



**P.P. CH-3003 Berne, OFJ**

---

Commission de l'environnement, de  
l'aménagement du territoire et de l'énergie  
du Conseil des Etats  
CEATE-CE

Référence / n° de dossier: COO.2180.109.7.109005 / 647/2012/00436 / 647-005

Votre référence:

Notre référence: bj-bs

**Berne, le 12 septembre 2013**

**Iv. pa. Eder 12.402 concernant l'art. 6, al. 2, LPN - compatibilité avec l'art. 78, al. 2, Cst.  
Avis de droit à l'attention de la CEATE-CE**

Monsieur le Président,  
Mesdames, Messieurs,

L'Office fédéral de l'environnement nous a transmis votre demande d'avis de droit concernant une question soulevée dans le cadre du traitement de l'iv. pa. Eder 12.402. Vous souhaitez savoir si la modification de l'art. 6, al. 2, de la loi fédérale du 1<sup>er</sup> juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (LPN, RS 451), telle que la propose l'auteur de l'initiative, est constitutionnelle et en particulier si elle est compatible avec l'art. 78, al. 2, Cst.

Nous présenterons dans un premier temps les bases constitutionnelles et légales en vigueur et décrirons les changements qu'induirait une éventuelle adoption du projet de modification. Dans un deuxième temps, nous vérifierons si la modification proposée recèle une incompatibilité avec l'art. 78, al. 2, Cst.

## Synthèse

Le texte de l'art. 6, al. 2, LPN proposé dans l'iv. pa. Eder accroît la portée de la pesée des intérêts par rapport au droit en vigueur. Destiné à mettre en œuvre la pesée des intérêts prévue à l'art. 78, al. 2, Cst., il ne contredit certes pas la lettre de la disposition constitutionnelle. Il nous semble toutefois qu'il ne correspond ni au sens ni au but de l'art. 78, al. 2, Cst., puisqu'il fait abstraction du traitement privilégié que le constituant souhaitait accorder aux objets d'importance nationale en usant de la formulation "*si l'intérêt public l'exige*". L'art. 6, al. 2, LPN proposé est donc trop peu nuancé; il vide de son sens la protection qualifiée que le constituant voulait accorder aux objets d'importance nationale à l'art. 78, al. 2, Cst. et est de ce fait contraire à la Constitution.

De plus, le texte proposé ne nous semble pas satisfaire à certaines exigences que doit remplir la législation, à savoir celles d'être claire et dépourvue d'ambiguïté.

## Table des matières

---

<b>1</b>	<b>Contexte</b> .....	<b>4</b>
1.1	Pesée des intérêts selon l'art. 78, al. 2, Cst. ....	4
1.2	Mise en œuvre dans le droit en vigueur.....	4
1.2.1	Protection minimale de l'art. 3 LPN.....	5
1.2.2	Protection qualifiée des art. 5 et 6 LPN.....	5
1.2.3	Intérêts d'importance nationale.....	5
<b>2</b>	<b>Proposition de formulation de l'iv. pa. Eder</b> .....	<b>6</b>
2.1	Intérêts publics de la Confédération .....	6
2.2	Intérêts publics des cantons .....	6
2.3	Pesée de tous les intérêts en présence .....	7
2.4	Absence de critères et de qualification .....	7
<b>3</b>	<b>Analyse de la constitutionnalité</b> .....	<b>7</b>
3.1	Droit en vigueur .....	7
3.2	Iv. pa. Eder.....	8
3.3	Digression .....	8
<b>4</b>	<b>Conclusion</b> .....	<b>8</b>

## 1 Contexte

### 1.1 Pesée des intérêts selon l'art. 78, al. 2, Cst.

Texte de l'art. 78, al. 2, Cst.:

*"Dans l'accomplissement de ses tâches, la Confédération prend en considération les objectifs de la protection de la nature et du patrimoine. Elle ménage les paysages, la physionomie des localités, les sites historiques et les monuments naturels et culturels; elle les conserve dans leur intégralité si l'intérêt public l'exige."*

Selon cette disposition, la Confédération doit, dans l'accomplissement de ses tâches, prendre en considération les objectifs de la protection de la nature et du patrimoine: elle doit d'une part *ménager* les paysages, la physionomie des localités, les sites historiques et les monuments naturels et culturels et d'autre part *conserver* ces objets *dans leur intégralité* si *"l'intérêt public l'exige"*. Cette conception se fonde sur une pesée des intérêts<sup>1</sup>. Il faut interpréter la disposition de la manière suivante: si un intérêt public exige de conserver ces objets dans leur intégralité, il faudra mettre en balance l'intérêt public en question et l'intérêt qui fonde la volonté de porter atteinte à ces objets.

La Constitution ne précise pas la notion d'"*intérêt public*"<sup>2</sup><sup>3</sup>, pas plus que les commentaires de l'art. 78, al. 2 qu'on trouve dans la doctrine. Ces derniers se concentrent sur la portée de la protection de la nature et du patrimoine, en référence notamment à la législation d'exécution, à la pratique et à la jurisprudence<sup>4</sup>.

La formulation *"si l'intérêt public l'exige"* présuppose l'obligation pour la Confédération de développer, dans la législation d'exécution de l'art. 78, al. 2, Cst., une méthode qui permette de qualifier d'"*intérêts publics*" au sens de la disposition constitutionnelle certains intérêts en matière de protection des paysages, de la physionomie des localités, des sites historiques et des monuments naturels et culturels, afin d'assurer, comme l'article constitutionnel le prévoit, la protection de l'intégralité des objets concernés<sup>5</sup>. A défaut d'une telle méthode, il est impossible d'opérer concrètement la distinction voulue à l'art. 78, al. 2, Cst. entre *"ménager"* et *"conserver dans leur intégralité si l'intérêt public l'exige"*.

### 1.2 Mise en œuvre dans le droit en vigueur

Le mandat constitutionnel inscrit à l'art. 78, al. 2, a été mis en œuvre dans la LPN. L'art. 6 LPN joue un rôle important dans la mise en œuvre de la distinction évoquée plus haut. Son texte est le suivant:

---

<sup>1</sup> Heribert Rausch, Umwelt und Raumplanung in: Daniel Thürer / Jean-François Aubert / Jörg Paul Müller (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001, § 58 ch. marg. 17.

<sup>2</sup> A l'art. 24<sup>sexies</sup>, al. 2, aCst. de 1962, qui correspond à l'actuel art. 78, al. 2, Cst., il était encore question d'"*intérêt général*".

<sup>3</sup> Dans son message relatif à l'art. 24<sup>sexies</sup> aCst. et plus précisément dans son commentaire de l'al. 2 (FF 1961 I 1106, let. e), qui correspondait à l'art. 78, al. 2, Cst. actuel, le Conseil fédéral indiquait que la pratique et la jurisprudence permettraient d'établir des directives précises pour l'appréciation en cas d'espèce.

<sup>4</sup> Cf. p. ex. Arnold Marti, St. Galler Kommentar zu Art. 78 BV, ch. marg. 7; Heribert Rausch, Verfassungsrecht der Schweiz, §58 ch. marg. 17; Giovanni Biaggini, Kommentar BV zu Art. 78, ch. marg. 6.

<sup>5</sup> FF 1961 I 1106, let. e.

### *Art. 6 Importance de l'inventaire*

<sup>1</sup> *L'inscription d'un objet d'importance nationale dans un inventaire fédéral indique que l'objet mérite spécialement d'être conservé intact ou en tout cas d'être ménagé le plus possible, y compris au moyen de mesures de reconstitution ou de remplacement adéquates.*

<sup>2</sup> *Lorsqu'il s'agit de l'accomplissement d'une tâche de la Confédération, la règle suivant laquelle un objet doit être conservé intact dans les conditions fixées par l'inventaire ne souffre d'exception, que si des intérêts équivalents ou supérieurs, d'importance nationale également, s'opposent à cette conservation.*

L'art. 6, al. 2, LPN doit être considéré en relation avec les art. 2 à 5 et 7 LPN<sup>6</sup>:

#### 1.2.1 Protection minimale de l'art. 3 LPN

L'art. 3 LPN statue une protection minimale que les autorités qui accomplissent des tâches de la Confédération au sens de l'art. 2 LPN doivent assurer en tous les cas. L'al. 1 dispose qu'il faut prendre soin de ménager l'aspect caractéristique du paysage et des localités, les sites évocateurs du passé, les curiosités naturelles et les monuments historiques et qu'il faut en préserver l'intégrité lorsque l'intérêt général prévaut. Il s'agit donc de procéder à une pesée de tous les intérêts en faveur et en défaveur du projet à mettre en œuvre<sup>7</sup>.

#### 1.2.2 Protection qualifiée des art. 5 et 6 LPN

Les objets d'importance nationale inscrits dans un inventaire fédéral au sens de l'art. 5 LPN bénéficient d'une protection qualifiée; selon l'art. 6, al. 1, ils méritent spécialement d'être conservés intacts ou en tout cas d'être ménagés le plus possible. Conformément à l'art. 6, al. 2, cette règle ne souffre d'exception que si des intérêts équivalents ou supérieurs, d'importance nationale également, s'opposent à cette conservation. Cette disposition pré-structure la pesée des intérêts<sup>8</sup> et en limite la portée<sup>9</sup>. Cette limitation est particulièrement stricte puisqu'il faut des motifs qualifiés pour porter atteinte à des objets d'importance nationale, c'est-à-dire qu'une telle atteinte présuppose l'existence d'intérêts équivalents ou supérieurs, d'importance nationale également<sup>10</sup>. Il en résulte, pour les atteintes qui empêcheraient que les objets soient conservés intacts, qu'une pesée des intérêts n'entre en ligne de compte que si les intérêts fondant l'atteinte sont équivalents ou supérieurs à l'intérêt de conserver ces objets<sup>11</sup>.

#### 1.2.3 Intérêts d'importance nationale

L'importance nationale des intérêts en faveur de la protection d'un objet découle dans le droit en vigueur de l'inscription de cet objet dans un inventaire fédéral au sens de l'art. 5. Les objets d'importance nationale figurent dans l'inventaire fédéral des paysages, sites et

---

<sup>6</sup> Cf. pour plus de détails Pierre Tschannen / Fabian Mösching, in: Nationale Bedeutung von Aufgaben- und Eingriffsinteressen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 NHG, avis de droit du 7 novembre 2012 à l'attention de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), ch. II, pp. 7 ss (disponible uniquement en allemand).

<sup>7</sup> Pierre Tschannen / Fabian Mösching, p. 7; ATF 137 II 266, p. 275.

<sup>8</sup> Nina Dajcar, Natur- und Heimatschutzinventare des Bundes, Schriftenreihe zum Umweltrecht, vol. 23, Schulthess § 2011, p. 134.

<sup>9</sup> Pierre Tschannen / Fabian Mösching, pp. 7 et 18; Martin Philipp Wyss, Öffentliche Interessen - Interessen der Öffentlichkeit, Berne, Stämpfli 2001, ch. marg. 355 et 388.

<sup>10</sup> ATF 135 II 209, p. 212; Arnold Marti, Das Schutzkonzept des Natur- und Heimatschutzes, RSJ 104/2008, p. 85.

<sup>11</sup> Pierre Tschannen / Fabian Mösching, p. 20, let. c.

monuments naturels de 1977 (OIFP; RS 451.11), dans l'inventaire fédéral des sites construits à protéger en Suisse de 1981 (OISOS; RS 451.12) et dans l'inventaire fédéral des voies de communication historiques de la Suisse de 2010 (OIVS; RS 451.13).

La formulation "*intérêts d'importance nationale également*" à l'art. 6, al. 2, LPN indique qu'il faut des intérêts publics qualifiés pour justifier des tâches et des atteintes aux objets d'importance nationale<sup>12</sup>. La LPN ne fournit aucune indication sur les critères à prendre en compte pour déterminer si les intérêts fondant des tâches ou des atteintes sont d'importance nationale. Selon la doctrine et la jurisprudence, ces critères doivent être définis au cas par cas<sup>13</sup>. Il est établi que les intérêts fondant une atteinte à un objet doivent se trouver au même niveau que les objectifs de protection de l'objet concerné. Il doit par conséquent s'agir d'intérêts dont l'importance est plus que locale. De plus, il convient de distinguer entre, d'une part, l'importance nationale d'une tâche et, d'autre part, l'importance nationale d'un projet déterminé. Il faut faire la différence entre l'intérêt de principe à accomplir une tâche (qui pose la question du "si") et l'intérêt concret à porter atteinte à un objet (qui pose la question du "comment").

## 2 Proposition de formulation de l'iv. pa. Eder

L'auteur de l'initiative propose de modifier l'art. 6, al. 2, LPN comme suit:

*"<sup>2</sup> Lorsqu'il s'agit de l'accomplissement d'une tâche de la Confédération, la règle suivant laquelle un objet doit être conservé intact dans les conditions fixées par l'inventaire ne souffre d'exception que si des intérêts publics de la Confédération ou des cantons ou une pesée de tous les intérêts en présence le justifient."*

Selon le texte déposé, il devrait être possible de déroger à la conservation d'un objet en l'état si soit "*des intérêts publics de la Confédération*", soit "*des intérêts publics des cantons*", soit "*une pesée de tous les intérêts en présence*" le justifient.

### 2.1 Intérêts publics de la Confédération

La formulation "*intérêts publics de la Confédération*" utilisée dans l'initiative parlementaire désigne vraisemblablement des intérêts matériellement équivalents aux "*intérêts d'importance nationale*" visés à l'art. 6, al. 2, LPN<sup>14</sup>. La condition fixée dans le droit en vigueur, selon laquelle les intérêts publics fondant une atteinte à un objet doivent être équivalents ou supérieurs aux intérêts à la protection de l'objet concerné, ne transparaît pas directement dans la formulation proposée par l'auteur de l'initiative. Le fait cependant que la règle suivant laquelle un objet doit être conservé intact ne souffre d'exception que si des intérêts publics *le justifient* permet de conclure que les intérêts en question doivent être au moins équivalents aux intérêts à la conservation de l'objet en l'état pour pouvoir justifier une exception.

### 2.2 Intérêts publics des cantons

Le complément "*... ou des cantons*" proposé par l'auteur de l'initiative ne déroge pas à une pesée qualifiée des intérêts dans la mesure où les intérêts des cantons constituent également des "*intérêts publics*". Il implique néanmoins un amoindrissement de la protection qualifiée garantie par le droit en vigueur, du fait que l'intérêt fondant l'atteinte à un objet inventorié ne doit pas forcément se situer au même niveau que l'intérêt à la protection de l'objet concerné. Alors que l'art. 6, al. 2, LPN en vigueur ne permet de justifier l'atteinte à un objet d'importance nationale que si l'intérêt à l'atteinte est lui aussi d'importance nationale, la

<sup>12</sup> Pierre Tschannen / Fabian Mösching, p. 25.

<sup>13</sup> Pour plus de détails Pierre Tschannen / Fabian Mösching, pp. 25 ss, ch. III à V; Nina Dajcar, p. 134 à 139, et les nombreuses références citées dans ces deux contributions.

<sup>14</sup> Pierre Tschannen / Fabian Mösching, milieu de la p. 25.

formulation proposée instituerait la possibilité de placer des tâches cantonales ou des intérêts cantonaux à l'atteinte à un objet au-dessus des intérêts nationaux de protection.

### **2.3 Pesée de tous les intérêts en présence**

L'auteur de l'initiative complète encore la liste des exceptions à la règle suivant laquelle un objet doit être conservé intact. Il doit être possible d'y déroger si "*une pesée de tous les intérêts en présence le justifie*". Conformément aux explications données plus haut, on établit la nécessité de maintenir une protection minimale contre les atteintes dans le cadre d'une pesée de tous les intérêts en présence au sens de l'art. 3, al. 1, LPN. La pesée des intérêts est par contre restreinte lorsqu'il s'agit de protection qualifiée au sens de l'art. 6, al. 2, LPN en vigueur; on n'y procède que si les intérêts fondant l'atteinte à un objet sont eux aussi d'importance nationale<sup>15</sup>. S'il faut comprendre le texte de l'iv. pa. Eder dans le sens où, à l'avenir, il doit être possible de déroger à la règle suivant laquelle un objet inventorié doit être conservé intact si la pesée de tous les intérêts en présence (et pas seulement les intérêts qualifiés) le justifie, ce complément affaiblit considérablement la protection des objets inscrits dans un inventaire fédéral par rapport au droit en vigueur. La protection offerte par la disposition proposée n'excéderait pas celle découlant de l'art. 3, al. 1, LPN, puisqu'il suffirait, comme le prévoit cette disposition, d'une pesée de tous les intérêts en présence pour décider s'il peut être porté atteinte ou non à un objet inventorié.

### **2.4 Absence de critères et de qualification**

Le choix qu'implique l'énumération comprise dans la disposition proposée est juridiquement problématique. La disposition ne précise pas selon quels critères il faut déterminer le type de pesée des intérêts auquel on procédera dans le cas concret.

L'énumération compte des éléments de qualité inégale, dont l'emploi dans une seule et même disposition pose question: une exception se justifie par des intérêts publics (de la Confédération ou des cantons) ou par une pesée de tous les intérêts en présence. Lorsque ces options sont mises côte à côte, à égalité de valeur, elles perdent leurs qualifications respectives.

Que les intérêts fondant l'atteinte à un objet soient des intérêts publics de la Confédération, des cantons ou éventuellement des intérêts privés, il faudrait qu'ils soient équivalents ou supérieurs aux intérêts à la conservation en l'état de l'objet protégé.

## **3 Analyse de la constitutionnalité**

### **3.1 Droit en vigueur**

Le principe de la pesée des intérêts consacré à l'art. 78, al. 2, Cst. a été mis en œuvre dans la LPN. Le législateur, se fondant sur son interprétation de l'art. 78, al. 2, Cst., a instauré des inventaires fédéraux pour qualifier certains objets; il a estimé que la disposition constitutionnelle requérait qu'on protège spécialement les objets d'importance nationale. Il a considéré que le sens et le but de la disposition constitutionnelle demandait une application différenciée de la pesée des intérêts pour qu'il soit possible de savoir dans quels cas un intérêt public commandait une conservation des objets dans leur intégralité. L'interprétation de la

---

<sup>15</sup> Dans sa jurisprudence relative à l'art. 6 LPN, il arrive certes que le Tribunal fédéral demande une "*pesée de tous les intérêts en présence*", mais selon Tschannen / Mösching, on ne peut comprendre cela qu'à la lumière des restrictions contenues à l'art. 6, al. 2. La "*pesée de tous les intérêts en présence*" ne peut se faire que dans les limites que l'art. 6, al. 2, LPN fixe à l'argumentation (Pierre Tschannen / Fabian Mösching, p. 19).

disposition constitutionnelle a conduit le législateur à distinguer deux qualités de protection: d'une part une protection minimale pour l'aspect caractéristique du paysage et des localités, les sites évocateurs du passé, les curiosités naturelles et les monuments historiques au sens de l'art. 3 LPN, dont le maintien est déterminé dans le cadre d'une pesée de tous les intérêts en présence, d'autre part une protection qualifiée pour les objets inventoriés d'importance nationale au sens de l'art. 5 et de l'art. 6, al. 1, LPN, dont le maintien est établi sur la base d'une pesée des intérêts limitée et pré-structurée.

### **3.2 Iv. pa. Eder**

Bien que l'art. 78, al. 2, Cst. soit formulé en des termes relativement généraux, qui laissent au législateur et aux autorités d'exécution le soin d'interpréter la notion d'intérêt public, la mise en œuvre de la formulation "*si l'intérêt public l'exige*" requiert une méthode permettant de donner une réponse fiable et prévisible à la question de savoir *si* l'intérêt public commande de conserver des objets dans leur intégralité. A notre avis, la formulation de l'iv. pa. Eder ne remplit pas cette condition.

Le texte de l'art. 6, al. 2, LPN proposé dans l'iv. pa. Eder prévoit certes une pesée des intérêts, mais sans qualifier les intérêts que l'on peut opposer à l'intérêt de conserver un objet intact. En raison du choix qu'elle offre, elle ouvre le champ de tous les intérêts possibles en opposition à l'intérêt de conserver un objet intact. De notre point de vue, une telle mise en œuvre de la pesée des intérêts prévue à l'art. 78, al. 2, Cst. ne correspond ni au sens ni au but de cette disposition; elle ne tient pas compte du traitement privilégié que le constituant entendait accorder à l'intérêt public en précisant "*si l'intérêt public l'exige*". Cela est d'autant plus vrai que les objets à protéger sont des objets d'importance nationale, qui, par définition, méritent une protection accrue. La formulation proposée vide de son sens la protection qualifiée de ces objets inscrite à l'art. 78, al. 2; elle est trop peu différenciée et par conséquent incompatible avec la Constitution.

### **3.3 Digression**

Indépendamment de la question de la constitutionnalité, la disposition nous semble poser des problèmes sous l'angle de la technique législative. La formulation proposée pour l'art. 6, al. 2, LPN implique un changement de paradigme; elle supprime les deux niveaux de protection prévus par le droit en vigueur: protection minimale au sens de l'art. 3 LPN et protection qualifiée au sens de l'art. 5 et de l'art. 6, al. 1, LPN. Pour autant, l'initiative ne propose pas de nouvelle conception de la protection. Les inventaires fédéraux subsisteraient, mais on ne perçoit pas clairement quel serait leur but s'il n'existe plus de protection qualifiée au sens de l'art. 6, al. 2, LPN en vigueur. La formulation proposée dans l'initiative ne nous semble pas de ce fait satisfaire à certaines exigences que doit remplir la législation, à savoir celles d'être claire et dépourvue d'ambiguïté.

## **4 Conclusion**

Le texte de l'art. 6, al. 2, LPN proposé dans l'iv. pa. Eder accroît la portée de la pesée des intérêts par rapport au droit en vigueur. Destiné à mettre en œuvre la pesée des intérêts prévue à l'art. 78, al. 2, Cst., il ne contredit certes pas la lettre de la disposition constitutionnelle. Il nous semble toutefois qu'il ne correspond ni au sens ni au but de l'art. 78, al. 2, Cst., puisqu'il fait abstraction du traitement privilégié que le constituant souhaitait accorder aux objets d'importance nationale en usant de la formulation "*si l'intérêt public l'exige*". L'art. 6, al. 2, LPN proposé est donc trop peu nuancé; il vide de son sens la protection qualifiée que le constituant voulait accorder aux objets d'importance nationale à l'art. 78, al. 2, Cst. et est de ce fait contraire à la Constitution.

De plus, le texte proposé ne nous semble pas satisfaire à certaines exigences que doit remplir la législation, à savoir celles d'être claire et dépourvue d'ambiguïté.

Veillez agréer, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, nos salutations distinguées.

**Office fédéral de la justice OFJ**

Domaine de direction Droit public

Luzius Mader  
Directeur suppléant

Collaboratrice responsable:  
Brigitt Schnyder