

Consulter autrement, participer effectivement? : le cas des grands projets d'infrastructures en droit suisse, plan sectoriel et décision d'approbation des plans

**(Visite du Conseil d'Etat
de la République française au Tribunal fédéral suisse,
à Lausanne, le 4 février 2019, exposé mis à jour)**

Jean Fonjallaz, juge fédéral

INTRODUCTION

Le sujet est d'un intérêt majeur à l'heure où les intérêts publics et privés divergents s'affrontent de façon de plus en plus engagée à propos des grandes infrastructures, aussi bien dans les procédures de consultation et de participation que dans les procédures administratives et judiciaires. Les intéressés, soit, en Suisse, les collectivités publiques des divers niveaux, les partis politiques, les ONG concernées, les personnes physiques et les personnes morales ont en effet des droits d'information, de participation et de recours consacrés et déterminés par la Constitution fédérale et de nombreuses lois fédérales régissant les divers domaines, sans oublier la Convention d'Aarhus. A ces droits, d'ordre administratif ou judiciaire, s'ajoutent parfois en Suisse, comme on le verra, les droits politiques mis en oeuvre par le vote populaire.

Il faut relever en préambule que le thème des grandes infrastructures est marqué, en Suisse, par le fédéralisme. Certaines de celles-ci relèvent de la Confédération, mais d'autres sont du ressort des cantons.

Le présent exposé est axé sur les grandes infrastructures relevant de la Confédération.

Les grandes infrastructures de niveau fédéral sont notamment:

- Installations de transport ferroviaire,
- Installations aéroportuaires,
- Routes nationales [autoroutes],
- Lignes de transport d'électricité,
- Dépôts en couches géologiques profondes [enfouissement des déchets radioactifs],
- Installations militaires, soit notamment places d'armes et de tir, aéroports militaires,
- Protection des surfaces d'assolement. [Les surfaces d'assolement (SDA) représentent les meilleures terres agricoles du pays et répondent à des critères définis de qualité pédologique et de situation climatique. Elles sont protégées par la Confédération, en coordination avec les cantons et les communes, à des fins de sécurité alimentaire en cas de pénurie grave et, secondairement et schématiquement, de protection de la nature (cf. art. 102 et 104 al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999/Cst.). Elles ne garantissent au demeurant l'approvisionnement de la population qu'à hauteur de 50%.],
- Les centrales de production d'énergie nucléaire ont depuis peu un statut particulier puisque le législateur a instauré au 1er janvier 2018 une interdiction d'octroi d'autorisation pour la construction et la modification de centrales nucléaires. Cette révision législative a été approuvée par le peuple, le 21 mai 2017, au terme d'une procédure de référendum facultatif (58,2% c. 41,8% des votants ont approuvé la Loi fédérale sur l'énergie du 30 septembre 2016/LENe, y compris la modification de la Loi fédérale sur l'énergie

nucléaire du 21 mars 2003/LEnu). Ainsi, la plus ancienne des centrales nucléaires suisses, la centrale de Mühleberg, sera définitivement fermée le 31 décembre 2019 [art. 12a LENU: L'octroi d'autorisations générales pour la construction de centrales nucléaires est interdit; art. 106 al. 1bis LENU: L'octroi d'autorisations générales pour la modification de centrales nucléaires existantes est interdit].

D'autres infrastructures, qui pourraient avoir leur place parmi les grandes infrastructures fédérales, sont, on l'a déjà dit, dans la compétence des cantons, même si, pour l'essentiel, la base légale régissant ces infrastructures est fédérale. Il s'agit en particulier de toutes les installations de production d'énergies renouvelables. Ainsi, les installations de production d'énergie hydro-électrique, y compris la construction des barrages (cf. ATF 143 II 241, du 5 avril 2017), les parcs d'éoliennes (cf. ATF 132 II 408, du 31 août 2006; arrêt 1C_346/2014 du 26 octobre 2016) et les installations de géothermie (hydro ou pétro) profonde (cf. ATF 145 II 32, du 21 novembre 2018) relèvent de la planification cantonale. Il en va de même de la construction de centrales thermiques par exemple (cf. arrêt 1C_241/2017, du 11 décembre 2018). Faute de temps, les infrastructures soumises aux procédures cantonales ne seront pas évoquées dans le présent exposé. On peut signaler que le droit fédéral impose aux cantons quelques obligations qui, en définitive, présentent de fortes analogies avec ce qui existe au plan fédéral.

GRANDES INFRASTRUCTURES FÉDÉRALES: CONSULTATION, INFORMATION, PARTICIPATION ET VOIES DE DROIT

Chacun des domaines de ces grandes infrastructures est régi par une ou des lois fédérales particulières ainsi que par une importante réglementation d'application édictée par le Conseil fédéral, parfois par les départements [ministères] concernés.

Néanmoins, malgré cette diversité législative, le législateur fédéral a imposé de manière générale que ces infrastructures soient soumises à une procédure juridique en deux temps qui précède l'éventuelle réalisation concrète du projet.

La première phase est celle de la planification par l'établissement d'un " plan sectoriel " qui entre dans la compétence du Conseil fédéral et des départements concernés. Sa base légale figure dans la législation sur l'aménagement du territoire, sorte de tronc commun législatif. On peut qualifier cette phase d'administrativo-politique. Le premier plan sectoriel a été adopté en 1992.

La seconde phase est celle de la mise en oeuvre de la planification sectorielle par une " décision d'approbation des plans " dont la base légale figure dans chacune des législations spécifiques. Cette décision formelle, justiciable, inclut l'autorisation de construire. On peut qualifier cette seconde phase d'administrativo-judiciaire.

A. Première phase: le "plan sectoriel"

L'art. 13 de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979/LAT est l'unique norme légale régissant ce domaine complexe.

Le plan se présente sous forme d'un texte et de cartes (art. 15 al. 1 de l'Ordonnance du Conseil fédéral sur l'aménagement du territoire du 28 juin 2000/OAT). Il est accompagné d'un rapport explicatif (art. 16 OAT).

Dans la procédure d'établissement de celui-ci, la Confédération, par le département compétent, établit en premier lieu un projet de plan sectoriel. Elle consulte déjà les cantons dans cette phase préliminaire.

Elle organise ensuite la consultation officielle des autorités concernées ainsi que l'information et la participation publique. Elle peut le faire directement ou/et déléguer ces opérations aux cantons (art. 13 LAT et 19 OAT).

On parle plutôt de consultation, s'agissant de l'interpellation directe des collectivités publiques et des grandes organisations particulièrement concernées par la nature du projet et plutôt d'information et de participation en ce qui concerne la faculté de s'exprimer donnée aux personnes physiques et morales ainsi qu'à toute autre organisation qui n'aurait pas été directement interpellée. Le dépôt public des documents du plan sectoriel est d'au moins 20 jours dans les locaux de l'administration et le délai pour déposer des déterminations est en principe de 3 mois (art. 19 al. 4 OAT). Les dossiers peuvent désormais aussi être consultés sur le site internet de la Confédération. Les prises de position doivent être formulées par écrit.

Quid des désaccords manifestés pendant le délai de trois mois?:

Les cantons ont une position privilégiée dans cette première phase – conséquence du fédéralisme – en ce sens que le désaccord d'un canton conduit à la mise en oeuvre d'une procédure de conciliation entre le ou les cantons contestataires et la Confédération dans le but de trouver un terrain d'entente. En cas d'absence de solution consensuelle, le Conseil fédéral statue (art. 13 al. 2 LAT, 20 et 21 OAT).

Quant aux oppositions d'autres collectivités, organisations ou personnes, le Conseil fédéral en tient compte dans la mesure qu'il estime opportune au moment de statuer. Il y répond explicitement ou implicitement en adoptant le plan sectoriel, assorti en général d'un rapport explicatif. L'adoption d'un plan sectoriel par le Conseil fédéral a évidemment une composante politique.

Le plan sectoriel ne peut pas être contesté devant les autorités judiciaires. La question est cependant discutée en doctrine de savoir si les collectivités publiques concernées (cantons et communes) doivent néanmoins se voir reconnaître un droit de recours contre le plan sectoriel; la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de statuer à ce propos.

C'est dans la seconde phase, celle de la décision d'approbation des plans, que le projet peut faire l'objet d'une contestation judiciaire. A cette occasion, le plan sectoriel peut néanmoins faire l'objet d'un examen judiciaire à titre préjudiciel (ATF 139 II 499, du 11 septembre 2013, consid. 4, résumé in RDAF 2014 I 413; ATF 128 II 1, du 5 novembre 2001, consid. 3, résumé in RDAF 2003 I 520).

Le plan sectoriel est contraignant pour les autorités (Confédération, 26 cantons et 2212 communes au 1er janvier 2019) et les personnes morales qui assument des tâches de droit public (ex: CFF SA), mais il ne l'est pas pour les personnes physiques et les autres personnes morales (art. 22 OAT).

Les plans sectoriels sont des instruments " vivants " en ce sens qu'ils peuvent, respectivement doivent, faire l'objet de modifications si les circonstances l'exigent (art. 17 al. 4 OAT). Ces modifications sont organisées selon la même procédure, sauf si les modifications sont mineures.

Du point de vue des droits politiques relevant de la démocratie directe, il n'existe pas de possibilité de référendum populaire contre l'adoption d'un plan sectoriel [art. 141 Cst.: 50'000 citoyens et citoyennes ayant le droit de vote ou 8 cantons demandent le référendum contre un acte figurant dans cette norme - tel n'est pas le cas du plan sectoriel -, les signatures devant être récoltées et validées dans un délai de 100 jours dès la publication dudit acte qui est alors soumis au vote du peuple et non des cantons].

Les citoyens et citoyennes ont néanmoins la faculté, plutôt théorique, d'engager le lourd processus d'initiative populaire de rang constitutionnel contre l'infrastructure consacrée par un plan sectoriel qui ne leur conviendrait pas [les art. 138 ss Cst. régissent l'initiative populaire: en substance, 100'000 personnes ayant le droit de vote demandent dans un délai de 18 mois la révision partielle de la Constitution; celle-ci est soumise au vote du peuple et des cantons]. Cependant, en bonne doctrine juridique, ce n'est pas par une révision partielle de la Constitution fédérale qu'un problème particulier devrait être résolu; rien dans la Constitution n'interdit toutefois une telle démarche. On peut citer à cet égard le cas particulier de l'initiative dite de " Rothenturm " par laquelle une large majorité du peuple et des cantons (57% des votants, respectivement 23/26 cantons) ont ancré le 6 décembre 1987 dans la Constitution une norme interdisant l'aménagement d'installations et la modification du terrain des marais et sites marécageux d'une beauté particulière (art. 24 sexies al. 5 aCst. devenu art. 78 al. 5 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999) assortie d'une norme transitoire exigeant la remise en état du marais de Rothenturm consacré dès 1983 à une place d'armes.

B. Deuxième phase: la "décision d'approbation des plans"

Lorsque le Conseil fédéral a adopté un plan sectoriel, conformément à la loi sur l'aménagement du territoire (art. 13 LAT et ses dispositions d'application), le projet, souvent de très grande ampleur, fait l'objet d'une série de décisions contre lesquelles les voies de droit sont ouvertes (constitution de " territoire réservé " pour " geler " les périmètres concernés, réalisation du projet par étapes, expropriation, par exemple). La décision principale autorisant le projet se nomme généralement " décision d'approbation des plans ". Elle inclut l'autorisation de construire.

Chaque domaine est régi par une ou plusieurs lois fédérales. Les exigences formelles légales peuvent ainsi varier d'une grande infrastructure à une autre. Schématiquement, pour la construction d'une infrastructure, les étapes de la procédure sont en général les suivantes:

1. publication par avis de mise à l'enquête publique du projet; le dossier est mis à la disposition de tout intéressé dans les locaux de l'administration et, de plus en plus généralement, sur le site internet de cette dernière (plans, coupes, rapport explicatif, rapport d'études d'impact sur l'environnement, rapports des divers services de l'Etat, par exemple, en matière de protection de la nature, du paysage, du patrimoine bâti, de protection de l'air, de protection contre le bruit, de protection contre le rayonnement non ionisant, de protection contre les dangers naturels et les risques d'incendie, etc...);
2. opposition à formuler par courrier écrit dans un délai impératif de 30 jours;
3. échanges d'écritures et, souvent, séances de conciliation avec les opposants;
4. décision de l'autorité concernée [par exemple, Office fédéral des transports (chemins de fer), Office fédéral de l'aviation civile (aéroports), Office fédéral de l'énergie (lignes à haute tension)] qui peut refuser l'approbation des plans ou, le plus souvent, l'accorde avec des charges et conditions, statuant au surplus sur chaque opposition. Cette décision est notifiée au requérant et aux opposants; en fonction de l'ampleur et de la complexité des projets, cette décision est souvent rendue plusieurs années après la mise à l'enquête publique.
5. recours au Tribunal administratif fédéral, dont le siège est à St-Gall, puis, en seconde instance, au Tribunal fédéral, à Lausanne.
6. arrêt ayant force de chose jugée du Tribunal administratif fédéral, ou, en cas de recours, du Tribunal fédéral.

La qualité pour recourir est en principe limitée aux auteurs des oppositions dans la procédure de mise à l'enquête. Outre l'exigence de l'opposition préalable, la qualité pour recourir est encore limitée par d'autres critères. Ainsi, le recours interjeté dans l'intérêt général, par exemple dans celui de la bonne application du droit ou dans celui d'un tiers, est irrecevable. Peuvent donc recourir en général les justiciables suivants:

1. les communes concernées,
2. les organisations qui se vouent à la protection de l'environnement, à la protection de la nature, à la protection du paysage, à la conservation des monuments historiques ou à des tâches semblables, à quelques conditions cumulatives déterminées (l'organisation est active au niveau national; elle poursuit un but non lucratif; ses éventuelles activités économiques servent le but non lucratif; l'organisation a le droit de recourir uniquement dans les domaines du droit visés depuis dix ans au moins par ses statuts). Au surplus, ces organisations doivent figurer dans une liste établie par le Conseil fédéral, soit à ce jour les 29 organisations suivantes (art. 12 de la Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage du 1er juillet 1966/LPN; art. 55 de la Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983/LPE; Ordonnance du Conseil fédéral relative à la désignation des organisations habilitées à recourir dans les domaines de la protection de l'environnement ainsi que de la protection de la nature et du paysage du 27 juin 1990/ODO) :

Aqua Viva, Association suisse pour l'aménagement national (VLP-ASPAN), WWF Suisse, Association Suisse pour la Protection des Oiseaux ASPO / BirdLife Suisse, Ligue suisse du patrimoine national (LSP), Pro Natura, Club alpin suisse (CAS), Equiterre, Partenaire pour le développement durable, Helvetia Nostra, Association Suisse pour la protection de santé et de technique de l'environnement (ASTE), Société suisse de pédologie (SSP), Fondation pour la pratique environnementale en Suisse, Fondation suisse pour la protection et l'aménagement du paysage (FP), Fondation suisse pour l'énergie (FSE), Fédération suisse des amis de la nature (FSAN), Association suisse des professionnels de la protection des eaux (VSA), Fédération suisse de pêche et de pisciculture (FSPP), Association transports et environnement (ATE), Fédération suisse de tourisme pédestre, Archéologie Suisse, Greenpeace Suisse, Fondation suisse de la Greina (FSG), ChasseSuisse, Société suisse de spéléologie (SSS), Société d'histoire de l'art en Suisse (SHAS), Médecins en faveur de l'environnement, Initiative des Alpes, Mountain Wilderness.

3. Les personnes physiques et morales qui ont un " intérêt digne de protection " à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée. En pratique, il s'agit des propriétaires, des locataires et fermiers de parcelles foncières comprises dans le périmètre concerné par le projet ou situées à proximité directe dudit projet à tel point qu'ils en sont atteints. On parle à cet égard du " recours des voisins ".

Du point de vue des droits politiques, en parallèle à cette deuxième phase d'ordre administrato-judiciaire, il peut arriver que le crédit accordé par le Parlement fédéral pour la réalisation de telle grande infrastructure soit soumis au référendum facultatif (par exemple, vote du 6 décembre 1987, " Rail 2000 " pour une dépense de 5,4 milliards, approuvé par 57% des votants).

Dans une troisième phase, l'infrastructure est réalisée. Si des modifications sont nécessaires, qu'elles sont substantielles, mais restent dans le cadre du plan sectoriel, elles feront l'objet d'un nouveau processus décisionnel avec voie de droit. Suivant les circonstances, un complément du plan sectoriel sera entrepris d'office par l'administration et le Conseil fédéral, voire demandé par le Tribunal administratif ou le Tribunal fédéral à l'occasion d'un contrôle préjudiciel.

C. La Convention d'Aarhus

La Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, adoptée en 1998 à Aarhus, est entrée en vigueur en 2001 (RS 0.814.07). La Suisse l'a ratifiée en mars 2014 et en est devenue partie le 1er juin 2014. Au total, à ce jour, 46 États, ainsi que l'Union européenne, ont adhéré à cette convention. Celle-ci consacre les trois piliers suivants:

- premier pilier : informations sur l'environnement
- deuxième pilier : participation du public aux processus décisionnels touchant l'environnement
- troisième pilier : accès à la justice en matière d'environnement

La doctrine suisse considère que le premier pilier est d'application directe, ce que la jurisprudence a laissé ouvert (ATF 144 II 91 consid. 2 et 3, du 27 septembre 2017). Les normes relatives aux deux autres piliers ne sont pas considérées d'application directe. Au demeurant, il apparaît que le droit suisse, après modification de sa législation suivant l'adoption de la convention et précédant sa ratification (art. 10a à 10g LPE introduit par la révision du 20 décembre 2006; Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 17 décembre 2004 /LTrans; Loi fédérale sur la procédure de consultation du 18 mars 2005/LCo), satisfait pour l'essentiel aux exigences de la Convention d'Aarhus.

CONCLUSION

Les grandes infrastructures ressortant à la compétence de la Confédération sont ainsi soumises à deux phases établies par le droit; la première que l'on pourrait qualifier d'administrativo-politique (adoption du plan sectoriel) et la seconde d'administrativo-judiciaire (décision d'approbation des plans). En outre, les droits découlant de la démocratie directe ouvrent parfois une porte supplémentaire aux citoyens et citoyennes insatisfaits des projets des autorités.

Dans ce contexte, les intéressés institutionnels et individuels ont ainsi plusieurs occasions d'intervenir dans la prise de décision conduisant à la construction des grandes infrastructures. Il en découle assurément une lenteur accrue du processus, mais peut-être un consensus social que l'on espère plutôt élevé à propos du bien-fondé des sacrifices financiers et spatiaux requis pour réaliser un projet dont le sens est d'apporter des avantages à la collectivité.