'immeuble relève du droit privé, le régime du sous-sol est régi par les art. 655 ss CC, applicables à la propriété foncière. Seuls les immeubles soumis au droit privé, y compris les immeubles

appartenant au patrimoine financier d'une collectivité publique, sont en effet régis par ces dispositions².

7. En revanche, si l'immeuble est une « chose sans maître » (à savoir un immeuble dans l'usage commun par nature tel que eaux publiques, rochers, glaciers, etc.) ou un « bien du domaine public » (à savoir un immeuble dans l'usage commun par affectation, tel que routes, places, ponts, parcs, etc.), c'est le droit public qui s'applique exclusivement (art. 664 al. 1 CC). Il s'agira alors essentiellement du droit cantonal, en application de l'art. 664 al. 3 CC³.
8. Dans une optique rationnelle, le réseau sera principalement conçu au travers d'immeubles publics, en particulier les routes. Les raisons sont nombreuses : maîtrise du foncier, logique situationnelle, financement, etc. Il arrive toutefois régulièrement, et notamment en fin de parcours, que des conduites doivent être posées sous des immeubles privés.

B. Le principe de l'accession

9. Selon l'art. 667 al. 2 CC, qui concrétise le principe d'accession, toute construction fait partie intégrante de la propriété privée du sol. Il en va ainsi des conduites souterraines : en tant qu'installations durablement incorporées au sol⁴, elles appartiennent aux propriétaires des immeubles sous lesquelles elles se situent.
10. L'épineuse question de l'étendue verticale, la propriété privée (art. 667 al. 1 CC) ne sera pas traitée dans cette contribution⁵ : en effet, l'essentiel des conduites d'un réseau thermique se situe à faible

² CR CC II-STEINAUER, art. 655 CC N1 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, N 2001 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 807.

³ A l'exception du réseau des routes nationales, qui constitue le seul véritable domaine public fédéral en vertu des articles 6 et 8 de la loi fédérale sur les routes nationales, cf. BERNARD, p. 95 n. 2 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 648.

⁴ PIOTET, Conduites, p. 341 ; CR CC II-MARCHAND, art. 667 N 20.

⁵ A ce propos, voir : ATF 145 II 32, cons. 2.1 ; ATF 132 III 689, cons. 4 ; POLTIER, p. 75 ss.

profondeur⁶. Sauf situations exceptionnelles, les propriétaires privé·e·s disposent objectivement d'un intérêt digne de protection à l'exercice de leur droit de propriété dans ce volume du sous-sol. Les conduites se situent donc dans la profondeur utile du bien-fonds, dont elles font partie intégrante *ex lege*.

11. Le principe d'accession connaît un tempérament et une exception :
 - D'une part, il s'applique à la propriété privée : *a contrario*, si l'immeuble relève du domaine public (art. 664 CC), l'application du principe d'accession et ses conséquences relèvent du droit public⁷.
 - D'autre part, il peut être mis à mal par la constitution d'une servitude⁸, notamment de conduite (art. 676 CC).
12. Les conduites qui traversent immeubles privés et immeubles publics, de manière plus ou moins occulte, sont de longue date le cauchemar du principe d'accession (et des praticien·ne·s). D. PIOTET y a d'ailleurs consacré un article au titre éloquent : « à qui appartient les conduites sur le fonds d'autrui ? » – c'est dire que la question mérite d'être posée.
13. Une chose pourtant est sûre : dans le cadre d'un réseau thermique, il est impensable que chaque propriétaire dispose d'une maîtrise individuelle sur la portion de conduite située sous son terrain⁹. D'où l'enjeu des instruments, de droit privé et de droit public, qui seront présentés ci-après.

⁶ Voir par exemple le Guide de conception et de coordination des travaux en sous-sol établi par l'OGETTA à Genève, qui impose des recouvrements minimaux de 80 cm sous trottoir et de 100 cm sous chaussée.

⁷ PIOTET, Conduites, p. 342.

⁸ STEINAUER, Droits réels, tome II, N 2256 ; cf. not. art. 675 al. 2 CC (superficie), art. 674 al. 2 CC (empiètement).

⁹ A cet égard, il est intéressant de rappeler qu'historiquement, l'exception au principe d'accession pour les conduites trouve sa raison d'être dans l'installation des pylônes électriques, qui devaient pouvoir être posés sans que les propriétaires du fonds ne deviennent propriétaires des lignes par accession, cf. CR CC II-MARCHAND, art. 676 N 1. Voir ég. HÜRLIMANN-KAUP, p. 57 ss.

III. Présentation des instruments légaux

A. Sous un immeuble privé

1. Servitude de conduite

14. Le droit d'établir une conduite sous un immeuble privé peut résulter d'une convention privée, soit à titre d'autorisation précaire, soit à titre d'obligation contractuelle¹⁰. Toutefois, seule la constitution d'une servitude permet de séparer la propriété du fond de la propriété des conduites qui s'y trouvent, en dérogation au principe d'accession¹¹. C'est là le but des servitudes de conduites, régies par l'art. 676 CC. Selon cette disposition, les conduites de desserte et d'évacuation qui se trouvent hors du fonds pour lequel elles sont établies sont, sauf disposition contraire, réputées faire partie de l'entreprise dont elles proviennent ou à laquelle elles conduisent et appartenir au propriétaire de celle-ci (al. 1). Cette disposition introduit ainsi une présomption de propriété séparée, en ce sens que la propriété de la conduite est rattachée à la titularité de la servitude.
15. Les conduites visées par l'art. 676 CC ont pour fonction le transport (de matériaux solides, liquides, gazeux ou encore de l'électricité)¹². Cette fonction peut coïncider avec une fonction de stockage, pour autant que la fonction de transport reste prépondérante¹³. Ces conduites de transit doivent donc bénéficier à une entreprise¹⁴, mais non servir à l'exploitation de l'immeuble au-dessous duquel elles

¹⁰ STEINAUER, Droits réels, tome II, N 2328.

¹¹ LORENZI/GURTNER, p. 164 ; HÜRLIMANN-KAUP, p. 61 ; voir ég. la même, p. 72, qui qualifie la servitude de conduite de « *Baurecht sui generis* » ; sous réserve enfin des dispositions de droit public topique qui emportent le même effet, voir notamment art. 37 LTC et art. 15a LIE.

¹² PIOTET, Conduites, p. 345 ; HÜRLIMANN-KAUP, p. 63 ; CR CC II-MARCHAND, art. 676 N 4 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 676 N 13.

¹³ STEINAUER, Droits réels, tome II, N 2237 ; PIOTET, Conduites, p. 346 ; ATF 97 II 326, JdT 1972 I 337.

¹⁴ Sur cette notion, voir HÜRLIMANN-KAUP, p. 63 ss.

sont installées ; dans ce cas en effet, l'exception au principe d'accession tombe¹⁵.

16. La propriété séparée des conduites sur le fonds d'autrui implique que la charge d'entretien incombe aux titulaires de la servitude, qui assument en outre une responsabilité de propriétaire d'ouvrage au sens de l'art. 58 CO¹⁶. Les propriétaires d'un fonds sous lequel passent des conduites ont donc intérêt à ce que les servitudes de conduite soient inscrites au registre foncier¹⁷, faute de quoi ils ou elles demeurent propriétaires desdites conduites, avec les charges et risques qui s'y rapportent.

2. Modes de constitution

a) Constitution volontaire

17. En cas d'accord sur la constitution d'une servitude de conduite, les parties concluent un contrat en ce sens. Depuis le 1^{er} janvier 2012, l'art. 732 al. 1 CC exige que l'acte constitutif d'une servitude soit passé en la forme authentique. A notre avis, cette exigence de forme s'applique à tout contrat constitutif de servitude (y compris lorsque l'octroi de la servitude aurait pu être requis en justice par le biais de l'art. 691 CC)¹⁸.
18. Les contrats conclus avec les propriétaires privé-e-s comportent fréquemment d'autres clauses utiles à l'exploitation du réseau

¹⁵ Cf. Oger TG, 02.07.2010, RBOG 2010 91.

¹⁶ ATF 94 II 151, cons. 2 ; HÜRLIMANN-KAUP, p. 83 s ; CR CC II-MARCHAND, art. 676 N 6 ; sur la notion de « propriétaire » au sens de l'art. 58 CO, voir ég. CHAIX, p. 41.

¹⁷ Cf. art. 676 al. 3 CC, qui précise que l'inscription au registre foncier n'est pas nécessaire en cas de conduite apparente (ce qui n'est pas le cas des conduites enterrées non visibles depuis la surface du sol, cf. PIOTET, Conduites, p. 348 et réf. cit.).

¹⁸ *Contra* CR CC II-PIOTET, art. 691 N 17 et réf. cit. ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 691 N 17. Voir ég. l'art. 70 al. 2 ORF, qui retient que lorsque le droit d'inscrire découle directement de la loi et que cela est établi par le justificatif relatif au titre, il suffit que ce dernier revête la forme écrite ; pour une critique de cette disposition, cf. MARTIN-RIVARA, N 467 ss.

thermique : répartition de la charge d'entretien, droit d'accès aux installations, acceptation par avance du raccordement d'autres bâtiments sans dédommagement, etc.¹⁹. Ces éléments devraient figurer dans les contrats constitutifs de servitude, afin d'acquiescer un effet *propter rem* (ainsi que dans l'inscription au registre foncier, s'agissant des obligations de faire²⁰).

b) Constitution forcée

aa) Généralités

19. Plus délicate est la situation où des propriétaires refusent de tolérer le passage de conduites sous leur immeuble. Comment imposer alors le passage de conduites (et donc, la constitution de servitudes le permettant) contre la volonté des propriétaires qui s'y opposent ? Cette question devient d'autant plus intéressante lorsqu'elle est posée en vue de l'établissement et/ou du raccordement à un réseau thermique.
20. Un constat tout d'abord : la doctrine et la jurisprudence sont rares sur ce sujet. Il est vrai que contrairement aux servitudes de passage qui font couler beaucoup d'encre, les effets des servitudes de conduites souterraines sont généralement invisibles, de sorte qu'ils dérangent rarement les propriétaires grevés (à supposer que ces derniers/ères soient informés de leur existence, ce qui n'est pas toujours le cas en pratique).
21. En substance, il existe deux moyens contraignants pour imposer une servitude de conduite sous un immeuble privé : l'expropriation formelle d'une part, et l'action civile fondée sur l'art. 691 CC d'autre

¹⁹ Voir les Conditions générales de Viteos SA relatives au raccordement au réseau de chauffage à distance et à la fourniture d'énergie thermique (CGCAD) de juillet 2020, en particulier l'article 4. Pour des exemples d'obligations accessoires généralement utiles à ce type de servitudes, voir ég. LORENZI/GURTNER, p. 154 ss.

²⁰ Art. 730 al. 2 CC et art. 98 al. 2 let. d ch. 3 ORF. A ce sujet, voir CR CC II-MOOSER, art. 946 N 17 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, N 3327 ss ; WERMELINGER/PFÄFFLI, p. 389 ss (ces derniers admettant, à notre avis à juste titre, que les propriétaires des fonds dominants puissent également être débitrices d'obligations accessoires, cf. p. 391 ss).

part ; la première sert un but d'intérêt public et la seconde un but d'intérêt privé. Ces deux moyens seront examinés ci-dessous.

bb) L'expropriation

22. La réalisation d'un ouvrage public souterrain sous un immeuble privé est régie par la Loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (LEx). Selon l'art. 1 al. 1 LEx, le droit d'expropriation peut être exercé soit directement en vertu de la LEx « pour des travaux qui sont dans l'intérêt de la Confédération ou d'une partie considérable du pays », soit indirectement « pour d'autres buts d'intérêts publics reconnus par une loi fédérale ».
23. En matière d'énergie, la Loi fédérale du 4 octobre 1963 sur les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux (LITC) retient que l'entreprise qui sollicite l'approbation des plans dispose du droit d'expropriation (art. 10 LITC). A rigueur de texte, cette loi s'applique toutefois « aux conduites servant à transporter de l'huile minérale, du gaz naturel ou tout autre combustible ou carburant liquide ou gazeux désigné par le Conseil fédéral » (art. 1 al. 1 LITC), ce qui exclut a priori l'eau de son champ d'application.
24. Parmi les nombreuses questions que pose l'expropriation partielle dans le cadre de l'établissement d'un réseau thermique, celle de l'intérêt public est la plus emblématique. Il est admis que les mesures de politique énergétique répondent à un intérêt public²¹. Il convient toutefois de distinguer les réseaux cantonaux (voire communaux, selon les cantons) des réseaux locaux : les premiers (parfois appelés « réseaux structurants »²²) sont conçus comme des infrastructures d'intérêt public²³, objets d'une planification, alors que les seconds sont issus d'initiatives privées et servent prioritairement les intérêts des personnes raccordées²⁴.

²¹ CARREL, N 153 et réf. cit.

²² Cf. art. 168 al. 3 Cst-GE.

²³ Voir not. TF du 09.03.2012, 1C_441/2011, cons. 6.2 (CAD Monthey).

²⁴ Pour un joli exemple, voir le projet mis sur pied à La Brévine par la Société coopérative de chauffage à distance du bois de La Brévine, cf. <https://>

25. A cela s'ajoute encore la question du raccordement individuel : en effet, la création d'un réseau thermique est une composante de l'équipement public (général ou de raccordement) tel qu'appréhendé aux art. 19 LAT et 4 LCAP, dans la mesure où ce réseau vise à relier les ressources énergétiques aux principales zones d'habitations et d'activités. Le raccordement aux bâtiments des consommateurs/trices finaux/ales fait toutefois partie de l'équipement privé (« *Hausanschluss* »). La délimitation entre l'équipement public de raccordement et l'équipement privé, en plus d'être disparate entre les cantons, est souvent floue²⁵.
26. Au vu de ce qui précède, il peut être difficile de déterminer où s'arrête l'intérêt public et où commence l'intérêt privé. En pratique, la réponse sera vraisemblablement donnée par l'acteur/trice (privé·e ou public/que, respectivement dans le cadre d'une activité érigée en tâche publique) sous l'impulsion de qui l'établissement d'une conduite sous une parcelle privée est requis, ainsi que des lois cantonales applicables.
27. A titre d'exemple, la population genevoise a récemment accepté une modification constitutionnelle visant à constituer un monopole cantonal pour le déploiement et la distribution de l'énergie thermique fournie par les réseaux thermiques structurants (art. 168 al. 2 Cst-GE). Dans le projet de nouvelle LEn/GE qui devrait entrer en vigueur courant 2022, les réseaux structurants sont déclarés d'utilité publique (art. 22 al. 2 nLEn/GE). Cette clause d'utilité publique, alliée à l'obligation de raccordement (art. 22 al. 6 nLEn/GE), ouvre clairement la voie à la constitution de servitudes de conduites par voie d'expropriation.

cc) La servitude légale de conduite

28. Selon l'art. 691 al. 1 CC, le ou la propriétaire d'un fonds est tenu·e, contre réparation intégrale du dommage, de permettre l'établissement à travers son fonds des lignes ou des conduites de

www.suisseenergie.ch/stories/chaleur-a-distance-dans-le-village-le-plus-froid-de-suisse/ (consultation le 08.02.2022).

²⁵ ZEN-RUFFINEN, p. 799 ; JEANNERAT, art. 19 LAT N 21.

desserte et d'évacuation permettant de viabiliser un autre fonds s'il est impossible ou excessivement coûteux d'équiper celui-ci autrement. Cette disposition introduit une restriction légale de droit privé à la propriété foncière et fonde un droit justiciable à l'obtention d'une servitude légale de conduite, en ce sens que les voisins·e·s récalcitrant·e·s peuvent être condamné·e·s à grever leur immeuble d'une servitude. En ce sens, la constitution d'une servitude légale équivaut à une expropriation de droit privée²⁶.

29. L'appartenance de cette disposition aux règles du droit de voisinage a deux corollaires :
- D'une part, la servitude légale de conduite se conçoit uniquement comme une servitude foncière, à savoir une servitude établie en faveur des propriétaires actuel·le·s d'un immeuble (le fonds dominant) ; en effet, le but est de viabiliser un autre fonds voisin. Cela exclut qu'un·e exploitant·e de réseau ou une commune puissent se prévaloir de cette disposition²⁷.
 - D'autre part, l'art. 691 CC n'a pas vocation à autoriser le passage de conduites à établir sur de grandes distances, puisqu'une telle extension excéderait le cadre « privé » du raccordement sollicité²⁸.
30. Dans cette même logique, l'art. 691 al. 2 CC contient une réserve du droit public de l'expropriation, en ce sens que la faculté d'établir des conduites sur fonds d'autrui ne peut pas être dérivée du droit de voisinage dans les cas soumis à la législation cantonale ou fédérale en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. La doctrine en déduit qu'« il suffit que le droit d'expropriation soit objectivement applicable selon le droit public pour exclure

²⁶ Expression consacrée par le Tribunal fédéral, voir not. TF du 22.09.2020, 5A_942/2019, cons. 3.3.2 ; TF du 10.06.2016, 5A_931/2015, cons. 3.3.1, SJ 2017 I, p. 121 ; ATF 136 III 130, cons. 3.1, JdT 2010 I 291 ; ATF 114 II 230, cons. 4a, JdT 1989 I 144.

²⁷ Dans ce sens également, LORENZI/GURTNER, p. 167.

²⁸ Dans ce sens : ATF 76 I 395, JdT 1951 I 410 ; CR CC II-PIOTET, art. 691 N 7 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 691 N 29.

l'application de l'art. 691 CC »²⁹. A notre avis, lorsque coexistent des intérêts privés de propriétaires et un intérêt public à l'équipement, la priorité octroyée aux moyens de droit public se justifie afin de ne pas compromettre la planification envisagée par les autorités administratives. Toutefois, lorsque le pouvoir expropriant ne manifeste pas d'intérêt à la réalisation d'un réseau à un endroit donné, on peut s'interroger sur la raison d'être d'une autocensure du droit privé. Lorsque les conditions d'application de l'art. 691 CC sont remplies, pourquoi les propriétaires seraient-ils/elles empêché·e·s de faire valoir leur droit à l'octroi d'une servitude de conduite pour se raccorder à un réseau thermique ?

31. Cette interrogation conduit à l'examen des conditions d'octroi de la servitude légale. A rigueur de loi, les propriétaires sont tenu·e·s de permettre l'établissement de la conduite à travers leur fonds que s'il est impossible d'exécuter l'ouvrage autrement ou sans frais excessifs. Pour en juger, il faut comparer la charge qu'entraînerait la constitution de la servitude pour les propriétaires contraint·e·s de permettre le passage de la conduite sur leur fonds et le bénéfice que les propriétaires voisin·e·s en tireraient. La jurisprudence se contente donc d'une pesée des intérêts en présence pour décider si les propriétaires doivent tolérer le passage des conduites sur leur fonds ou s'il paraît plus équitable d'imposer une autre solution aux propriétaires qui requièrent l'établissement de la conduite³⁰.
32. Au vu du développement des énergies renouvelables, une question intéressante se pose : un·e propriétaire a-t-il/elle droit à l'octroi d'une servitude légale de conduite pour raccorder son immeuble à un réseau de chaleur, alors qu'il/elle dispose déjà d'une installation de chauffage fonctionnelle ? Une réponse affirmative à cette question signifierait la prise en considération d'un intérêt privé écologique dans le cadre de la pesée des intérêts, soit une

²⁹ CR CC II-PIOTET, art. 691 N 8 ; voir ég. BK-MEIER-HAYOZ, art. 691 N 79 ; STEINAUER, Droits réels, tome II, N 2679. Voir en outre ATF 136 III 269, cons. 5.1, qui indique que « le propriétaire demandant à être mis au bénéfice de la servitude ne doit pas se trouver dans un cas où il pourrait demander l'expropriation », dont la formulation est plus subjective.

³⁰ ATF 136 III 269, cons. 5.2 ; CR CC II-PIOTET, art. 691 N 13 ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, art. 691 N 7 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 691 N 42-44.

interprétation extensive de la norme légale³¹. A notre avis, cet intérêt a sa place dans le cadre de l'appréciation de ce que constitue une exploitation rationnelle d'un immeuble donné. L'objectif des restrictions légales issues du droit de voisinage consiste précisément à tenir compte des intérêts réciproques des propriétaires voisins, de manière à assurer leur coexistence pacifique et permettre la meilleure exploitation possible de chaque fonds³². La pesée des intérêts ne saurait donc être restreinte à des seuls critères de coûts.

33. Evidemment, l'octroi de la servitude dépendra toujours des circonstances concrètes : état de vétusté de l'installation de chauffage à remplacer, efficacité énergétique et réduction des émissions de polluants, inconvénients pour les propriétaires du fonds à grever, etc.³³. Dans cette pondération, les tribunaux disposent d'une large marge d'appréciation³⁴.
34. Qu'en est-il par ailleurs lorsqu'une loi prescrit une obligation de raccordement à un réseau thermique (par exemple, en cas de demande d'autorisation de construire ou de changement d'installation thermique)³⁵ ? Si le raccordement au réseau nécessite la constitution de conduites sous un immeuble voisin, et que les propriétaires de cet immeuble s'y opposent, le droit à l'obtention d'une servitude légale est-il ouvert ? Il faut ici répondre par l'affirmative, dans la mesure où l'octroi d'un permis de construire paraît alors nécessaire à l'exploitation rationnelle d'un immeuble donné. Certes, les conditions du droit à la servitude légale de droit fédéral dépendent alors de l'existence d'une obligation introduite par le droit public cantonal³⁶ ; il n'en demeure pas moins que le

³¹ Cf. art. 691 al. 1 : « impossible ou excessivement coûteux ». A noter que cette interprétation semble admise par la doctrine, v. notamment CR CC II-PIOTET, art. 691-693 CC N 13.

³² STEINAUER, Droits réels, tome II, N 2601 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 946.

³³ A cet égard, la prise en compte de futurs usages du sous-sol peut être tempérée par les possibilités de déplacer les conduites selon l'art. 693 CC, cf. CR CC II-PIOTET, art. 691-693 CC N 15.

³⁴ ATF 136 III 269, cons. 5.1.

³⁵ Voir not. art. 21 LCEn/NE ; art. 10 LcEn/VS ; art. 22 nLEn/GE.

³⁶ Concernant la servitude de passage nécessaire, le Tribunal fédéral estime en effet que : « la notion de passage nécessaire au sens de l'art. 694 CC doit être interprétée

contenu de la propriété est déterminé par l'ordre juridique suisse en vigueur dans son ensemble³⁷. Une interprétation absolument indépendante du droit privé en la matière semble aujourd'hui dépassée.

3. Indemnisation

35. La constitution d'une servitude de conduite n'est a priori pas gratuite. En cas d'accord avec les propriétaires grevés, l'indemnité correspondra au montant négocié, à la manière d'un prix de vente. La situation est plus délicate dans l'hypothèse d'une constitution forcée.
36. Dans ce cas, que la servitude soit constituée à la suite d'une expropriation ou de l'action d'un propriétaire voisine, une indemnité est due : cette obligation ressort tant de l'art. 16 LEx, qui concrétise le principe constitutionnel selon lequel l'expropriation ne peut avoir lieu que moyennant une indemnité pleine et entière, que de l'art. 691 CC, qui retient que la servitude est octroyée « contre réparation intégrale du dommage ».
37. Ces deux indemnités se calculent selon les règles applicables en matière d'expropriation, dans la mesure où la constitution d'une servitude légale est appréhendée comme une « expropriation de droit privé »³⁸. Il convient donc de se référer aux principes fixés par LEx, en particulier l'art. 19 LEx et la jurisprudence y relative – étant précisé que la constitution d'une servitude par la voie de l'expropriation constitue une expropriation partielle.

indépendamment des prescriptions cantonales et communales sur les constructions. C'est une notion qui relève du droit privé fédéral. Elle doit être interprétée de manière uniforme dans toute la Suisse. Il résulte de l'indépendance de cette notion que l'on ne saurait accorder un passage nécessaire aux fins de satisfaire aux exigences toujours plus grandes du droit public quant à la suffisance de l'accès », cf. ATF 136 III 130, cons. 3.3.3, JdT 2010 I 291. Pour une critique, voir MARTIN-RIVARA, N 187 ss.

³⁷ ATF 139 III 404, cons. 7.4.2, JdT 2014 II 407 ; TF du 29.04.1992, 5C.238/1991, cons. 2.

³⁸ ATF 136 III 130, cons. 3.1, JdT 2010 I 291 ; ATF 120 II 423, cons. 7a, JdT 1996 I 122 ; PRADERVAND-KERNEN, N 248 ss.

38. Le principe consiste en ce que le ou la propriétaire grevé·e soit indemnisé·e pour la dépréciation de sa parcelle du fait de l'inscription de la servitude (y compris les autres préjudices découlant de l'expropriation)³⁹.
39. Ce calcul se heurte d'emblée à une difficulté pratique : en effet, la valeur d'une servitude se situe par nature dans un lien de dépendance économique avec l'immeuble qu'elle grève, raison pour laquelle il est admis qu'une servitude n'a pas de valeur vénale propre⁴⁰. Pour cette raison, les tribunaux préconisent d'appliquer la méthode de la différence au calcul de l'indemnité d'expropriation des servitudes, qui consiste à compenser la différence entre la valeur vénale du fonds sans la servitude et celle du fonds grevé de la servitude⁴¹. Cette méthode est valable même s'il est peu imaginable que les propriétaires actuel·le·s exploitent effectivement le sous-sol⁴².
40. Concrètement, il s'agira donc de chiffrer l'entrave à l'utilisation d'une parcelle donnée du fait de la constitution d'une servitude de conduite en son sous-sol. La question se pose en particulier de savoir si dite servitude peut s'opérer gratuitement (ce qui engendre alors un problème conceptuel par rapport à la détermination du volume utile de la propriété⁴³). Les arrêts rendus à ce sujet oscillent entre deux extrêmes : le Tribunal fédéral n'a ainsi pas réformé un arrêt cantonal refusant l'octroi d'une indemnité en compensation de

³⁹ PRADERVAND-KERNEN, N 248 ss (en particulier N 250 s. recensant les divers avis doctrinaux sur la question) ; CR CC II-PIOTET, art. 691 N 20.

⁴⁰ ATF 131 II 458, cons. 3.3, JdT 2006 I 668 ; ATF 122 II 246, cons. 4, JdT 1998 I 409 ; ATF 121 II 436, cons. 8a, JdT 1996 I 425 ; ATF 114 Ib 321, cons. 3, JdT 1990 I 543 ; EGGS, N 128 ; PRADERVAND-KERNEN, N 129 s. ; BERNARD, p. 111.

Voir cependant l'ATF 141 I 113, où le Tribunal fédéral n'a pas jugé arbitraire la fixation par la Cour cantonale d'une valeur vénale de la servitude expropriée à 10 fr./m².

⁴¹ BERNARD, p. 95, p. 111 ; ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, N 1183 ; ATF 141 I 113, cons. 6.5.1 ; ATF 131 II 458, cons. 3.3, JdT 2006 I p. 668 ; ATF 122 II 246, cons. 4, JdT 1998 I 409.

⁴² ATF 122 II 246, cons. 4c ; TAF du 16.09.2021, A-4111/2020, cons. 7.2.4.

⁴³ Voir à ce sujet la conclusion de BERNARD, p. 118.

l'attribution d'une servitude d'empiètement souterrain de 19 m²⁴⁴, alors que le Tribunal administratif fédéral a récemment chiffré à 15% la moins-value globale résultant de la suppression des possibilités de construire en sous-sol du fait de l'imposition de servitudes ferroviaires⁴⁵. Affaire à suivre, donc.

B. Sous un immeuble public

1. Autorisation ou concession domaniale

41. Un réseau thermique d'une certaine envergure ne peut concrètement être exploité qu'au moyen d'installations fixées sur et/ou sous le domaine public (ne serait-ce que sous les routes) : la collectivité jouit à cet égard d'un monopole de fait⁴⁶. Cette dernière peut alors exercer ce monopole en régie ou par l'octroi à des tiers de concessions ou d'autorisations domaniales⁴⁷.
42. Pour accorder à des tiers des facultés d'utilisation sous le domaine public, deux titres juridiques sont à première vue envisageables : l'autorisation (ou permission) d'une part, et la concession d'autre part. Le choix de l'un ou l'autre de ces instruments dépend de l'usage du domaine public : en principe, l'usage accru est soumis à autorisation alors que l'usage privatif requiert une concession⁴⁸.
43. La distinction entre l'usage accru et l'usage privatif du domaine public est loin d'être évidente :

⁴⁴ TF du 22.09.2021, 5A_942/2019, cons. 3.4.

⁴⁵ TAF du 16.09.2021, A-4111/2020, cons. 7.2.5.2 (se référant lui-même à l'ATF 122 II 246) relatif aux servitudes ferroviaires imposées par le projet genevois du CEVA : dans cet arrêt, le TAF a estimé que la suppression de toute possibilité de construction en sous-sol entraînait une moins-value de l'ordre de 20% alors que la limitation à un seul niveau de sous-sol provoquait une dépréciation de l'ordre de 10%, soit 15% globalement.

⁴⁶ ZUFFEREY, p. 73 ; sur cette notion, cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 727.

⁴⁷ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 155 et 727.

⁴⁸ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 697 ; CARREL, N 318 et 328.

- l'usage accru implique un certain degré d'exclusivité tout en restant compatible avec un minimum d'usage commun⁴⁹ ;
 - l'usage privatif est exclusif d'autres usages, et revêt généralement une certaine intensité d'utilisation, et cela dans la durée⁵⁰.
44. L'exploitation d'un réseau de conduites souterraines nécessite la présence d'installations fixes, destinées à être durablement utilisées ; toutefois, l'emprise souterraine n'empêche généralement pas l'usage commun du domaine public en surface (par exemple, de la route par ses usagers/ères). On se situe probablement là entre un usage accru et un usage privatif du domaine public. Il s'agit d'une particularité liée à une exploitation souterraine, puisque les mêmes installations en surface impliqueraient très vraisemblablement un usage privatif du domaine public.
45. D'un point de vue théorique, le régime de la concession est probablement plus juste, principalement en raison du caractère pérenne des conduites composant le réseau⁵¹. D'un point de vue pratique, le choix de l'autorisation est toutefois légitime dans l'optique d'éviter certaines lourdeurs administratives liées à l'octroi de concessions domaniales pour chaque projet individuel, et permettre ainsi un développement plus dynamique des réseaux.
46. A l'heure actuelle et à défaut de règle contraignante du droit supérieur dans ce domaine, les cantons sont libres de choisir entre la procédure d'autorisation ou l'octroi d'une concession⁵². A Neuchâtel par exemple, l'art. 2 LUDP/NE pose pour principe que l'utilisation privative est soumise à une concession (al. 1) alors que l'utilisation temporaire est soumise à autorisation (al. 2). La loi sur les routes et voies publiques semble reprendre ce critère de durée,

⁴⁹ CARREL, N 317 ; ATF 135 I 302, cons. 3.2 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 697.

⁵⁰ CARREL, N 327 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 697 s.

⁵¹ Voir not. l'ATF 145 II 32, cons. 3.2, sur le régime applicable aux installations de géothermie profonde, où il a en substance été admis que les cantons étaient libres de choisir le régime d'autorisation, bien que l'octroi d'une concession apparaissait plus adéquat dans ce cas de figure. Dans ce sens également : ATF 76 I 395, JdT 1951 I 410 ; POLTIER/PIOTET, La marge d'autonomie du législateur cantonal dans l'exploitation de la géothermie, RDS 134/2015 I p. 468 ss.

⁵² ATF 145 II 32, cons. 3 (géothermie).

en indiquant notamment que l'usage privatif est un usage exclusif et durable d'une route publique, notamment pour des installations situées dans, en-dessus et en-dessous de la route, et nécessite de fait l'octroi d'une concession (art. 75 al. 1 et 2 LRVP/NE). Ce régime, à première vue très formaliste, est tempéré par l'art. 77 LRVP/NE applicable aux conduites industrielles, dont celles des réseaux de transport d'énergie : selon cette disposition, la mise en place de ces conduites est soumise à autorisation du propriétaire de la route ; l'autorisation fixe le coût de la mise à disposition (al. 2). Cette disposition laisse une grande marge de manœuvre dans la formalisation concrète de l'autorisation, en particulier lorsque celle-ci est du ressort de la commune pour l'usage de son domaine public ; en pratique, l'autorisation est alors souvent orale, voire implicite compte tenu du partenariat conclu avec la commune désireuse de mettre sur pied un réseau thermique sur son territoire.

47. A l'avenir, il est ainsi à prévoir que les cantons mettront en œuvre des moyens pour faciliter le développement des réseaux, soit en privilégiant systématiquement le régime de l'autorisation⁵³, soit par l'instauration d'un monopole de droit – objet du développement à suivre.

2. Monopole de droit

48. Au monopole de fait précédemment évoqué⁵⁴ peut se greffer un monopole de droit, en ce sens que la collectivité publique se réserve le droit exclusif d'exercer une activité déterminée, par exemple le développement des réseaux thermiques. La gestion de ce monopole peut ensuite être assurée soit directement par l'administration ou un

⁵³ Quand bien même des concessions ont également été octroyées pour l'exploitation de réseaux thermiques : voir par exemple la loi genevoise no 8064 octroyant une concession relative à un réseau de distribution de chaleur à partir de l'usine des Cheneviers à Genève (notamment l'art. 2 al. 1 : « La concession a pour objet le financement, la construction et l'exploitation d'un réseau de distribution de chaleur à partir des rejets thermiques de l'usine des Cheneviers dans le périmètre délimité sur le plan annexé, ainsi que l'utilisation du domaine public qui en découle »).

⁵⁴ Voir ci-dessus N 41.

organisme décentralisé de droit public (« en régie »), soit par l'octroi d'une concession de monopole à un sujet de droit privé⁵⁵.

49. Le canton de Genève a récemment opté pour la création d'un monopole cantonal pour le déploiement et la distribution de l'énergie thermique fournie par les réseaux thermiques structurants (art. 168 al. 2 Cst-GE). La construction de ces réseaux devient ainsi une tâche publique cantonale, déléguée aux Services industriels du canton de Genève (SIG) (art. 22 al. 3 et 4 nLEn/GE).
50. L'instauration d'un tel monopole de droit a pour but le développement efficace et coordonné des réseaux thermiques sur le territoire cantonal. Dans cette optique, il s'agit d'une solution plus efficace qu'un simple monopole de fait : en effet, dans un monopole de fait, l'exploitant·e du réseau devrait demander pour chaque projet une autorisation ou une concession domaniale (sur la base de plans précis et délimités). Dans le cas d'un monopole de droit, l'exploitant·e se voit doté·e d'une position juridique qui lui permet de développer un véritable service public sur le territoire visé⁵⁶.
51. A noter toutefois que si ce choix paraît judicieux dans un canton comme Genève, fortement urbanisé et centralisé, il le sera probablement moins dans un grand canton moins densifié, où les communes ont davantage un rôle de porteuses de projets à jouer.

3. Servitude ?

52. La constitution de servitudes pour accorder à des tiers des facultés d'utilisation du domaine public peut être appréhendée comme une anomalie par rapport au régime de l'autorisation ou de la concession (domaniale ou de monopole). Dans le domaine de l'acheminement de l'énergie, ce cas de figure se rencontre notamment dans deux situations :

- D'une part, pour pérenniser l'approvisionnement en énergie d'un bien-fonds privé, dont le raccordement (privé) au réseau

⁵⁵ Sur ces distinctions, voir MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 155 ss.

⁵⁶ Voir l'audition du Prof. J.-B. ZUFFEREY devant le Grand Conseil genevois, in : Rapport de la commission de l'énergie et des Services industriels de Genève chargée d'étudier le PL 12895-A et PL 12896-A du 16 août 2021.

nécessite une emprise sous la voie publique (par exemple, un chemin faisant partie du domaine public cantonal ou communal) ; à défaut de droit réel, il n'y a en effet qu'un régime de précarité, ce qui signifie notamment que l'approvisionnement via les conduites souterraines n'est pas durablement garanti aux propriétaires des immeubles raccordés.

- D'autre part, lorsque l'exploitation du réseau emploie des infrastructures souterraines autres que les « simples » conduites, par exemple des sous-stations empiétant sous le domaine public⁵⁷. Les exploitant·e·s de réseau veulent alors pérenniser leur droit sur ces installations (à première vue moins facilement « déplaçables » que des conduites), ce que l'octroi d'un droit réel limité concrétise de manière plus évidente qu'une autorisation.
53. Il appartient aux cantons de déterminer si, et dans quelle mesure, les immeubles publics peuvent faire l'objet de droits réels limités⁵⁸. Conceptuellement, la constitution de servitudes privées sur le domaine public pose de nombreuses questions (avant tout théoriques), et ce peu importe que les cantons aient adopté la conception moniste ou la conception dualiste du domaine public⁵⁹. Ce sujet ne sera toutefois pas abordé plus en détail dans le cadre de la présente contribution.
54. Si le droit cantonal autorise la constitution de servitudes privées sur le domaine public, l'immatriculation de l'immeuble public au registre foncier s'impose en vertu de l'art. 944 al. 1 CC⁶⁰ ; c'est notamment ce qui est prévu à Genève (art. 4 LDPu/GE) et à

⁵⁷ A titre d'exemple, voir la loi portant sur la construction d'une servitude d'empiètement en sous-sol sur la parcelle no dp4715 en faveur des Services industriels de Genève aux fins de réalisation du projet CADéco Jonction (loi no 11998 du 24 février 2017).

⁵⁸ CR CC II-STEINAUER, art. 664 N 17 et réf. cit ; CR CC II-MOOSER, art. 944 N 5 ; ATF 97 II 371, cons. 3, JdT 1973 I 56.

⁵⁹ Sur ces théories, cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 642 ss. Voir en outre CR CC II-PIOTET, art. 691 N 6, selon qui, dans la conception moniste, une servitude privée ne pourrait pas être constituée sur le domaine public sans désaffectation préalable, sans quoi, à défaut de concession d'usage privatif, il n'y aurait qu'un passage précaire de la conduite privée.

⁶⁰ CR CC II-STEINAUER, art. 664 N 17 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 649.

Neuchâtel (art. 3 LUP/NE). La procédure d'inscription du droit réel limité est également régie par les lois publiques cantonales, soit en principe celles régissant l'utilisation du domaine public. A noter que cette procédure peut être assez lourde⁶¹ et, par conséquent, dissuasive.

IV. Conclusion

55. Cette contribution avait pour objectif de débroussailler un sujet transversal, en présentant les différents instruments utilisés pour acheminer l'énergie en sous-sol. Aux termes de cette analyse, plusieurs questions subsistent toutefois :
- Comment distinguer le raccordement privé du raccordement public ? Où commence le premier et où s'arrête le second ? Si la distinction immeuble privé *versus* immeuble public s'impose avec évidence, la distinction raccordement privé *versus* raccordement public demeure nettement plus floue ; de cette réponse dépend pourtant l'application du droit public ou du droit privé.
 - Du point de vue du droit privé, un·e propriétaire a-t-il/elle droit à l'octroi d'une servitude légale de conduite pour raccorder son immeuble à un réseau de chaleur ?
 - Du point de vue du droit public, que penser des autorisations domaniales quasi implicites et de la fréquente absence de toute autorisation de construire relative aux conduites installées sous le domaine public ?
 - Concrètement, quel est le pourcentage de conduites de réseaux qui ne se fondent tout simplement sur aucun titre juridique ? Rien n'empêche en effet l'installation de conduites à titre précaire, voire dans l'ignorance des propriétaires des immeubles les accueillant dans leur sous-sol.

⁶¹ A Genève, l'art. 4 LDPu/GE retient qu'aucun droit réel ne peut être constitué sur le domaine public sans l'accord du Grand Conseil ; à Neuchâtel, l'art. 3 LUP/NE donne la compétence au Conseil d'Etat pour le domaine public cantonal et au Conseil communal pour le domaine public communal.

- Plus fondamentalement, quel sera l'avenir des questions juridiques portant sur l'usage du sous-sol pour l'acheminement de l'énergie ? Les solutions cantonales s'affinent et se testent ; la jurisprudence – tant privée que publique – est pourtant (encore ?) rare.
56. Une chose est sûre néanmoins : tout est fait pour développer rapidement les réseaux thermiques. Cela explique les récentes modifications législatives sur le plan cantonal, avec des solutions différentes et souvent innovantes. Cela explique aussi certaines informalités (absence d'autorisation formalisée, absence d'autorisation de construire, etc.), voire parfois la validation d'un système du « premier arrivé, premier servi » dans l'usage du sous-sol sur un territoire donné.
 57. Faut-il alors prôner l'application de l'adage « il ne faut pas confondre vitesse et précipitation », ou, au contraire, laisser place à un certain pragmatisme – malaisant pour les juristes que nous sommes, afin de ne pas couper dans son élan le développement d'un système en plein essor ?

Bibliographie

BERNARD FRÉDÉRIC, L'indemnisation du propriétaire en cas d'ouvrage souterrain, in : La sphère privée du propriétaire, Genève/Zurich/Bâle 2019, p. 95 ss

CARREL MATTHIEU, Le régime du sous-sol en droit suisse, thèse Fribourg, Zurich 2015

CHAIX FRANÇOIS, La responsabilité civile du propriétaire de bâtiment, in : Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier, Genève/Zurich/Bâle 2007, p. 41 ss

EGGS RAPHAËL, Les « autres préjudices » de l'expropriation – l'indemnisation au-delà du modèle fondé sur la valeur vénale, thèse Fribourg 2013

HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Leitungsdienstbarkeiten im Sinn von Art. 676 ZGB, in : Dienstbarkeiten, Referate der Luzerner Weiterbildungsveranstaltung vom 13. September 2016, Lucerne 2017, p. 55 ss

JEANNERAT ELOI, Art. 19-20 LAT, in : Aemisegger Heinz/Moor Pierre/Ruch Alexander/Tschannen Pierre (édit.), Commentaire pratique LAT : Planifier l'affectation, Zurich 2016

LORENZI PATRIZIA/GURNER PETER, Die dingliche Absicherung von Energieversorgungs- und Contractinganlagen, in : Dienstbarkeiten im Wandel – von « Weg und Steg » zum Energie-Contracting, Berne 2014

MARCHAND SYLVAIN, Art. 667-678, 793-811 CC, in : Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte/Piotet Denis (édit.), Code civil II. Commentaire romand, Bâle 2016 (cité : CR CC II-MARCHAND)

MARTIN-RIVARA IRÈNE, La servitude de passage nécessaire, thèse Genève, Zurich 2021

MEIER-HAYOZ ARTHUR, Grundeigentum II, Berner Kommentar, vol. IV 1.3, 3^e éd., Berne 1967-1975 (cité : BK-MEIER-HAYOZ)

MOOR PIERRE/BELLANGER FRANÇOIS/TANQUEREL THIERRY, Droit administratif, vol. III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat, 2^e éd., Berne 2018

MOOSER MICHEL, Art. 942-977 CC, in : Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Piotet Denis (édit.), Code civil II. Commentaire romand, Bâle 2016 (cité : CR CC II-MOOSER)

PIOTET DENIS, Art. 680-712 CC, in : Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Piotet Denis (édit.), Code civil II. Commentaire romand, Bâle 2016 (cité : CR CC II-PIOTET)

PIOTET DENIS, A qui appartiennent les conduites sur le fonds d'autrui ?, RNRF 91/2010, p. 341 ss (cité : PIOTET, Conduites)

POLTIER ETIENNE, Géothermie et propriété privée, in : La sphère privée du propriétaire, Genève/Zurich/Bâle 2019, p. 75 ss

POLTIER ETIENNE/PIOTET DENIS, La marge d'autonomie du législateur cantonal dans l'exploitation de la géothermie, RDS 134/2015 I p. 468 ss

PRADERVAND-KERNEN MARYSE, La valeur des servitudes foncières et du droit de superficie, thèse Fribourg, Zurich 2007

REY HEINZ/STREBEL LORENZ, Art. 664-712 CC, in : Geiser Thomas/Wolf Stephan (édit.), Zivilgesetzbuch II. Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2019 (cité : BSK ZGB II-REY/STREBEL)

SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 5^e éd., Zurich 2017

STEINAUER PAUL-HENRI, Art. 655-666a CC, in : Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Piotet Denis (édit.), Code civil II. Commentaire romand, Bâle 2016 (cité : CR CC II-STEINAUER)

STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome II, 5^e éd., Berne 2020 (cité : STEINAUER, Droits réels, tome II)

WERMELINGER AMÉDÉO/PFÄFFLI ROLAND, Obligations accessoires et charges d'entretien relatives aux servitudes – le bénéficiaire tire-t-il le gros lot ?, Le notaire bernois 2022, p. 383 ss

ZEN-RUFFINEN PIERMARCO, L'équipement des terrains en zone à bâtir, La priorité du droit public et les rapports entre le droit public fédéral, cantonal et communal, in : Mélanges en l'honneur de Pierre Moor, Berne 2005

ZEN-RUFFINEN PIERMARCO/GUY-ECABERT CHRISTINE, Aménagement du territoire, construction, expropriation, Berne 2001

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Le traitement de l'énergie en droit de la construction, in : La propriété immobilière face aux défis énergétiques, Genève/Zurich/Bâle 2019, p. 95 ss

Le contracting énergétique

par

David Sifonios

Docteur en droit, avocat, Lausanne¹

I. Introduction.....	183
II. Le modèle du contracting	183
A. Contracting et réseaux de distribution	183
B. Les avantages du contracting	186
III. Le contrat de contracting	188
A. La notion.....	188
B. Les parties au contrat	191
C. Les obligations du contracteur	192
1. Fournir l'énergie	192
2. Construire les installations et produire l'énergie.....	194
3. Obligations accessoires et complémentaires	194
D. Les obligations du preneur d'énergie	195
1. Payer le prix.....	195
2. Accepter l'énergie	195
3. Obligations accessoires.....	196
E. La vie et la fin du contrat	196
1. La durée du contrat.....	196
2. L'inexécution du contrat	198

¹ L'auteur remercie vivement Sandra Pereira pour les fructueux échanges au sujet de la présente contribution.

3. La résiliation anticipée pour justes motifs	200
4. La fin ordinaire du contrat	202
IV. La problématique du report des coûts sur les utilisateurs finaux	202
A. Propriété par étages.....	202
B. Bâtiments locatifs.....	204
1. Le contracting thermique et l’art. 6a OBLF	204
2. Le contracting photovoltaïque	211
a) L’article 16 OEne	211
b) La règle particulière de l’art. 16 al. 2 ^{bis} OEne	216
c) L’article 6b OBLF	218
V. Conclusions	220
Bibliographie	221

I. Introduction

1. Le contracting énergétique est un modèle novateur d'approvisionnement des bâtiments en énergie thermique ou électrique. L'énergie est produite localement par un prestataire puis vendue au propriétaire foncier. En Suisse, le contracting thermique s'est développé d'abord dans la partie alémanique du pays, puis également en Romandie. Depuis quelques années, le droit fédéral a été modifié pour permettre la consommation, directement sur le lieu de production, de l'énergie électrique produite localement. Cette évolution a notamment permis le développement du contracting électrique (photovoltaïque notamment).
2. De tels modèles de contracting thermique ou électrique sont devenus courants en matière de développement de nouveaux projets immobiliers, y compris à l'échelle de quartiers entiers, mais permettent également de répondre à des besoins de rénovations et de transformation des bâtiments.
3. Dans la mesure où le contracting énergétique est la plupart du temps lié à la construction d'installations de production d'énergies renouvelables, ce modèle peut jouer un rôle dans la transition énergétique et la décarbonation du secteur du bâtiment, qui nécessitent des efforts et des investissements considérables.
4. Cette contribution vise à présenter les caractéristiques et les avantages du modèle du contracting. Elle commente ensuite les éléments fondamentaux que l'on retrouve dans les formes classiques de contrats de contracting. Elle analyse enfin en détail les questions juridiques relatives au report des coûts du contracting sur les utilisateurs finaux de l'énergie, en particulier lorsqu'il s'agit de locataires, tant pour l'énergie thermique que pour l'énergie électrique.

II. Le modèle du contracting

A. Contracting et réseaux de distribution

5. L'approvisionnement en énergie thermique et électrique d'un propriétaire foncier peut provenir de plusieurs sources : d'un réseau

de distribution (électricité, chauffage à distance, gaz, etc.), d'installations de production dont il est propriétaire (chaudière d'immeuble, pompe à chaleur, installation photovoltaïque) ou d'installations qu'un tiers construit sur place afin de fournir le propriétaire en énergie.

6. Ce dernier modèle est celui du contracting énergétique. Dans un tel contrat, un prestataire de service (le contracteur) s'engage à fournir de l'énergie thermique ou électrique à un tiers et à concevoir, financer, construire, entretenir et exploiter les installations nécessaires à la production de cette énergie et dédiées aux besoins du client, directement sur le lieu de consommation ou à proximité².
7. Ainsi, le contracteur construit sur place les installations de production d'énergie utilisées pour approvisionner le client et il en conserve la propriété et la responsabilité tout au long de la durée du contrat. Comme pour l'énergie provenant du réseau de distribution, l'énergie fournie par le contracteur est livrée à un point de fourniture dans le bâtiment (p. ex. échangeur de chaleur ou tableau électrique). La distribution de l'énergie à l'intérieur du bâtiment, à partir du point de fourniture, est ensuite de la responsabilité du propriétaire foncier, qui reste responsable de construire le circuit thermique interne (radiateurs, chauffage au sol, distribution d'eau chaude sanitaire) et les installations électriques intérieures.
8. Le modèle du contracting présente à la fois des similitudes et des différences par rapport à la fourniture d'énergie par le biais d'un réseau de distribution.
9. En matière de fourniture d'énergie thermique, le contracting et le chauffage à distance ont pour objet la fourniture du même livrable, l'énergie thermique³. Dans les deux cas, l'énergie est fournie avec un prix global comprenant tous les frais et risques. Comme pour le contracting, en cas de chauffage à distance, le prestataire est propriétaire et responsable des installations jusqu'au point de fourniture convenu contractuellement (circuit primaire), le propriétaire du bâtiment étant ensuite propriétaire et responsable

² Pour plus de détails, voir ci-dessous, III/A.

³ A propos du chauffage à distance, voir p. ex. DÉFAGO GAUDIN/BEURET, p. 529 ss.

des installations de distribution internes au bâtiment (circuit secondaire).

10. Le contracting et le chauffage à distance se distinguent toutefois sur divers aspects. Le chauffage à distance se fonde en principe sur un système ouvert, qui permet le raccordement de nouveaux clients (sous réserve de contraintes techniques comme la puissance disponible) et peut se développer géographiquement pour atteindre de nouveaux quartiers ou bâtiments. À l'inverse, le contracting est en principe un modèle fermé, avec un cercle de clients prédéfinis, qui bénéficient d'installations de production dédiées à leurs seuls besoins. Dans le cas du chauffage à distance, le fournisseur peut ainsi acquérir de nouveaux clients pour leur vendre l'énergie produite par ses centrales. À l'inverse, le contracteur ne traite qu'avec un cercle limité de clients, dont il dépend pour assurer l'amortissement des investissements consentis et auxquels il transmet en principe la propriété des installations de production au terme du contrat (ce qui n'est bien sûr pas le cas pour le chauffage à distance). Au vu des caractéristiques respectives de ces deux modèles, les conditions contractuelles des deux modèles se différencient sur certains points, en particulier s'agissant de la durée du contrat et des possibilités de résiliation, qui peuvent être plus flexibles dans le cas du chauffage à distance que dans le cas du contracting. De plus, vu le caractère ouvert des réseaux de chauffage à distance et le nombre important de clients raccordés, la fourniture d'énergie est réglée en principe par des instruments permettant les relations juridiques de masse (conditions générales ou règlement de droit public), alors que le contracting fait en principe l'objet de contrats individuels de droit privé, adaptés aux particularités du projet concerné.
11. En matière de fourniture d'électricité, le contracteur fournit en soi, d'un point de vue physique, le même livrable que l'énergie électrique provenant du réseau de distribution. La différence majeure entre ces deux sources d'approvisionnement en électricité est la possibilité d'exercer le droit à la consommation propre d'électricité produite localement, prévu par le droit fédéral⁴. En effet, cette électricité

⁴ Art. 16 ss LÉne et 14 ss OÉne.

consommée directement sur le lieu de production, sans transiter par le réseau public de distribution, est exonérée des coûts d'acheminement et des taxes sur l'électricité, qui doivent sinon être payés lorsque l'énergie est soutirée du réseau. Le droit à la consommation propre n'est toutefois pas lié à la propriété des installations de production d'électricité, qui peuvent appartenir au propriétaire foncier ou à un tiers (contracteur).

B. Les avantages du contracting

12. Un premier avantage du contracting est la possibilité pour le propriétaire d'un immeuble de *déléguer* à un tiers la gestion de l'ensemble des aspects techniques, en matière de conception, de dimensionnement, de construction, d'exploitation et de maintenance des installations de production d'énergie. Le propriétaire peut ainsi exiger de son prestataire le produit fini – l'énergie – sans avoir à se soucier de l'ensemble des questions liées à la production de celle-ci. De plus, selon la taille des bâtiments à approvisionner, les installations peuvent devenir de plus en plus complexes, par exemple lorsqu'il s'agit de définir et de mettre en œuvre un concept d'approvisionnement d'un quartier entier. Cette complexité est alors gérée par un prestataire ayant des compétences et un savoir-faire spécifiques.
13. Un second avantage du contracting pour le propriétaire immobilier est le fait qu'il permet d'*externaliser les risques d'exploitation* sur le contracteur. Dans le modèle classique du contracting, le contracteur assume en effet l'obligation de fournir une quantité d'énergie à un prix fixe pour la durée du contrat. Les coûts de réfection, de réparation ou de remplacement éventuels des installations nécessaires pour remplir ses obligations de fourniture sont à sa charge, respectivement sont compris dans le prix fixé contractuellement. Or ces risques d'exploitation liés à la production d'énergie thermique, ici transférés sur le contracteur, sont traditionnellement assumés par le propriétaire foncier.
14. Le contracting assure donc au propriétaire une visibilité importante sur ses charges récurrentes liées à l'énergie sur la durée du contrat. Le contracteur, lui, assume les risques d'exploitation mais bénéficie en principe d'un savoir-faire et de compétences qui lui permettent

- d'optimiser au mieux la gestion de ces risques, par des mesures d'exploitation ou une stratégie de maintenance adaptées.
15. Troisièmement, le contracting présente des avantages potentiels en termes de *financement*. Il permet d'éviter au propriétaire de financer les investissements initiaux dans les installations de production d'énergie. Ces investissements sont assumés par le contracteur, puis amortis par le biais des charges récurrentes. Ils sont ainsi transférés dans les coûts d'exploitation de l'immeuble, plutôt que dans ses coûts de construction.
 16. A noter que dans les locatifs, le contracting thermique permet par ailleurs de bénéficier des règles spéciales qui lui sont applicables en matière de frais accessoires, en application de l'article 6a OBLF, comme nous le verrons ci-dessous⁵.
 17. De plus, le contracting présente des avantages importants en termes de *gouvernance locale*, dans les projets qui concernent des biens de propriétaires différents. Plusieurs immeubles peuvent en effet être alimentés en énergie par des installations de production communes, par exemple un champ de sondes géothermiques alimentant un réseau local. Dans un tel cas, par défaut, il reviendrait aux propriétaires des différents immeubles de gérer ces infrastructures communes dans le cadre des règles de la copropriété ou de règles contractuelles spécifiquement convenues (p. ex. contrat de société simple). Toutefois, une telle gestion commune, sur plusieurs décennies, peut s'avérer complexe et présenter des difficultés de gouvernance significatives⁶. Le contracting peut être une solution pour éviter ces difficultés, puisqu'une entité unique assume alors le financement et la gestion des installations et garantit la fourniture d'énergie, sans nécessiter de gestion commune par tous les propriétaires.
 18. Enfin, il est également intéressant de relever que le contracting peut être vu comme un instrument susceptible de contribuer aux efforts

⁵ Voir ci-dessous, IV/B, 1.

⁶ Il est par exemple possible que des installations servent à plusieurs PPE et bâtiments locatifs en même temps. La prise de décision et la gestion des installations peut poser des questions délicates dans une telle constellation.

entrepris dans le cadre de la *stratégie énergétique et climatique*. Le Conseil fédéral ambitionne en effet de décarboner entièrement la production de chaleur du parc immobilier suisse d'ici 2050⁷, ce qui représente un défi majeur pour le secteur du bâtiment.

19. La situation actuelle en Ukraine et les sanctions prises ou envisagées dans ce cadre ont par ailleurs également apporté un éclairage particulier sur l'intérêt géopolitique de la transition énergétique, renforçant, si besoin est, les motifs plaçant pour une sortie progressive des énergies fossiles.
20. Or les différents avantages du contracting décrits ci-dessus peuvent faciliter le remplacement d'installations classiques aux énergies fossiles. Cela peut être le cas autant pour des projets individuels (p. ex. pour des propriétaires pour lesquels un financement bancaire présente des difficultés, notamment pour les personnes retraitées propriétaires de maison ou de petits immeubles), que pour des projets d'envergure, par exemple à l'échelle d'un quartier (ou d'un écoquartier). Le contracting constitue un instrument qui peut ainsi s'avérer utile dans la transition énergétique et les efforts considérables qu'elle nécessite.

III. Le contrat de contracting

A. La notion

21. Le contrat de contracting est un contrat innommé, qui ne répond donc pas une définition établie. Le contenu du contrat est donc largement laissé à l'autonomie des parties. Nous présentons donc dans ce chapitre les éléments typiques que l'on retrouve usuellement en pratique dans les contrats de contracting, étant précisé que la formulation de chaque contrat reste déterminante.

⁷ Voir la décision prise par le Conseil fédéral le 28 août 2019, dans le cadre de la ratification de l'Accord de Paris, de parvenir en Suisse à la neutralité carbone (zéro émission nette) en 2050. Voir également OFEN (2020).

22. La doctrine⁸ et, dans une moindre mesure, la jurisprudence cantonale⁹, ont esquissé les contours de ce type de contrat. Le contrat de contracting peut être défini comme le contrat par lequel un prestataire de service (le contracteur) s'engage à fournir de l'énergie thermique (chaleur et/ou froid) ou électrique à un client (le preneur d'énergie) et à concevoir, financer, construire, entretenir et exploiter les installations nécessaires à la production de cette énergie, directement sur le lieu de consommation ou à proximité. En principe, le contrat de contracting a la particularité d'être conclu pour une longue durée, afin de permettre l'amortissement des installations de production d'énergie dans lesquelles le contracteur a investi.
23. Le contrat de contracting comprend donc usuellement trois éléments essentiels :
- l'engagement du contracteur de fournir de l'énergie pendant la durée du contrat (qui correspond en principe à la durée de vie des installations de production) ;
 - l'engagement du contracteur de produire cette énergie, par des installations de production dédiées qu'il se charge de construire et dont il conserve la propriété et la responsabilité ;
 - l'engagement du preneur d'énergie d'en payer le prix.
24. La qualification juridique du contrat de contracting dépend de ces éléments essentiels mais également de la nature juridique de l'objet de sa prestation principale, à savoir l'énergie. Selon la jurisprudence, l'énergie électrique est une force naturelle susceptible d'appropriation au sens de l'art. 713 CC¹⁰. Les règles sur la propriété mobilière lui sont donc applicables. L'énergie sous forme de chaleur

⁸ BRANDNER, p. 1518 ; ALVAREZ, p. 135 ; SPIRIG, mp 2002, p. 141 ; BÄTTIG, p. 163 ; SVIT-K, p. 157 ; SIMONA, N 9 ss.

⁹ *Obergericht* de Soleure du 19 avril 2002, mp 2002, p. 216, cons. 3a.

¹⁰ ATF 48 II 366, cons. 2. A noter que l'art. 713 CC exige encore que les forces naturelles ne soient pas « comprises dans les immeubles », ce qui peut être le cas de concessions faisant l'objet de droits distincts et permanents ou de sources, qui sont compris dans le bien-fonds où elles jaillissent (CR-PANNATIER-KESSER, art. 713 CC N 25).

doit également être considérée comme une force naturelle au sens de cette disposition¹¹ et être traitée comme une chose mobilière. Ainsi, de manière générale, un contrat (classique) de fourniture d'énergie est un contrat de vente mobilière¹².

25. Le contracting énergétique va toutefois plus loin qu'un contrat de fourniture d'énergie classique, puisqu'il implique, en sus de l'obligation de livrer l'énergie, le devoir de produire l'énergie en construisant les installations de production dédiées et de les exploiter et les entretenir sur leur durée de vie. Sur ce point, le contracting diffère d'un contrat de fourniture de chaleur par un réseau de chauffage à distance, qui peut être résilié avec des délais de préavis plus courts et qui n'est pas lié à des installations de production dédiées.
26. Dans un contracting, les installations de production sont construites en principe dans les locaux du preneur d'énergie ou à proximité. En matière d'énergie thermique, la localisation exacte des installations de production dépend essentiellement de critères techniques (une distanciation impliquant des pertes thermiques) et organisationnels (p. ex. si des installations alimentent plusieurs bâtiments ou non)¹³. S'agissant du contracting photovoltaïque, la localisation des installations de production est indirectement impactée par la législation fédérale sur l'énergie, puisque les avantages de la consommation propre¹⁴ ne sont octroyés qu'à la condition que le réseau public de distribution ne soit pas utilisé entre l'installation de production et le lieu de la consommation (art. 14 al. 3 OEne).

¹¹ Dans ce sens, voir CR CC II-PANNATIER-KESSER, art. 713 CC N 26.

¹² ATF 76 II 103, cons. 5 ; ATF 48 II 366, cons. 2 ; CR CC II-PANNATIER-KESSER, art. 713 CC N 26 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 184 CO N 7 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 471.

¹³ Voir aussi ci-dessous, IV/B, 1, à propos de la notion de « centrale extérieure » de l'art. 6a OBLF.

¹⁴ L'énergie produite et consommée sur place est exonérée des coûts d'acheminement de l'électricité via le réseau public de distribution et des taxes sur l'électricité. C'est ce que l'on désigne par consommation propre ou autoconsommation.

L'extension d'une consommation propre à des parcelles voisines est également encadrée par les conditions fixées par le droit fédéral¹⁵.

27. Au vu des éléments caractéristiques d'un contracting énergétique, le contrat de contracting doit être qualifié de contrat innommé. Cela étant, la prestation liée à la fourniture d'énergie en tant que telle est proche d'une prestation de vente. Selon l'accord des parties, il n'est donc pas exclu qu'un juge retienne que les règles du code des obligations en matière de contrat de vente puissent être prises en compte pour les aspects du contrat qui s'y apparentent¹⁶. Nous y reviendrons dans l'examen détaillé des prestations des parties¹⁷.

B. Les parties au contrat

28. En soi, toute personne physique ou morale peut assumer le rôle de contracteur. En pratique, ce rôle est toutefois assumé par un spécialiste disposant d'une expérience et de compétences spécifiques. Le contracteur doit en effet être en mesure d'assumer les risques liés à l'engagement de fournir des prestations à un prix intégré et fixe sur la longue durée du contrat. Cela nécessite notamment un savoir-faire particulier en matière de chiffrage de l'ensemble des coûts et risques sur la durée du contrat et d'optimisation des coûts d'exploitation des installations sur leur durée de vie.
29. Le preneur d'énergie est usuellement le propriétaire du bâtiment approvisionné. S'il s'agit d'une PPE, le contrat peut être conclu avec la communauté des propriétaires d'étage (art. 712l CC). En effet, les installations de production d'énergie servent en principe à tous les copropriétaires¹⁸ et un contrat de contracting énergétique se

¹⁵ Selon l'art. 14 al. 2 OÉne, les terrains contigus dont au moins un est adjacent à la propriété sur laquelle se trouve l'installation de production peuvent bénéficier de la consommation propre. Il faut toutefois que toutes les autres conditions fixées aux articles 14 et 15 OÉne soient remplies.

¹⁶ De manière générale, voir TERCIER/BIERI/CARRON, N 320 ss.

¹⁷ Voir ci-dessous, lettres C et D.

¹⁸ Et seraient donc une partie commune (art. 712b al. 2 ch. 3 CC) si ce n'était pas le contracteur qui en était propriétaire. Pour la même raison, c'est aussi logiquement

rapporte donc à la gestion de la PPE. Puisque la communauté des propriétaires d'étage peut s'engager en son nom pour les contrats qui se rapportent à la gestion de la sphère commune de la PPE¹⁹, elle peut conclure elle-même un contrat de contracting en lien avec l'approvisionnement en énergie des copropriétaires.

30. Dans le cadre de la liberté contractuelle, il peut en soi également être convenu que le contrat de contracting soit conclu entre le contracteur et les consommateurs finaux de l'énergie, par exemple des propriétaires d'étage ou des locataires. Ce genre de configuration nécessite toutefois une gestion administrative significative pour céder le contrat en cas de changement de consommateur final (p. ex. déménagement). Un tel système nécessiterait par ailleurs en principe une responsabilité subsidiaire du propriétaire ou de la copropriété en cas de locaux vacants (la partie fixe du prix étant due indépendamment de toute consommation)²⁰. Enfin, dans les bâtiments locatifs, un tel système est surtout adapté pour la fourniture d'électricité, qui est à notre avis indépendante du bail (frais de consommation)²¹. En matière de chauffage et d'eau chaude, qui constituent des frais accessoires selon l'art. 257b CO, un paiement direct par le locataire peut éventuellement être convenu par les parties²² mais ce système est peu répandu en pratique en matière de contracting.

C. Les obligations du contracteur

1. Fournir l'énergie

31. L'obligation principale du contracteur est de fournir l'énergie, ce qui implique l'engagement de la livrer et d'en transférer la propriété. Le transfert a lieu par la mise à disposition de l'énergie au point de fourniture défini dans le contrat, qui se situe en principe dans

la communauté des propriétaires d'étage qui en deviendra propriétaire au terme du contrat, si un transfert de propriété est prévu (voir ci-dessous, III/E, 4).

¹⁹ Voir p. ex. WERMELINGER, particulièrement art. 712I CC N 7, 69 ss et 145 s.

²⁰ Pour plus de détails, voir III/D, 1 ci-dessous.

²¹ Pour plus de détails, voir IV/B, 2, a et c ci-dessous.

²² BIERI, CPra, art. 257a/257b CO N 34.

l'immeuble approvisionné, à l'intersection entre les installations du contracteur et celles du preneur d'énergie. Dès que l'énergie se trouve dans les installations de ce dernier (p. ex. circuit secondaire pour l'énergie thermique, tableau de distribution pour l'électricité), il exerce une maîtrise de fait sur l'énergie, ce qui entraîne le transfert de possession (art. 922 al. 1 CC) et le transfert de propriété (art. 714 al. 1 CC). Le fait que l'énergie soit livrée au point de fourniture situé dans l'immeuble implique que la dette est portable, le lieu d'exécution étant identique au lieu de destination²³.

32. Cette obligation principale s'apparente à celle d'un contrat de vente à livraisons successives²⁴. Toutefois l'obligation de construire et d'entretenir les installations de production dédiées sur une longue période (correspondant en principe à leur durée de vie), tout en conservant leur propriété, va au-delà des obligations d'un contrat de vente.
33. Vu la nature de l'obligation principale, on peut malgré tout se poser la question de savoir si les règles de l'art. 185 CO en matière de transfert des risques pourraient être applicables, fût-ce par analogie. Selon cette disposition, les profits et les risques de la chose passent à l'acquéreur dès la conclusion du contrat, sauf les exceptions résultant de circonstances ou de stipulations particulières. Le contrat peut donc très bien prévoir que les risques sont transférés au preneur d'énergie au moment du transfert de propriété, soit lors de la mise à disposition de l'énergie au point de fourniture. Toutefois, même en l'absence d'une telle clause, le modèle du contracting implique que le contracteur assume les risques d'exploitation, sauf stipulation contraire. Il s'agit à notre avis de « circonstances particulières », qui impliquent que le preneur d'énergie ne saurait assumer des risques liés à l'énergie qui surviendraient antérieurement au transfert de propriété.

²³ Voir p. ex., à propos du contrat de vente, TERCIER/BIERI/CARRON, N 544.

²⁴ Dans le même sens, BRANDNER, p. 1519.

2. Construire les installations et produire l'énergie

34. Le contracteur a également l'obligation de produire l'énergie sur place ou à proximité pendant toute la durée du contrat, par des installations dédiées.
35. C'est ainsi que le contracteur doit concevoir, financer et construire les installations de production qui serviront à l'approvisionnement du bâtiment et dont il restera propriétaire. Il doit ensuite, tout au long de la durée du contrat, les exploiter et les entretenir, voire les remplacer si nécessaire, si elles ne sont plus en mesure de produire l'énergie requise.
36. En matière de conception et de construction des installations, même s'il s'agit ici de la réalisation d'un ouvrage, le contracteur en reste propriétaire jusqu'au terme du contrat, ce qui différencie le contracting du contrat d'entreprise. Si un transfert de propriété est prévu au terme du contrat, il intervient alors que les installations sont proches de leur fin de vie.
37. Quant aux prestations relatives à l'exploitation et la maintenance des installations, elles se rapprochent de prestations qui pourraient être fournies dans le cadre d'un contrat d'entretien²⁵. Ce qui différencie le contracting du contrat d'entretien est que le preneur d'énergie n'a pas de prétention indépendante pour demander l'exécution des prestations d'entretien. Le contracteur est ainsi libre de définir sa stratégie de maintenance (notamment dans une recherche d'optimisation des coûts). Toutefois, si un défaut d'entretien empêche ou restreint la fourniture d'énergie, le contracteur devra en répondre envers le preneur d'énergie au titre du contrat.

3. Obligations accessoires et complémentaires

38. Le contracteur assume d'autres obligations accessoires nécessaires à la bonne exécution du contrat (assurance, etc.). Par ailleurs, les parties peuvent convenir que le contracteur assume des obligations complémentaires, notamment en matière de prestation de mesure

²⁵ A propos du contrat d'entretien, voir p. ex. TERCIER/BIERI/CARRON, N 3549.

individuelle de la consommation d'énergie et de décomptes d'énergie entre les utilisateurs finaux.

D. Les obligations du preneur d'énergie

1. Payer le prix

39. L'obligation principale du preneur d'énergie est d'en payer le prix. La rémunération du contracteur peut être soit fixe, avec un montant à verser périodiquement, soit variable, en fonction de la consommation.
40. Une rémunération fixe donne une visibilité importante au contracteur sur la durée du contrat. Elle exclut en revanche tout effet incitatif sur la consommation d'énergie et la sollicitation sur les installations de production. Pour le preneur d'énergie, la rémunération fixe est intéressante si sa consommation effective est égale ou supérieure aux estimations faites au moment de la conclusion du contrat. Elle est en revanche peu favorable si sa consommation effective est inférieure aux estimations.
41. Inversement, la rémunération variable permet de garantir un effet incitatif en matière de consommation d'énergie mais comporte le risque soit que le contracteur ne puisse rentabiliser ses installations (en cas de consommation plus faible que prévu), soit que le preneur d'énergie doive assumer des surcoûts significatifs (si la consommation est plus élevée que prévu).
42. En pratique, il est donc courant que les contrats de contracting prévoient à la fois une part fixe et une part variable dans la rémunération du contracteur.
43. Le contrat étant conclu pour de longues durées, il est usuel de prévoir des clauses d'indexation au moins partielle du prix.

2. Accepter l'énergie

44. Le preneur d'énergie a l'obligation d'accepter l'énergie fournie. Dans ce contexte, le devoir d'acceptation implique notamment divers actes préparatoires, en particulier la construction des installations de distribution d'énergie à l'intérieur du bâtiment (dont

le propriétaire de l'immeuble conserve la propriété et la responsabilité), leur mise en service, dans des délais conformes au planning convenu contractuellement, et leur entretien tout au long de la durée du contrat.

3. Obligations accessoires

45. Le preneur d'énergie a enfin diverses obligations accessoires dont les contours sont en principe définis contractuellement. Il s'agit notamment de mettre à disposition les espaces nécessaires à la construction et l'exploitation des installations de production (p. ex. emplacements pour les sondes géothermiques ou les conduites, toiture pour les panneaux photovoltaïques, local technique, etc.).
46. Afin de garantir la séparation de la propriété du contracteur et du propriétaire foncier et d'assurer les droits nécessaires à l'exécution du contrat, les parties conviennent en principe de contrats de servitude en lien avec les droits et obligations précités. Ces servitudes visent notamment à garantir que le contracteur reste propriétaire des installations de production (sondes géothermiques, conduites entre les sondes et le local technique, panneaux solaires, etc.), qu'il ait le droit de les maintenir en place et qu'il dispose de tous les droits d'accès nécessaires à leur construction, leur exploitation et leur entretien.

E. La vie et la fin du contrat

1. La durée du contrat

47. Une particularité du contrat de contracting est sa longue durée, typiquement entre 20 et 30 ans. Or la question de la validité d'un engagement de (très) longue durée peut soulever des interrogations en lien avec l'art. 27 CC. Cette disposition exclut les engagements excessifs. Selon la jurisprudence, des contrats conclus pour l'éternité²⁶ ou pour une durée excessive sont contraires à cette

²⁶ Voir p. ex. ATF 113 II 209 (engagement de fournir de l'eau « à titre perpétuel ») ; ATF 97 II 390 (contrat de livraison d'énergie).

disposition, voire au principe de la bonne foi de l'article 2 CC²⁷. Des contrats de longue durée restent bien sûr possibles mais l'engagement ne doit pas paraître excessif, au vu de l'obligation assumée et de l'objet de la restriction²⁸. La jurisprudence n'a pas établi de critères clairs de durées admissibles²⁹. Cela étant, le Tribunal fédéral s'est parfois référé au critère de l'amortissement. C'est ainsi que dans une affaire relative à un contrat portant sur un engagement de fournir de l'eau « à titre perpétuel », il a relevé qu'au moment de la dénonciation du contrat, 63 ans après sa conclusion, les investissements étaient entièrement amortis depuis plus de 22 ans³⁰.

48. Dans le cas du contracting, la longue durée du contrat s'explique notamment par la nécessité pour le contracteur de pouvoir amortir ses installations. La durée du contrat correspond donc en principe à une durée usuelle d'amortissement des installations concernées. De cette manière, le contracteur peut amortir ses investissements initiaux et le preneur d'énergie peut bénéficier d'un prix constant sur toute la durée de vie des installations. Dans la mesure où le critère de l'amortissement a été pris en compte par la jurisprudence en matière de durée admissible de contrats³¹, nous sommes d'avis que tant que la durée d'un contrat de contracting est en lien avec la durée d'amortissement des installations utilisées pour son exécution, l'engagement des parties de se lier contractuellement pour une telle durée est valable et ne saurait être considéré comme contraire à l'art. 27 CC.
49. Au cours de la longue durée de vie du contrat, différentes circonstances particulières qu'il est utile de régler à l'avance peuvent

²⁷ ATF 114 II 159.

²⁸ ATF 114 II 149, cons. 2a.

²⁹ La doctrine a fait certaines suggestions pour établir une casuistique : voir notamment CR CC I-MARCHAND, art. 27 CC N 56 et les références citées. On peut aussi relever qu'en matière immobilière l'art. 788 al. 1 ch. 2 CC permet de demander le rachat d'une charge foncière 30 ans après son établissement, même si elle a été conclue pour une durée plus longue ou déclarée irrachetable.

³⁰ ATF 113 II 209, cons. 4a. Voir aussi l'ATF 114 II 159, dans lequel le Tribunal fédéral a ramené la durée d'un contrat perpétuel à 20 ans, en se fondant sur une logique d'amortissement de 5% l'an prévue dans le contrat.

³¹ ATF 113 II 209 ; ATF 114 II 159.

survenir. Parmi celles-ci, l'on peut notamment mentionner le cas où la propriété du bâtiment approvisionné est cédée à un tiers. En raison de la relativité des contrats, l'acquéreur de l'immeuble ne sera pas automatiquement lié au contrat de contracting. Il est donc utile de prévoir contractuellement une obligation de transfert du contrat à tout acquéreur de la propriété de l'immeuble.

50. Une autre clause générale qui peut s'avérer judicieuse concerne l'engagement des parties à adapter le contrat en cas de changement de circonstances, notamment en matière d'évolution de la législation et de la jurisprudence. Nous verrons en effet que la question du report des frais d'un contracting thermique ou électrique sur les locataires ne fait pas encore l'objet de jurisprudences établies. Selon l'évolution future de la pratique en la matière, des adaptations du contrat pourraient s'avérer nécessaires, notamment si elle remet en cause l'équilibre des prestations.

2. L'inexécution du contrat

51. Dans la mesure où le contracteur reste propriétaire des installations, il ne fournit pas, en tant que tel, de garantie contre les défauts de ses propres installations de production (en tant qu'ouvrage). En revanche, il garantit la fourniture d'énergie (dans les limites des brèves interruptions inévitables, qui peuvent faire l'objet de clauses contractuelles spécifiques, p. ex. en matière de délai d'intervention). Le contracteur peut donc se trouver en situation d'inexécution (partielle) de ses obligations s'il n'est pas en mesure de fournir l'énergie de manière conforme au contrat.
52. L'absence de fourniture d'énergie est un cas classique d'inexécution du contrat, pour lequel le contracteur peut engager sa responsabilité contractuelle et devoir indemniser le preneur d'énergie à hauteur de son intérêt positif. Vu la nature et le contenu du contrat de contracting, une telle inexécution ne justifiera en principe pas une résiliation du contrat. En effet, si l'on applique par analogie les règles de la vente à livraisons successives, la demeure du vendeur ne

porte en principe que sur la livraison en souffrance³². Ainsi, une résiliation du contrat ne serait possible que dans des situations particulièrement graves, en lien avec la capacité du contracteur à exécuter correctement le contrat dans le futur³³ et qui répondraient par hypothèse à la définition des justes motifs³⁴. En pratique, il est courant que les parties au contrat de contracting prévoient des délais d'interventions en cas de restriction ou suspension de la fourniture d'énergie, voire des modalités d'indemnisation dans l'éventualité où ces délais ne peuvent être respectés.

53. S'agissant d'une fourniture d'énergie qui ne présente pas les qualités convenues, par exemple lorsque la chaleur n'a pas la température garantie contractuellement, cela peut constituer juridiquement un défaut, si l'on applique par analogie les dispositions relatives au contrat de vente. Les règles générales en la matière prévoient, en cas de défaut de la chose vendue, la possibilité pour l'acheteur soit de résilier le contrat (ou plus exactement de résoudre le contrat³⁵), soit de réclamer une réduction du prix (art. 205 al. 1 CO). Dans le contexte du contracting, une résolution du contrat devrait la plupart du temps être exclue³⁶. En effet, d'une part la résolution du contrat doit apparaître justifiée par les circonstances (art. 205 al. 2 CO), ce qui semble difficile lorsque les parties se sont engagées contractuellement sur une très longue durée et que le contracteur peut techniquement régler le problème pour l'avenir. D'autre part, le preneur d'énergie va en principe continuer à utiliser l'énergie malgré ses défauts (p. ex. l'eau chaude ayant une température inférieure à la température contractuelle n'en devient pas inutilisable), ce qui est également une raison d'exclure la résolution

³² Dans le cas du contracting, voir BRANDNER, p. 1519. En général, voir TERCIER/BIERI/CARRON, N 577.

³³ BRANDNER, p. 1519.

³⁴ Voir ci-dessous III/E, 3.

³⁵ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 CO N 9 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 763.

³⁶ Dans le même sens, BRANDNER, p. 1519.

du contrat³⁷. Enfin, le contrat de contracting est en principe un contrat de durée déterminée, dont une résiliation anticipée ne devrait être possible que pour de justes motifs, qui nécessitent des circonstances exceptionnelles³⁸.

54. Par contre, le preneur d'énergie conserve probablement la possibilité de demander une réduction du prix, en appliquant le droit de la vente par analogie, pour autant que le défaut engendre une moins-value³⁹. De plus, le preneur d'énergie devrait pouvoir agir en réparation d'un éventuel dommage consécutif au défaut, sur la base de l'action générale en dommages-intérêts (art. 97 CO)⁴⁰. Dans un locatif, cela peut être le cas par exemple en lien avec une obligation de baisse de loyer (art. 259d CO), voire d'indemnisation d'un locataire pour le dommage subi (art. 259e CO)⁴¹. En pratique, les contrats de contracting prévoient souvent des clauses de limitation de cette responsabilité.

3. La résiliation anticipée pour justes motifs

55. Vu la longue durée d'un contrat de contracting, l'éventualité d'une résiliation anticipée pour justes motifs ne peut pas être exclue. En effet, certaines circonstances peuvent être de nature à empêcher la continuation de la relation contractuelle, en particulier si l'une des parties viole de façon grave ou répétée ses obligations essentielles. Il est donc usuel pour les parties de régler l'éventualité d'une résiliation anticipée dans le contrat. Cela dit, indépendamment de toute clause contractuelle, la jurisprudence admet que les contrats

³⁷ L'utilisation de la chose malgré ses défauts, sans que cet usage ne vise uniquement à constater le défaut, exclut la possibilité de résoudre le contrat ; voir CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 207 CO N 6 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 772.

³⁸ Voir ci-dessous III/E, 3.

³⁹ Pour plus de détails, voir p. ex. CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 CO N 17 ss.

⁴⁰ La question de savoir si une telle action est fondée sur l'action générale en dommages-intérêts de l'art. 97 CO ou sur l'art. 208 al. 2, 2^e phrase CO est controversée en doctrine (CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Intro. art. 197-210, N 18 et art. 208 CO N 13). Le Tribunal fédéral exclut cette application par analogie (ATF 133 III 335, cons. 2.4.1).

⁴¹ BRANDNER, p. 1519.

de durée peuvent être résiliés de façon anticipée par une partie lorsque de justes motifs rendent l'exécution du contrat intolérable pour elle⁴².

56. En cas de résiliation anticipée pour justes motifs fondée sur une violation du contrat par l'autre partie, la partie qui résilie peut demander la réparation du dommage découlant de cette résiliation, à savoir l'intérêt à l'exécution régulière du contrat jusqu'à son échéance ordinaire⁴³. Sur ce montant, la partie lésée doit imputer les montants qu'elle a pu épargner grâce à l'extinction prématurée du contrat, ainsi que les gains réalisés ou auxquels elle a intentionnellement renoncé ; il est également nécessaire de tenir compte d'une éventuelle faute concomitante de la partie qui résilie⁴⁴. Dans le cas d'un contrat de contracting, établir le montant du dommage et liquider les rapports contractuels peut s'avérer complexe. Le calcul du dommage dépendra notamment de savoir si les installations de production sont cédées au preneur d'énergie ou démantelées. Un tel démantèlement devrait rarement être la solution optimale économiquement. Dans certains cas, il n'est même techniquement pas possible (ou seulement à des coûts disproportionnés), notamment en matière de sondes géothermiques. Lorsque les installations sont laissées en place, le contracteur doit être indemnisé dans tous les cas de la valeur résiduelle des installations. Si c'est lui qui résilie le contrat en raison de la violation du contrat par l'autre partie, il doit par ailleurs être indemnisé de son gain manqué futur, jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat⁴⁵. Dans tous les cas, les parties ont intérêt à prévoir à l'avance dans le contrat les modalités d'indemnisation et de liquidation des rapports contractuels en cas de résiliation anticipée.

⁴² ATF 138 III 304, cons. 7 ; ATF 128 III 428, cons. 3 et les références citées.

⁴³ TF du 31.08.2018, 4A_241/2017, cons. 6.1 ; ZEN-RUFFINEN, N 1329.

⁴⁴ Ibid. ; ZEN-RUFFINEN, N 1329 ss.

⁴⁵ Sous déduction des montants épargnés du fait de la résiliation immédiate, des gains réalisés ou auxquels la partie qui résilie à renoncer. ZEN-RUFFINEN, N 1335 ; CR CO I-THÉVENOZ, art. 97 CO N 34.

4. La fin ordinaire du contrat

57. Au terme de la durée ordinaire du contrat, il est nécessaire de régler notamment le sort des installations de production. Une solution usuellement prévue en pratique est la cession gratuite au preneur d'énergie de la propriété des installations. Celles-ci sont en effet censées être entièrement amorties au terme de la durée ordinaire du contrat. Si ce n'est pas le cas, les parties peuvent bien sûr prévoir le paiement par le preneur d'énergie de la valeur résiduelle.
58. Le transfert de la propriété des installations peut faire penser au contrat d'entreprise, puisque le contracteur réalise un ouvrage, dont il transfère à terme la propriété au propriétaire. Toutefois, ce transfert de propriété intervient à un moment où l'installation est amortie et se trouve en principe en fin de vie ou en est proche, ce qui constitue une différence fondamentale avec le contrat d'entreprise. Le transfert de propriété n'est ici pas le but premier du contrat mais uniquement une modalité de liquidation des rapports contractuels au terme de la durée du contrat.

IV. La problématique du report des coûts sur les utilisateurs finaux

59. La question des conditions auxquelles les coûts facturés par le contracteur peuvent être reportés sur les utilisateurs finaux de l'énergie soulève diverses problématiques juridiques. Il convient en premier lieu de distinguer si les consommateurs finaux sont des propriétaires d'étage (A) ou des locataires (B). Deuxièmement, s'agissant des locataires, la réglementation légale applicable diffère selon qu'il s'agisse de contracting thermique (B/1) ou photovoltaïque (B/2).

A. Propriété par étages

60. Différentes mesures sont utiles pour assurer la possibilité de reporter les coûts d'un contracting sur les propriétaires d'étage et plus généralement pour permettre la mise en œuvre du contracting au sein de la PPE. Il s'agit principalement de prévoir différentes clauses spécifiques dans le règlement de PPE.

61. Premièrement, il peut être nécessaire de reporter sur les propriétaires d'étage différentes conditions prévues dans le contrat de contracting. Les clauses pertinentes peuvent par exemple concerner une éventuelle obligation de s'approvisionner en énergie thermique ou photovoltaïque auprès du contracteur pendant la durée du contrat. Si c'est la communauté des propriétaires d'étage qui s'est engagée vis-à-vis du contracteur, le respect de cet engagement implique de reporter l'obligation sur les copropriétaires. Le but est d'éviter qu'un propriétaire d'étage cherche à installer ses propres installations de production d'énergie ou, s'agissant de la consommation d'électricité, sorte de la consommation propre commune⁴⁶ et demande à être approvisionné directement par le gestionnaire de réseau, ce qui pourrait remettre en cause l'équilibre du *business model* choisi.
62. Un autre aspect important à régler dans le règlement de PPE est la mise en œuvre des dispositions relatives aux frais et charges communs et à leur répartition entre les copropriétaires. Pour les parties, il est plus simple de conclure le contrat avec la communauté des propriétaires d'étage⁴⁷ (même si d'autres solutions peuvent être contractuellement prévues). Cela évite ainsi de multiplier les contreparties et de devoir se soucier du transfert du contrat en cas de vente des lots. Dans tous les cas, s'agissant des frais de l'électricité soutirée du réseau, l'ensemble des copropriétaires doit être traité comme un consommateur final unique par le gestionnaire de réseau (art. 18 al. 1 LENE)⁴⁸. Mais dans tous les cas, il est nécessaire de pouvoir s'assurer que les montants que la communauté des propriétaires d'étage doit payer cas échéant au contracteur puissent ensuite être valablement reportés sur les copropriétaires. Ainsi, il convient de préciser dans ce cas dans le règlement de PPE que les montants facturés par le contracteur sont des frais et charges communs (art. 712h CC).

⁴⁶ Voir notamment l'art. 17 LENE.

⁴⁷ Voir ci-dessus, III/B.

⁴⁸ La PPE peut avoir conclu également un contrat lié à des prestations de décompte proposées à titre de prestation commerciale par un tiers ou par le gestionnaire de réseau, auquel cas la question devra être traitée différemment dans le règlement de copropriété.

63. De plus, le code civil prévoit par défaut que les charges communes sont réparties proportionnellement à la valeur des parts (art. 712h al. 1 CC). Il convient donc (en principe) de prévoir dans le règlement de PPE les dispositions dérogeant à cette règle et prévoyant une répartition en fonction de la consommation. L'utilisation de compteurs individuels de chaleur peut être prescrit par le droit cantonal pour les bâtiments neufs ou en cas de rénovation importante⁴⁹. Les compteurs individuels d'électricité sont quant à eux obligatoires pour tous lots qui seraient mis en location⁵⁰.

B. Bâtiments locatifs

1. Le contracting thermique et l'art. 6a OBLF

64. Dans un bâtiment locatif, les utilisateurs finaux de la chaleur sont les locataires. La question se pose donc de savoir comment et à quelles conditions les coûts d'un contracting thermique peuvent être reportés sur les locataires.
65. La question dépend essentiellement de l'interprétation donnée à l'art. 6a de l'ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme (OBLF). Cette disposition applicable en matière de frais accessoires a été introduite en 1996 et prévoit ce qui suit : « peuvent entrer en ligne de compte les dépenses effectives lorsque le bailleur se fournit en énergie pour le chauffage et l'eau chaude auprès d'une centrale qui est située hors de l'immeuble et qui ne fait pas partie des frais d'équipement de l'immeuble approvisionné. »
66. L'art. 6a OBLF a été introduit notamment pour tenir compte des cas de chauffage à distance⁵¹ et de contracting⁵². Comme nous l'avons exposé, de tels modèles de fourniture de chaleur impliquent

⁴⁹ P. ex. pour le canton de Neuchâtel, voir art. 52 ss du Règlement d'exécution de la loi cantonale sur l'énergie (obligation de compteurs individuels dès cinq unités d'occupation dans un bâtiment à construire ou qui fait l'objet d'une rénovation d'envergure). De nombreux autres cantons ont adopté des prescriptions similaires.

⁵⁰ Puisque les frais d'électricité doivent être mis à charge du locataire « en fonction de la consommation » (art. 16 al. 1 OÉne).

⁵¹ Voir p. ex. BIERI, CPra, art. 257a/257b CO N 70 ; LACHAT et al., p. 418 N 6.10.

⁵² ALVAREZ, p. 135 ; BRANDNER, p. 1517.

qu'un prestataire tiers fournit la chaleur à un prix intégré. Ce prix comprend tous les frais encourus, y compris les frais d'amortissement, d'intérêt et les frais de réfection et de réparation des installations, qui ne peuvent en principe pas être intégrés dans les frais accessoires (art. 6 OBLF). L'art. 6a OBLF constitue donc une exception à ce principe.

67. L'*Obergericht* du canton de Soleure a confirmé en 2002 que le contracting thermique était un cas dans lequel le bailleur s'approvisionnait en énergie thermique auprès d'une centrale extérieure au sens de l'art. 6a OBLF et que le bailleur pouvait dès lors reporter sur le locataire l'ensemble des coûts facturés par le contracteur⁵³. Le tribunal a notamment relevé dans cet arrêt qu'avant l'entrée en vigueur de l'art. 6a OBLF, les coûts d'intérêts et d'amortissement compris dans le prix n'auraient justement pas pu être refacturés au locataire via les frais accessoires mais que la nouvelle disposition permettait désormais de le faire.
68. La doctrine soutient également largement le point de vue selon lequel l'art. 6a OBLF s'applique au contracting énergétique et permet au bailleur de reporter sur le locataire l'entier des montants facturés par le contracteur, quand bien même ceux-ci servent également à couvrir les coûts usuellement exclus des frais accessoires selon l'art. 6 OBLF, notamment l'amortissement et les intérêts⁵⁴.
69. Dans ce sens, dans la notion de « centrale située hors de l'immeuble qui ne fait pas partie des frais d'équipement de l'immeuble approvisionné », l'aspect central concerne les rapports de propriété mais pas la situation géographique des installations. Autrement dit, l'art. 6a OBLF n'exclut pas que la centrale se situe *dans* l'immeuble approvisionné en énergie⁵⁵, tant que c'est un tiers qui en est

⁵³ *Obergericht* de Soleure du 19 avril 2002, mp 2002, p. 216.

⁵⁴ SPIRIG, *Contracting*, p. 143 ; BÄTTIG, p. 165 ss ; DONATO DEL DUCA, p. 9 ; BIERI, *CPra*, N 70 ; SVIT-K, p. 157 ; OBERLE, p. 113 ; SIMONA, N 41.

⁵⁵ *Obergericht* de Soleure du 19 avril 2002, mp 2002, p. 218.

propriétaire⁵⁶. Il ne serait donc pas admis que le contracteur et le propriétaire soient la même entité⁵⁷.

70. Dans la mesure où l'art. 6a OBLF déroge aux règles générales, notamment en matière d'amortissement, la question de l'impact éventuel du contracting thermique sur la fixation du loyer peut se poser.
71. Dans les bâtiments neufs, la problématique ne soulève a priori pas de difficultés significatives. Dans ce cas, les investissements dans les installations de production sont en principe faits par le contracteur et il n'en est donc pas tenu compte dans le loyer net⁵⁸. A noter toutefois que les parties à un contrat de contracting conviennent parfois d'une participation du propriétaire foncier aux investissements initiaux, en contrepartie d'une baisse des coûts récurrents facturés par le contracteur. Dans ce cas, la participation aux investissements consentie par le propriétaire devrait pouvoir être prise en compte pour la fixation du loyer net.
72. La question de l'introduction d'un contracting en cours de bail pose des questions un peu plus complexes.
73. Une première exigence est d'utiliser la formule officielle de notification de nouvelles prétentions, pour le prochain terme, puisque les frais accessoires sont modifiés⁵⁹.
74. Une question qui a également été discutée dans la littérature juridique est de savoir si l'introduction d'un contracting en cours de bail nécessitait en parallèle une baisse du loyer net, puisque l'art. 6a OBLF permet la facturation de certains coûts qui sont sinon compris dans le loyer net. La question est controversée en

⁵⁶ ROHRER, p. 144 ; ALVAREZ, p. 129 ; SPIRIG, Contracting, p. 144 ; SVIT-K, p. 157 ; SIMONA, N 35.

⁵⁷ BIERI, CPra, art. 257a/257b CO N 70 et les références citées.

⁵⁸ Voir p. ex. OBERLE, p. 113 ; SPIRIG, p. 144 ; BÄTTIG, p. 165 s.

⁵⁹ L'*Obergericht* de Soleure a retenu que l'utilisation de la formule officielle était nécessaire en cas d'introduction du contracting en cours de bail. La doctrine va également dans ce sens : OBERLE, p. 113 ; SPIRIG, p. 148 ; BIERI, CPra, art. 257a/257b CO N 70 ; SVIT-K, p. 158 ; voir aussi SIMONA, N 47 ss (plus nuancé). *Contra*, BÄTTIG, p. 170.

doctrine⁶⁰. Certains auteurs font valoir qu'une baisse de loyer serait justifiée, puisque le bailleur bénéficierait selon eux d'une baisse des coûts liés aux investissements dans l'installation de production de chaleur⁶¹. Cette opinion a toutefois été critiquée par d'autres auteurs, qui estiment au contraire que le contracting ne provoque aucune économie de coûts pour le bailleur et ne justifie donc aucune baisse de loyer⁶². Selon eux, le fait de confier la fourniture de chaleur à un tiers ne réduit pas les frais d'équipement de l'immeuble⁶³, puisque les investissements du bailleur restent inchangés et que le contracteur investit en principe dans de nouvelles installations de production. De plus, si le bailleur investissait lui-même dans de nouvelles installations de production de chaleur, il aurait en principe⁶⁴ la possibilité de répercuter tout ou partie des coûts sur le locataire par une hausse de loyer (art. 269a let. b CO), soit à titre de hausse des frais d'entretien (art. 12 OBLF), soit à titre de prestation supplémentaire (art. 14 OBLF)⁶⁵. Ainsi, en cas de contracting, le bailleur doit renoncer à toute hausse de loyer mais en contrepartie le locataire paie le montant (plus élevé) de la chaleur facturé par le contracteur⁶⁶.

75. Le Tribunal fédéral n'a pas encore examiné cette question, ni les exigences liées à la modification des frais accessoires dans le but d'introduire un modèle de contracting.

⁶⁰ SVIT-K, p. 159.

⁶¹ ALVAREZ, p. 135 ; SPIRIG, Contracting, p. 140.

⁶² BÄTTIG, p. 167 ss ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 257-257a CO N 28 (il s'agit de l'édition de 2011 du Commentaire SVIT ; l'édition de 2018 est plus nuancée). SIMONA, N 41, ne se prononce pas spécifiquement sur la problématique de la baisse de loyer et la controverse doctrinale y relative mais relève que les locataires peuvent peut-être être mieux traités en cas de contracting que dans la situation où le bailleur investit lui-même et procède à des augmentations de loyer.

⁶³ BÄTTIG, p. 167.

⁶⁴ En faisant ici abstraction des autres critères à prendre en compte lors du calcul des variations de loyer en vertu de la méthode relative. Ces critères ont toutefois évidemment une grande importance en pratique.

⁶⁵ BÄTTIG, p. 168 s.

⁶⁶ BÄTTIG, p. 169.

76. Il s'est toutefois penché sur la question des règles applicables lorsqu'un bailleur décide de facturer séparément au locataire des frais accessoires jusque-là inclus dans le loyer net. Selon cette jurisprudence, il en résulte une diminution des prestations du bailleur au sens de l'art. 269d al. 3 CO⁶⁷, laquelle peut justifier une diminution proportionnelle du loyer⁶⁸. Selon le Tribunal fédéral, le bailleur doit dans un tel cas, au titre de ses obligations de motivation, indiquer à quels frais accessoires jusque-là inclus dans le loyer correspondent les frais accessoires qui sont dorénavant facturés séparément⁶⁹.
77. La question se pose donc de savoir si cette jurisprudence peut être pertinente en matière d'introduction d'un contracting et, de manière plus générale, dans quel sens il convient de trancher la controverse doctrinale précitée.
78. Cette jurisprudence s'applique au cas dans lequel le bailleur veut facturer au locataire des *frais accessoires* jusque-là compris dans le loyer. Toutefois, en-dehors des cas de contracting ou de chauffage à distance, les frais mentionnés à l'art. 6 OBLF *ne sont justement et par définition pas des frais accessoires*. Le cas de l'introduction d'un contracting est donc différent de ceux qui sont visés par la jurisprudence précitée⁷⁰.
79. La jurisprudence en question n'est donc pas adaptée au contexte spécifique de l'introduction d'un contracting. Dès lors, le régime prévu à l'art. 6a OBLF doit être interprété de manière spécifique, selon la lettre et le sens de cette disposition.
80. Or l'art. 6a OBLF autorise le bailleur à répercuter sur le locataire les « dépenses effectives » liées au contracting. Si l'on retenait que la

⁶⁷ TF du 10.07.2018, 4A_571/2017, cons. 4.1.1.2 ; ATF 137 III 362, cons. 3.2.1.

⁶⁸ TF du 10.07.2018, 4A_571/2017, cons. 4.1.1.2.

⁶⁹ TF du 10.07.2018, 4A_571/2017, cons. 4.1.1.2 ; ATF 137 III 362, cons. 3.2.1 et cons. 3.3.

⁷⁰ La question de l'évolution des frais et charges d'entretien de l'immeuble, qui est l'un des critères utilisés pour la méthode relative de calcul du loyer, est différente. Toutefois, cette question doit être examinée cas échéant dans le cadre de l'art. 270a CO. De plus, tous les frais et charges d'entretien sont alors à prendre en compte, de même que tous les autres critères de la méthode relative. Seuls les frais effectifs des dernières années sont par ailleurs pertinents (analyse *ex post* et pas *ex ante*).

modification des frais accessoires pour introduire le contracting puisse entraîner une baisse du loyer net, cela viderait à notre avis la notion de dépenses « effectives » de sa substance. En effet, cela reviendrait économiquement pour le bailleur à ne pas pouvoir reporter l'entier des coûts du contracting (à savoir les dépenses « effectives ») sur les locataires. Certes, cette difficulté ne se présente pas pour l'introduction d'un contracting dans des bâtiments neufs. Toutefois, une interprétation qui permettrait d'appliquer les avantages du régime spécifique de l'art. 6a OBLF uniquement aux bâtiments neufs serait contraire au but de cette disposition.

81. En effet, avant l'entrée en vigueur de cet article, le droit du bail impliquait des difficultés majeures pour les solutions de contracting. D'une part, un bailleur choisissant une solution de contracting aurait pu maintenir le loyer net mais n'aurait pas pu répercuter sur les locataires l'entier du prix facturé par le contracteur, vu les exigences de l'art. 6 OBLF. Le contracting était donc une solution peu intéressante économiquement par rapport à un investissement direct du bailleur (et les possibilités de hausse de loyer offertes par l'art. 14 OBLF, à hauteur des plus-values apportées). D'autre part, le bailleur était dans tous les cas dans l'incapacité de déterminer précisément quelle partie du prix il était en droit de répercuter sur les locataires conformément aux restrictions de l'art. 6 OBLF, le prix du contracting étant un prix intégré.
82. L'adoption de l'art. 6a OBLF était censée répondre à ces difficultés⁷¹. Ainsi, l'art. 6a OBLF permet de reporter l'entier du prix du contracting sur le locataire à titre de frais accessoires. Toutefois, si l'on exigeait en parallèle une diminution du loyer net, le bailleur se trouverait confronté aux mêmes difficultés qu'avant l'entrée en vigueur de l'art. 6a OBLF. D'une part la solution resterait peu intéressante économiquement par rapport à un investissement direct du propriétaire. D'autre part, la difficulté pratique de calculer la part du prix du contracting qui ne pouvait pas être reportée dans les frais accessoires avant l'adoption de l'art. 6a OBLF serait simplement reportée dans la question du calcul d'une hypothétique baisse de loyer.

⁷¹ Voir ALVAREZ, p. 135 ; BRANDNER, p. 1521.

83. Ainsi, la fonction même de l'art. 6a OBLF est de permettre l'utilisation des solutions de contracting par des conditions-cadres adaptées, ou du moins, de ne pas les décourager par des obstacles économiques et pratiques rédhibitoires.
84. Ce but semble encore plus important aujourd'hui, au vu du contexte de la transition énergétique et de la stratégie climatique, qui impliquent des objectifs extrêmement ambitieux, visant à remplacer en grande partie d'ici 2050 les énergies fossiles par des énergies renouvelables pour les besoins en chaleur des bâtiments⁷². A l'échelle du pays, ces objectifs nécessitent des investissements colossaux dans de nouvelles installations de production d'énergie. Le contracting énergétique est un des instruments qui peut contribuer à répondre à ces défis⁷³, vu notamment ces avantages en termes de financement et de mise en commun d'infrastructures⁷⁴.
85. Enfin, il faut interpréter l'art. 6a OBLF d'une manière conforme au contexte dans lequel il s'intègre. L'introduction d'un contracting est en principe lié à la construction de nouvelles installations de production d'énergie, fonctionnant usuellement grâce aux énergies renouvelables. Conceptuellement, il est ainsi fondamentalement illogique de considérer que la mise en place de nouvelles installations destinées à répondre aux besoins du locataire constitue une diminution des prestations. D'autant plus, comme on l'a dit, que si le bailleur investissait lui-même dans les mêmes installations, on considérerait que les investissements sont en partie au moins des *prestations supplémentaires* justifiant une hausse de loyer (art. 14 OBLF). Il serait incohérent de retenir qu'en raison du financement choisi pour les installations de production, le locataire bénéficie

⁷² Cet objectif est lié à celui de parvenir à la neutralité carbone (zéro émission nette) d'ici 2050, décidé par le Conseil fédéral le 28 août 2019 dans le cadre de la ratification de l'Accord de Paris. Voir également OFEN (2020) et Message (2021).

⁷³ Ce point était apparent notamment dans le projet de loi sur le CO₂ soumis au peuple suisse en juin 2021, qui prévoyait notamment dans le projet d'ordonnance d'application diverses dispositions pour faciliter et encourager les solutions de contracting et de chauffage à distance alimenté par des énergies renouvelables. Malgré le rejet de cette loi en votation populaire, l'encouragement de ces solutions devraient rester d'actualité dans le cadre de l'élaboration de la future législation en la matière, vu les avantages qu'elles présentent.

⁷⁴ Voir ci-dessus, II/B.

d'une prestation supplémentaire dans un cas et d'une diminution des prestations dans l'autre, alors qu'il bénéficie au final de la même énergie, fournie par hypothèse par les mêmes installations.

86. Il faut dès lors retenir que la modification du contrat de bail liée à l'introduction d'un contracting implique certes une modification du régime des frais accessoires (qui doit répondre aux exigences formelles applicables) mais aucune diminution des prestations et aucune diminution du loyer net.
87. En matière de motivation, le bailleur reste tenu aux exigences de l'art. 269d al. 2 let. b CO mais l'ampleur des informations qu'il doit transmettre au locataire doit être adaptée au contexte spécifique de l'art. 6a OBLF. En particulier, aucune comparaison des différents postes de coûts avant et après la modification des frais accessoires ne peut à notre avis être exigée.

2. Le contracting photovoltaïque

a) L'article 16 OEne

88. En cas de contracting photovoltaïque, le report sur les locataires des coûts liés à la consommation d'électricité pose diverses questions spécifiques.
89. L'art. 16 de l'ordonnance sur l'énergie (OEne) régleme en détail cette problématique lorsque le locataire fait partie d'un regroupement dans le cadre de la consommation propre au sens de l'art. 17 LEne⁷⁵. L'ordonnance sur l'énergie définit ainsi les catégories de coûts qui peuvent être répercutés sur le locataire, qui comprennent essentiellement les coûts de l'énergie produite sur place (amortissements, intérêts et coûts d'exploitation et d'entretien de l'installation de production), les coûts de l'électricité soutirée du réseau de distribution et les coûts de mesure et d'administration⁷⁶.

⁷⁵ A propos des regroupements dans le cadre de la consommation propre, voir notamment SIFONIOS ; SPIRIG, Eigenverbrauch ; DORSCHER/HOHN/SPRINGER ; SPRINGER/DORSCHER et ÇELIK.

⁷⁶ Art. 16 al. 1 et 2 OEne.

90. L'art. 16 OEne définit également un schéma précis de calcul des coûts imputables, en précisant d'une part que les recettes tirées de la vente du surplus de la production d'énergie qui n'est pas consommée sur place doivent être déduites des coûts⁷⁷. Le gestionnaire de réseau a en effet l'obligation légale de racheter ce surplus d'énergie⁷⁸. D'autre part, une fois que l'ensemble des coûts internes (déduction faite des recettes précitées) est établi, et si les coûts internes ainsi déterminés sont inférieurs aux coûts du produit électrique standard que le locataire paierait s'il soutirait son énergie du réseau, le propriétaire peut facturer en sus la moitié de la différence⁷⁹.
91. Mais, en cas de contracting, le propriétaire ne peut pas appliquer tel quel le schéma de calcul des coûts à charge du locataire selon l'art. 16 OEne : le prix payé au contracteur est en principe un prix intégré, qui n'est pas basé sur les coûts effectifs de la période de décompte mais sur l'ensemble des coûts et risques lissés sur la durée de vie de l'installation. Le propriétaire est donc ici confronté à la même difficulté initiale que dans le cas d'un contracting thermique⁸⁰.
92. Par ailleurs, le contracteur lui-même n'est aucunement lié par l'art. 16 OEne. Il conclut un contrat avec un ou plusieurs propriétaires fonciers, avec lesquels il convient d'un prix. Le ou les propriétaires sont ensuite libres de louer ou non leurs locaux. S'ils le font, ce sont eux qui sont tenus à des obligations envers les locataires en vertu des art. 17 LEne et 16 OEne mais pas le contracteur, qui n'a aucun lien contractuel avec les locataires⁸¹.

⁷⁷ Art. 16 al. 1 *ii*. OEne.

⁷⁸ Art. 15 LEne.

⁷⁹ Art. 16 al. 3, 2^e phrase OEne.

⁸⁰ Qui a été solutionnée pour le contracting thermique par l'adoption de l'art. 6a OBLF.

⁸¹ *Contra* SPIRIG, Eigenverbrauch, p. 24, qui soutient (à tort) que le contracteur serait soi-disant soumis aux dispositions de protection « impératives » à propos du prix de vente de l'électricité à un locataire, sans qu'elle justifie cette position. Celle-ci ne peut guère être suivie : d'une part le contracteur est un tiers et il n'y a aucun motif de déroger au principe de la relativité des contrats. D'autre part la relation entre le propriétaire et le locataire en matière de fourniture d'électricité est

93. Comment donc l'art. 16 OEnE peut-il être appliqué aux cas de contracting, en tenant compte de ces difficultés ?
94. A titre liminaire, il convient de relever que le législateur a expressément, dans la loi sur l'énergie, renvoyé aux obligations de fourniture d'énergie prévues à l'art. 6 LApEl. Si le législateur avait voulu qu'il en soit autrement, il aurait pu prévoir un renvoi au droit du bail, ce qu'il n'a pas fait⁸². Ainsi, dans un regroupement, et conformément à l'art. 6 LApEl, c'est au propriétaire d'assumer ces obligations légales de fournir aux locataires l'électricité qu'ils désirent à des tarifs « équitables », à la place du gestionnaire de réseau. Les obligations du propriétaire dans ce cadre n'ont ainsi rien à voir avec le contrat de bail lui-même, elles découlent au contraire de la législation applicable à la fourniture d'énergie aux consommateurs captifs. En bref, le propriétaire est ici un *fournisseur d'électricité, pas un bailleur*.
95. Cette approche va dans le même sens que la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui considère que la fourniture d'électricité est une relation contractuelle distincte et indépendante du contrat de bail⁸³, y compris lorsque les parties à ces deux contrats sont les mêmes. Selon la jurisprudence, les frais d'électricité sont ainsi des *frais* dits *de consommation* et pas des frais accessoires au sens du droit du bail⁸⁴. C'est ainsi à tort que certains auteurs appliquent les règles du droit

distincte et indépendante du contrat de bail (voir ci-dessous, note 83 et IV/B, 2, c).

⁸² L'art. 6b OBLF n'y change rien : il ne s'agit d'une part pas d'une disposition de même rang que les art. 17 LEne et 6 LApEl. D'autre part, le sens de cette disposition reste incertain (voir ci-dessous, IV/B, 2, c).

⁸³ TF du 20.07.2012, 4A_194/2012, cons. 2.2 ; TF du 24.05.2000, 4C.82/2000, cons. 3b. Voir aussi BIERI, CPra, art. 257a/257b CO N 34.

⁸⁴ Ibid.

du bail à l'interprétation de l'art. 16 OEn⁸⁵. C'est au contraire le droit de l'énergie qui doit guider l'interprétation de l'art. 16 OEn⁸⁶.

96. Sur cette base, il est possible de revenir au contenu de l'art. 16 OEn. Pour respecter les exigences de cette disposition, le propriétaire doit connaître tous les coûts d'investissement, d'intérêts, d'entretien, d'exploitation, etc., de même que toutes les recettes tirées de la vente de l'énergie produite. Or le propriétaire ne connaît ces informations que lorsqu'il est *lui-même* le producteur d'énergie. L'art. 16 OEn est donc adapté pour réglementer la *production propre* du propriétaire.
97. La même problématique se retrouve également lorsque c'est le gestionnaire du réseau de distribution qui assume les obligations légales de l'art. 6 LApEl applicables à la fourniture d'énergie aux clients captifs. Dans ce contexte, le gestionnaire de réseau peut décider de produire lui-même l'énergie fournie à ses clients. Les coûts de sa production propre sont soumis au contrôle de l'ElCom. S'ils sont conformes aux exigences réglementaires, ils peuvent être reportés dans les tarifs de fourniture de l'énergie électrique⁸⁷, y compris un rendement sur les investissements (*WACC* de la production), qui a été fixé par l'ElCom pour 2022 à 4.98%⁸⁸.
98. Mais la production propre n'est pas la seule source d'approvisionnement des gestionnaires de réseau. Le solde de la consommation des clients qui n'est pas couvert par la production propre nécessite des achats d'énergie sur le marché⁸⁹. Le

⁸⁵ Voir p. ex. SPIRIG, *Eigenverbrauch* et SPRINGER/DORSCHER, qui omettent entièrement l'analyse préliminaire de la nature juridique de la relation entre le propriétaire et le locataire en matière de fourniture d'électricité et la question de savoir si les règles applicables à cette relation doivent être interprétées à la lumière du droit de l'énergie ou du droit du bail (pour plus de détail sur cette question, voir SIFONIOS). Il n'est toutefois pas justifiable de faire l'impasse sur cette analyse préliminaire.

⁸⁶ Pour plus de détails, voir SIFONIOS, N 53 ss.

⁸⁷ Voir notamment l'art. 4 OApEl.

⁸⁸ Directive 2/2022 de l'ElCom, *WACC* de la production, 1^{er} mars 2022. Le *WACC* de la production ne doit pas être confondu avec le *WACC* applicable aux investissements dans le réseau de distribution, fixé par le DETEC sur la base de l'art. 13 al. 3 let. b OApEl et qui se monte actuellement à 3.83%.

⁸⁹ Voir notamment l'art. 4 OApEl.

gestionnaire de réseau peut aussi faire le choix de couvrir *la totalité* des besoins de ses clients par des achats sur le marché (et renoncer ainsi à produire lui-même une partie de l'énergie fournie à ses clients). Les coûts d'achats de l'énergie, cas échéant, sont également reportés dans les tarifs de l'énergie appliqués aux clients captifs.

99. Dans le contexte des regroupements dans le cadre de la consommation propre, l'art. 17 al. 2 LEne prévoit que c'est le propriétaire qui assume les devoirs découlant de l'art. 6 LApEl à la place du gestionnaire de réseau. Ces devoirs impliquent de fournir aux consommateurs concernés (ici les locataires) l'énergie qu'ils désirent à des tarifs équitables.
100. Or, le propriétaire, comme le gestionnaire de réseau, peut soit produire lui-même l'énergie, soit l'acheter à un tiers (un producteur ou un contracteur). L'art. 16 OEne règle de manière détaillée les coûts imputables de la production propre mais, on l'a vu, ne peut pas être appliqué à des achats d'énergie auprès d'un tiers. Vu le renvoi exprès à l'art. 6 LApEl, il n'y a toutefois aucune raison de ne pas autoriser le propriétaire à acheter l'électricité auprès d'un tiers, à l'instar des possibilités ouvertes au gestionnaire de réseau.
101. Le contracting représente un des cas types d'achat d'énergie auprès d'un tiers. Comme le gestionnaire de réseau, le propriétaire doit ainsi pouvoir reporter ses achats d'énergie dans les coûts à charge du locataire⁹⁰, qui reste l'utilisateur final de cette énergie. Le détail des coûts couverts par ce prix n'est pas une information dont dispose le propriétaire et elle ne peut pas être exigée de lui (elle n'est pas non plus exigée du gestionnaire de réseau, dans le cadre de ses achats).
102. Dès lors, à notre avis, le propriétaire peut reporter sur le locataire l'ensemble des coûts que lui facture le contracteur⁹¹ (qui comprennent tous les coûts mentionnés à l'art. 16 al. 1 let. a OEne, à savoir les coûts d'amortissement et d'intérêts, les coûts d'exploitation et les coûts d'entretien), sans avoir besoin de détailler la répartition de ce montant entre les différentes catégories de coûts concernées.

⁹⁰ Article 4 OApEl par analogie.

⁹¹ Dans le même sens, SIMONA, N 75.

103. La règle de l'art. 16 al. 3 OEne reste par ailleurs selon nous applicable : les coûts du kilowattheure autoconsommé facturé au locataire ne peuvent pas dépasser les coûts du kilowattheure soutiré du réseau que le locataire paierait s'il était approvisionné par le gestionnaire de réseau. En revanche, si les coûts du kilowattheure autoconsommé sont inférieurs à ceux du kilowattheure soutiré du réseau, le propriétaire conserve la possibilité, même en cas de contracting, d'ajouter aux coûts facturés au locataire la moitié de la différence entre les deux montants. Le gestionnaire de réseau a en effet la possibilité, dans le cadre de ses tarifs d'électricité, d'ajouter un bénéfice dans la vente de l'énergie⁹². L'art. 16 al. 3 OEne ne fait que refléter cette même possibilité dans le contexte des regroupements.

b) La règle particulière de l'art. 16 al. 2^{bis} OEne

104. A noter encore que depuis le 1^{er} janvier 2022, un nouvel alinéa 2^{bis} a été ajouté à l'art. 16 OEne. Il précise que « lorsqu'un tiers se charge du financement de l'installation et effectue un emprunt à cet effet, le propriétaire foncier peut choisir de facturer soit les coûts de capital calculés sur la base du taux approprié visé à l'alinéa 2, soit les intérêts passifs effectivement générés par l'emprunt. »
105. Cette nouvelle disposition vise à tenir compte des cas de contracting photovoltaïque⁹³. En apparence simple, l'interprétation de ce nouvel alinéa ne va pas sans poser de difficultés. En effet, le propriétaire ne connaît en principe ni le détail des coûts assumés par le contracteur (ventilation du prix entre les coûts d'amortissement, d'intérêts, d'exploitation et d'entretien), ni les modalités de financement (fonds propres ou emprunts) auxquelles le contracteur a recours, ni les conditions d'emprunt le cas échéant. Comme on vient de l'exposer, le propriétaire est par ailleurs incapable d'appliquer pour ses achats d'énergie un schéma de calcul adapté à la production propre. Ainsi, l'art. 16 al. 2^{bis} OEne semble avoir été

⁹² Voir notamment la règle dite des « 75 francs » de l'EiCom (directive 5/2018 de l'EiCom, Règle des 75 francs, 5 juillet 2018).

⁹³ Voir DETEC (2021), p. 6.

pensé pour clarifier les possibilités d'un calcul que le propriétaire n'est de toute façon pas en mesure de faire. Le rapport explicatif du DETEC relève que ces précisions sont censées avoir un « effet positif sur le développement du photovoltaïque »⁹⁴ mais il omet de voir que le résultat risque d'être l'inverse.

106. La formulation de cette disposition est donc peu heureuse. Il aurait été largement préférable de traiter le contracting photovoltaïque de manière similaire au contracting thermique et de prévoir explicitement que le propriétaire peut reporter sur le locataire le prix facturé par le contracteur.
107. Quoiqu'il en soit, pour assurer la cohérence d'ensemble de la réglementation applicable aux regroupements, cette nouvelle disposition doit être interprétée restrictivement ; il faut donc considérer qu'elle se limite à préciser de manière générale que les intérêts du contracteur peuvent être répercutés sur le locataire et ce même si les intérêts qu'il paye à des tiers dépassent le taux admis en cas d'investissement par le propriétaire lui-même⁹⁵.
108. La disposition n'implique toutefois pas que le schéma de calcul de l'art. 16 OÉne doive être appliqué à l'énergie achetée par le propriétaire auprès du contracteur. Sinon, vu les difficultés pratiques que cela poserait, ce nouvel alinéa aurait pour conséquences de décourager fortement les solutions de contracting photovoltaïque (et par là le développement des énergies renouvelables décentralisées).
109. Par ailleurs, dans tous les cas, les locataires restent protégés par la règle prévue à l'art. 16 al. 3 OÉne, qui leur assure de ne pas payer leur électricité plus cher dans un regroupement qu'auprès du

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Soit, selon nous, 4,98%, en appliquant par analogie le taux fixé par l'ElCom pour la production propre en application de l'art. 6 LApEl et 4 OApEl (voir note 88). Pour plus de détail, voir SIFONIOS. Le rapport explicatif du DETEC ne retient pas cette solution (voir DETEC 2021, p. 6), sans toutefois justifier pourquoi le droit du bail s'appliquerait à une relation contractuelle de fourniture d'électricité régie par l'art. 6 LApEl.

gestionnaire de réseau. Aucun abus n'est donc possible vis-à-vis des locataires, vu la protection offerte par cette disposition⁹⁶.

110. Quoi qu'il en soit, force est de constater que les autres dispositions en la matière de l'ordonnance sur l'énergie adoptées par le Conseil fédéral ont considérablement compliqué la mise en œuvre de la consommation propre. L'on peut légitimement se demander si ces dispositions d'exécution restent conformes au but légal de *favoriser* la consommation propre⁹⁷ et au mandat confié au Conseil fédéral d'édicter des dispositions pour prévenir les *abus* envers les locataires. Dans le contexte de l'importance prise par la transition énergétique et la stratégie climatique, il serait souhaitable que les règles sur la consommation propre soient considérablement simplifiées⁹⁸.

c) L'article 6b OBLF

111. Nous avons vu que la relation entre le propriétaire et le locataire en matière de fourniture d'électricité est une relation distincte et indépendante du contrat de bail. Les frais d'électricité sont donc considérés par la jurisprudence et la doctrine comme des frais de consommation et pas comme des frais accessoires au sens du droit du bail⁹⁹.
112. Toutefois, une disposition spéciale a été intégrée dans l'OBLF pour tenir compte des regroupements. L'art. 6b précise ainsi que « dans le cadre d'un regroupement au sens de l'art. 17 LEne, le bailleur peut facturer les coûts visés à l'art. 16 OEne en tant que coûts accessoires ».

⁹⁶ Dans le même sens, SIMONA, N 75.

⁹⁷ La consommation propre vise à favoriser le développement des énergies renouvelables et est donc un instrument de la transition énergétique. Voir p. ex. Message (2013), p. 6840.

⁹⁸ Ce qui pourrait notamment être le cas dans le cadre d'une ouverture totale du marché, qui a été proposée au Parlement par le Conseil fédéral (voir Message 2021, notamment p. 66). À notre avis, il ne faut toutefois pas attendre une éventuelle ouverture totale du marché pour simplifier fortement les règles en matière de calcul des prix de vente de l'électricité dans un regroupement.

⁹⁹ TF du 20.07.2012, 4A_194/2012, cons. 2.2 ; TF du 24.05.2000, 4C.82/2000, cons. 3b ; BIERI, CPra, art. 257a/257b CO N 16.

113. Cette disposition semble vouloir donner au bailleur la possibilité d'intégrer les frais d'électricité au décompte de frais accessoires mais ne l'y oblige pas. La formulation de l'art. 6b OBLF pourrait laisser entendre que si le bailleur utilise cette possibilité, la qualification des frais d'électricité en tant que frais de consommation serait remise en cause.
114. Toutefois, ce changement de qualification est contradictoire par rapport à l'art. 17 LEne, qui renvoie explicitement aux règles du droit de l'énergie (art. 6 LApEl) en matière d'obligation de fourniture d'électricité et pas au droit du bail. Il va également à l'encontre de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de frais d'électricité, qui ne sont justement pas des frais accessoires. Il apparaît ainsi comme un « corps étranger », qui ne s'intègre pas de manière cohérente à l'ensemble des dispositions et de la jurisprudence applicables. Il existe par ailleurs divers points sur lesquels une application par analogie du droit de l'énergie ou du droit du bail donnerait des résultats divergents¹⁰⁰.
115. Il serait à notre avis incohérent que les frais d'électricité puissent, selon la décision du propriétaire sur la manière de les facturer au locataire, être soumis tantôt aux règles traditionnellement applicables aux frais d'électricité (frais de consommation), tantôt aux règles sur les frais accessoires au sens du droit du bail. A notre avis, les frais d'électricité doivent rester des frais de consommation soumis à une relation contractuelle distincte et indépendante du contrat de bail, régis par le cadre fixé par le droit de l'énergie.
116. Cette approche nous semble particulièrement importante s'agissant du contracting photovoltaïque, dans la mesure où, comme on l'a vu, seule une interprétation en ligne avec le droit de l'énergie permet une approche cohérente, évitant des embuches rédhibitoires au développement des solutions de contracting photovoltaïque, qui font partie des instruments utiles au développement de la production décentralisée d'énergie renouvelable et donc à la transition énergétique.

¹⁰⁰ Tels que le taux de rendement admis, les conséquences en cas de non-respect des prescriptions de l'art. 16 OEne, certaines présomptions du droit du bail (frais accessoires présumés compris dans le loyer net), etc.

V. Conclusions

117. Le contracting énergétique est un modèle qui permet de favoriser les rénovations et les investissements dans les installations de production d'énergie. Il joue ainsi un rôle utile dans le développement de solutions d'énergie de proximité, la production d'énergie renouvelable décentralisée et la sortie des énergies fossiles.
118. Le droit de l'énergie et le droit du bail ont été progressivement adaptés pour définir des conditions-cadres compatibles avec le modèle du contracting énergétique. Sur le principe, ces évolutions sont positives. Cette contribution a toutefois relevé que certaines controverses doctrinales subsistent notamment sur les conditions du report des frais du contracting sur les utilisateurs finaux.
119. Dans ce cadre, il est primordial d'interpréter les différentes dispositions applicables en lien avec les objectifs initiaux liés à leur introduction. Elles visent à permettre aux solutions de contracting d'être utilisées en pratique. De plus, en particulier en matière d'électricité, le but premier des dispositions légales pertinentes est de favoriser la production locale d'électricité renouvelable décentralisée. Le contracting peut être l'un des moyens pour y parvenir, à condition toutefois que les dispositions légales qui encadrent son utilisation dans les locatifs restent globalement favorables. Ce point semble parfois être oublié par certains auteurs, voire par les rédacteurs des dispositions d'exécution en la matière.
120. La jurisprudence sera à terme appelée à clarifier ces différents éléments et jouera un rôle important pour conserver l'esprit des dispositions concernées et un cadre globalement favorable au modèle du contracting. La neutralité carbone de la Suisse, que la Confédération veut atteindre en moins de trois décennies, et la volonté d'augmenter massivement la production d'énergie renouvelable, principalement grâce au photovoltaïque, sont des objectifs extrêmement ambitieux qui nécessitent l'utilisation de tous les instruments à disposition. Le contracting en est un, tant que les conditions-cadres lui restent favorables.

Bibliographie

ALVAREZ CIPRIANO, Die am 1. August 1996 in Kraft getretene Änderung der VMWG, in : mp 3/96, p. 129

BÄTTIG HANS, Mietrechtliche Aspekte des Energiecontracting, in : MRA 5/06, p. 159

BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO, Droit du bail à loyer et à ferme, Commentaire pratique, 2^e édition, Bâle 2017 (cité : AUTEUR, CPra)

BRANDNER BALTHASAR, « Energie-Contracting » – kein alter Wein in neuen Schläuchen, in : AJP/PJA 12/97, p. 1517

BURKHALTER PETER/MARTINEZ-FAVRE EMANNUELLE, Le droit suisse du bail à loyer, Commentaire, Genève 2011

ÇELIK HÜSEYİN, Der Zusammenschluss zum Eigenverbrauch nach Art. 17 EnG, in : Jusletter 21 février 2022

DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE/BEURET SÉVERINE, Réseaux de chaleur et marchés publics, in : Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Vincent Martenet (édit.), Le droit public en mouvement, Genève/Zurich/Bâle 2020

DETEEC, Rapport explicatif concernant la révision de l'ordonnance sur l'énergie, Novembre 2021

DEL DUCA DONATO, Serviceverträge und Nebenkosten unter Berücksichtigung von Serviceverträgen für Aufzüge, in : mp 1/16, p. 1

DORSCHER SOPHIE/HOHN MICHAEL/SPRINGER URS MARTIN, Zusammenschluss zum Eigenverbrauch von Solarstrom, in : Jusletter 17 août 2020

OBERLE THOMAS, Nebenkosten – Heizkosten, 7^e éd, Zurich 2019

PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT (édit.), Commentaire romand Code civil I, Bâle 2010 (CR CC I-AUTEUR)

PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/PIOTET DENIS (édit.), Commentaire romand Code civil II, Bâle 2016 (CR CC II-AUTEUR)

ROHRER BEAT, Änderungen der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) vom 26.6.1996, in Kraft seit 1. August 1996, in : MRA 4/96, p. 143

SIFONIOS DAVID, Les regroupements d'autoconsommateurs dans la nouvelle LEne, Le cas particulier des regroupements entre un bailleur et des locataires, in : Jusletter 12 mars 2018

SIMONA MATHIEU, Le contracting énergétique dans les immeubles locatifs, in : Jusletter 12 novembre 2018

Message relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050 (Révision du droit de l'énergie) du 4 septembre 2013, FF 2013, p. 6771 (cité : Message 2013)

Message concernant la loi relative à un approvisionnement en électricité sûr reposant sur des énergies renouvelables, FF 2021 p. 1666 (cité : Message 2021)

OFEN, *Perspectives énergétiques 2050+*, novembre 2020 (cité : OFEN 2020)

SPIRIG IRÈNE, Eigenverbrauch von Solarstrom in Mietliegenschaften, in : mp 2019, p. 103 (cité : SPIRIG, Eigenverbrauch)

SPIRIG IRÈNE, Mietrechtliche Fragen bei Energiedienstleistungen im Anlagen-Contracting, in : mp 2002, p. 141

SPRINGER URS MARTIN/DORSCHER SOPHIE, Angemessene Verzinsung von Investitionen in Photovoltaikanlagen, in : Jusletter 23 août 2021

WERMELINGER AMÉDÉO, *La propriété par étage*, 4^e édition, 2021

VENTURI-ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, Zurich/Bâle/Genève 2007

