

Modification du règlement d'application de la loi genevoise sur l'énergie (REn)

Art. 13 et 13L à 13N pREn

Avis de droit adressé à l'Office
cantonal de l'énergie, Genève

Thierry LARGEY

Professeur à l'Université de Lausanne, Dr. en droit, Licencié en biologie

Table des matières

I. Objet du mandat	3
A. Description du mandat	3
B. Méthode et plan de l'analyse	4
II. Cadre et portée du pouvoir réglementaire relatif aux art. 13 et 13L à 13N pREn	5
A. Généralités	5
B. Le pouvoir réglementaire issu de la LEn	6
1. La compétence d'exécution	6
2. La compétence de substitution	7
a) L'art. 13 pREn	7
b) Les art. 13L à 13M pREn	7
C. Conclusions intermédiaires	8
III. Examen de la conformité de l'article 13 pREn	8
A. La portée de l'exigence de variantes dans le CEB	8
1. La notion de « variantes » peut-elle être explicitée dans le règlement ?	9
2. Les standards de performance énergétique sont-ils admissibles en tant qu'objectifs du CEB ?	10
3. La spécification réglementaire des variantes attendues est-elle admissible ?	12
a) Les constructions nouvelles et les extensions de bâtiments d'importance	12
b) La rénovation de bâtiments d'importance	14
B. Les exceptions à l'obligation d'établir un CEB	15
C. Conclusions intermédiaires	17
IV. Examen de la conformité des articles 13L à 13N pREn (nouvelle section 3A)	18
A. Le cadre légal de l'art. 21 LEn	19
1. Al. 1, systèmes chaleur-force	19
2. Al. 2, autorisation énergétique	19
a) Le cadre légal	19
b) L'art. 13D pREn	20
3. Al. 3 et 4, hiérarchie des sources d'énergie	21
4. Al. 5, dispenses d'autorisation	22
5. Al. 6, déclaration de conformité	22
B. L'art. 13L pREn	22
C. L'art. 13M pREn	24

1.	Champ d'application.....	24
2.	Al. 1, seuil de l'autorisation énergétique	25
a)	La limite de 5 kW	25
b)	La proportionnalité du seuil	25
3.	Al. 2, remplacement du brûleur ou d'autres composants annexes	27
a)	La notion de transformation.....	27
b)	Choix terminologique.....	29
c)	Le champ d'application de l'art. 13M al. 2 pREn	29
4.	Al. 3, haut degré d'efficacité exergetique.....	30
5.	Al. 4, réserve de l'art. 12I REEn	32
6.	Conclusions intermédiaires à propos de l'art. 13M pREn	33
D.	L'art. 13N pREn	34
a)	Al. 1, seuil de l'autorisation énergétique.....	34
2.	Les critères d'autorisation énergétique	35
a)	Al. 2, couverture raisonnable de la demande d'énergie	35
b)	Al. 3, meilleure technologie disponible.....	36
c)	Al. 4, haut degré d'efficacité exergetique	37
3.	Al. 5, justificatif d'intégration	37
4.	Al. 6, réserve d'autres règlements	38
5.	Conclusions intermédiaires à propos de l'art. 13N pREn	38
V.	Conclusions finales	39
A.	A propos de l'étendue du pouvoir réglementaire du Conseil d'Etat .	39
B.	A propos de l'art. 13 pREn	39
C.	A propos des art. 13D et 13L à 13N pREn (nouvelle section 3A)	40
1.	L'art. 13D pREn.....	40
2.	L'art. 13L pREn	41
3.	L'art. 13M pREn	41
4.	L'art. 13N pREn.....	42

I. Objet du mandat

A. Description du mandat

L'Office cantonal de l'énergie du canton de Genève (OCEN) procède actuellement à une révision majeure du règlement d'application de la loi cantonale sur l'énergie du 31 août 1988 (REn¹). L'objectif des modifications envisagées consiste notamment à assurer la mise en œuvre du nouveau Plan directeur cantonal de l'énergie (PDE) adopté le 2 décembre 2020 par le Conseil d'Etat genevois².

La version initiale du projet de modification réglementaire a été élaborée en février 2021. Tel que rédigée, elle posait plusieurs questions d'ordre juridique, en particulier quant à la conformité au droit supérieur de certaines modifications réglementaires envisagées. Le soussigné a été mandaté par l'OCEN afin d'examiner la légalité de plusieurs modifications réglementaires envisagées, de la confirmer ou de l'infirmer de sorte à pouvoir les adapter le cas échéant, avant l'adoption par le Conseil d'Etat. Conformément au courriel du 2 mars 2021, l'analyse portait sur deux dispositions du projet de révision en cours du REn, les art. 13 pREn relatif au concept énergétique de bâtiment (CEB) défini à l'art. 6 al. 12 de la loi cantonale genevoise sur l'énergie (LEn³) et l'art. 13I pREn concernant les installations productrices de chaleur, lors de leur mise en place, de leur remplacement ou de leur transformation.

Un premier avis de droit, daté du 3 mai 2021, a été remis à l'OCEN. Celui-ci mettait en évidence certaines contradictions entre le régime légal instauré par la LEEn et la concrétisation qui en était faite dans le projet de révision réglementaire. Il exposait également certaines propositions de modifications afin d'assurer la légalité du texte réglementaire. Sur cette base, l'OCEN a procédé à des ajustements du projet de révision du REn dans une deuxième version, en adaptant la formulation de l'art. 13 pREn et en proposant l'abrogation de l'art. 13I REn, ainsi que l'adoption d'une nouvelle section 3A dédiée aux installations productrices de chaleur (art. 13L à 13N pREn). Cette nouvelle version a été transmise au soussigné, celui-ci ayant retourné plusieurs observations et propositions écrites le 9 juin 2021.

La présente étude porte sur le projet de révision en cours du REn, dans sa version communiquée par courriel le 22 juillet 2021. Plus précisément, elle concerne les dispositions suivantes :

1. L'**art. 13 pREn** porte sur le concept énergétique de bâtiment (CEB) défini à l'art. 6 al. 12 LEEn. Un tel concept doit être fourni à l'occasion d'une demande d'autorisation de construire pour la construction ou la rénovation de bâtiments d'importance. La teneur de l'art. 13 al. 3 pREn exige que le CEB présente au moins une variante de haute performance énergétique et une variante de très haute performance.

¹ RSGE L 2 30.01.

² <<https://www.ge.ch/dossier/transition-energetique-geneve/actions-concretes-accelerer-transition-energetique/plan-directeur-energie>>.

³ RSGE L 2 30.

L'analyse porte sur la légalité de l'exigence faite de présenter *a minima* ces deux variantes.

2. La nouvelle section 3A du REn consacrée aux installations productrices de chaleur. L'**art. 13L pREn** établit les principes relatifs à l'alimentation énergétique des installations productrices de chaleur, lors de leur mise en place, de leur remplacement ou de leur transformation. Il vise à limiter le recours aux énergies fossiles en prévoyant la priorité des énergies renouvelables et de la récupération de chaleur. L'**art. 13M pREn** précise les conditions attachées aux installations alimentées en combustibles fossiles ou en bivalence ; l'**art. 13N pREn** en fait de même pour les installations alimentées en combustibles renouvelables. L'analyse concerne la légalité de ces dispositions au regard des exigences et du cadre définis à l'art. 21 LEn.

B. Méthode et plan de l'analyse

L'examen de la conformité de dispositions réglementaires dépendant d'une loi suppose plusieurs étapes successives. En premier lieu, il s'agit de qualifier juridiquement les dispositions en cause et de définir la portée du **pouvoir réglementaire** du Conseil d'Etat, au travers de l'interprétation des dispositions pertinentes figurant dans la loi fondatrice. En second lieu, il convient d'évaluer si et dans quelle mesure les dispositions réglementaires en cause **se conforment au cadre légal donné**, ainsi qu'au reste de l'ordre juridique.

La présente analyse est, dans une première étape, consacrée au cadre et à l'étendue du pouvoir réglementaire conféré par la LEn au Conseil d'Etat, de sorte à évaluer si ce dernier doit se limiter à la simple exécution de la loi ou s'il peut adopter des règles primaires également (II). Dans une seconde étape, compte tenu des éventuelles limites de la délégation réglementaire identifiée, nous évaluons la conformité du REn à la loi fondatrice – d'abord l'art. 13 pREn (III), puis les art. 13L à 13N pREn (IV).

Durant l'analyse, les travaux préparatoires du projet de révision de la LEn de 2009 ont été examinés. Ils n'amènent toutefois rien de décisif dans le cadre de l'examen de l'étendue du pouvoir réglementaire découlant de la LEn. En particulier, l'art. 15 al. 7 LEn (art. 15 al. 8 du projet de loi) a été adopté à l'unanimité et sans débat particulier par la Commission de l'énergie et des Services industriels ; seule une question relative à la notion de bâtiment d'importance a été soulevée⁴. S'agissant de l'art. 15 al. 10 LEn (art. 15 al. 12 du projet de loi), la Commission a adopté à l'unanimité un sous-amendement du Conseil d'Etat⁵

⁴ Rapport de la Commission de l'énergie et des Services industriels de Genève chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat modifiant la loi sur l'énergie (L 2 30) du 22 septembre 2009, PL 10258-A, p. 76.

⁵ Rapport de la Commission de l'énergie et des Services industriels (note 4), p. 77.

introduisant une exception à l'obligation d'établir un CEB. L'art. 21 al. 3 LEn a été accepté sans remarque ni modification par la Commission⁶.

Le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) a mis en consultation jusqu'au 15 juillet 2021 le projet de révision totale de l'ordonnance fédérale sur le CO₂ du 30 novembre 2012 (OCO₂⁷). Celui-ci devait anticiper la révision de la loi fédérale sur le CO₂ du 23 décembre 2011 (LCO₂⁸), en introduisant des mesures nouvelles aux art. 6 à 14 pOCO₂⁹. La révision de la LCO₂ ayant été rejetée en scrutin populaire le 13 juin 2021, la révision de l'ordonnance n'entrera pas en vigueur. Quoi qu'il en soit, ces révisions législatives fédérales, bien que susceptibles d'influencer le droit cantonal, agissent principalement au niveau de la loi cantonale et non pas dans le rapport d'exécution qui existe entre celle-ci et son règlement d'application.

II. Cadre et portée du pouvoir réglementaire relatif aux art. 13 et 13L à 13N pREn

A. Généralités

Le parlement bénéficie, en principe, du monopole dans la production de règles générales et abstraites. Cependant, les gouvernements disposent également de la compétence d'adopter certaines règles de droit, lesquelles sont regroupées dans des règlements ou des ordonnances législatives. A cet égard, le gouvernement dispose d'un pouvoir réglementaire lui permettant d'adopter des règles de droit de rang inférieur à la loi et soustraites au référendum. Dans le cas d'espèce, le REn constitue une ordonnance législative adoptée par le Conseil d'Etat genevois, dont la loi fondatrice est la LEn.

Parmi les ordonnances législatives dites dépendantes, on distingue traditionnellement deux types de dispositions réglementaires : les **règles d'exécution** et les **règles de substitution** ou règles supplétives¹⁰.

Les règles d'exécution précisent, détaillent, concrétisent ou explicitent la loi. Elles peuvent également mettre en place une procédure ou, de manière plus générale, organiser la mise en œuvre de la loi. Par rapport au contenu de la loi, elles n'ajoutent donc rien de nouveau ; on parle à cet égard de règles secondaires. En résumé, ces dispositions préparent l'exécution de la loi formelle.

⁶ Rapport de la Commission de l'énergie et des Services industriels (note 4), p. 104.

⁷ RS 641.711.

⁸ RS 641.71.

⁹ < https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2021/59/cons_1 > (consulté le 3 août 2021).

¹⁰ PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, *Droit administratif*, Vol. I, Les fondements, Berne 2012, p. 251 ss; THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, Genève/Zurich/Bâle 2018, N. 323-324.

Thierry Largey

Les règles de substitution établissent elles-mêmes de manière originaire des règles de droit : des règles dites primaires. Elles peuvent conférer des droits aux administrés et prévoir des obligations à leur charge que la loi ne contient pas. Ces règles doivent trouver en principe leur fondement dans la loi au sens formel, dans une **clause de délégation** prévue par le parlement. Ainsi, le gouvernement n'a pas le pouvoir d'adopter des règles primaires, sauf si le législateur lui a délégué cette tâche. Selon la jurisprudence, outre qu'elle doit figurer dans une loi au sens formel, la délégation ne doit pas être exclue par la Constitution ; elle doit porter sur une matière déterminée et prévoir les éléments essentiels de la réglementation à adopter¹¹.

S'agissant des ordonnances d'exécution, leur contrôle doit être entrepris en deux étapes. En premier lieu, il s'agit de vérifier par le biais d'une interprétation de la loi que l'auteur des dispositions d'exécution a bien respecté le cadre légal qui lui est imposé par la loi fondatrice ; il ne saurait restreindre au niveau du règlement les droits conférés par la loi et ne peut pas non plus étendre les obligations prévues dans celle-ci (principe de hiérarchie des normes). Plus généralement, l'ordonnance d'exécution ne saurait ni étendre, ni restreindre le champ d'application de la loi, ni les notions qu'elle pose.

En ce qui concerne les ordonnances de substitution, l'examen porte tout d'abord sur la clause de délégation et le respect des conditions jurisprudentielles évoquées plus haut. Il vise ensuite la conformité de la disposition réglementaire à la clause de délégation, au travers d'une interprétation de cette dernière. Enfin, il consiste à vérifier que l'ordonnance est bien conforme au reste de l'ordre juridique (par exemple : proportionnalité, prohibition de l'arbitraire, égalité de traitement ...).

B. Le pouvoir réglementaire issu de la LEn

1. La compétence d'exécution

Selon l'art. 109 al. 4 seconde phrase de la Constitution de la République et canton de Genève (Cst.-GE¹²), le Conseil d'Etat est chargé de l'exécution des lois adoptées par le Grand Conseil ; il « adopte à cet effet les règlements et arrêtés nécessaires ». En vertu de cette disposition, le Conseil d'Etat dispose d'un **pouvoir réglementaire général d'exécution** des lois cantonales. En substance, il peut, par le biais de règlements et sans autre délégation, adopter les règles secondaires qu'il juge nécessaires ou opportunes en exécution de l'ensemble des lois adoptées par le parlement cantonal. Une base légale spécifique qui charge le Conseil d'Etat, dans un cas particulier, d'exécuter la loi n'est dès lors pas nécessaire ; formulé autrement, une clause d'exécution dans la loi n'est pas nécessaire.

¹¹ ATF 98 Ia 105. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 10), p. 255 ss ; TANQUEREL (note 10), N. 325.

¹² RSGE 131.234.

Dans le domaine de l'énergie, la compétence d'exécution du Conseil d'Etat est rappelée à l'art. 25 al. 1 LEn, sans que cette disposition n'apporte de tempérament à la règle constitutionnelle. On exclut d'emblée que cette disposition légale puisse être considérée comme une clause de délégation permettant l'adoption de règles supplétives ; elle prévoit expressément l'exécution et ne répond pas aux conditions posées par la jurisprudence relative à la détermination de la matière et à l'indication des éléments essentiels à réglementer.

2. *La compétence de substitution*

a) *L'art. 13 pREn*

L'art. 13 pREn trouve son fondement légal à l'art. 15 LEn, en particulier à son al. 7 qui spécifie que tout « projet de construction ou de rénovation de bâtiments d'importance fait l'objet d'un concept énergétique ». Cet alinéa ne délègue, pour le surplus, aucune compétence réglementaire de substitution au gouvernement.

L'al. 8 de l'art. 15 LEn charge le Conseil d'Etat de définir les limites pour qu'un bâtiment ou qu'une installation soit considéré comme d'importance. Cette tâche déléguée a été accomplie avec l'adoption de l'art. 13B REn ; elle ne concerne toutefois pas les conditions d'établissement du CEB, pas plus que la délégation figurant à l'art. 15 al. 9 LEn qui vise les prescriptions particulières pour les rénovations desdits bâtiments dans les domaines régis par l'article 14 al. 1 LEn.

En revanche, l'art. 15 al. 10 LEn enjoint le Conseil d'Etat de prévoir, dans le REn, des exceptions à l'obligation d'établir un CEB. Il s'agit dans ce cas d'une clause de délégation permettant au Conseil d'Etat de prévoir des règles primaires, son pouvoir réglementaire étant toutefois strictement limité aux exceptions en matière d'établissement du CEB ; dans ce cadre, le règlement est tenu en particulier de prescrire une exception « lorsqu'une rénovation n'est pas susceptible de présenter un impact énergétique sensible »¹³.

b) *Les art. 13L à 13M pREn*

Les art. 13L à 13N pREn trouvent leur source à l'art. 21 LEn consacré aux installations productrices de chaleur, plus particulièrement au troisième et au quatrième alinéas qui exposent les conditions de l'octroi d'une autorisation relative aux installations alimentées respectivement en combustibles fossiles et en combustibles d'origine renouvelable. Ces deux alinéas ne contiennent pas de clause de délégation réglementaire de substitution spécifique.

En matière d'installations productrices de chaleurs, le règlement peut toutefois prévoir des dispenses d'autorisation pour les installations alimentées en combustibles d'origine renouvelable. Tel que formulé, l'art. 21 al. 5 LEn constitue une clause de délégation, laquelle ne concerne toutefois que les installations à combustible renouvelable. Il n'entre ainsi pas dans le champ d'application de l'art. 21 al. 3 LEn, mais dans celui de l'al. 4. Cette clause de délégation ne saurait ainsi

¹³ A propos de cette exception, *Infra* III.B.

Thierry Largey

s'étendre aux installations à combustibles fossiles visés à l'art. 13M pREn et fonder une compétence réglementaire de substitution en la matière.

C. Conclusions intermédiaires

Dans les domaines visés aux art. 13 et 13L à 13N pREn, le Conseil d'Etat dispose principalement de **compétences réglementaires d'exécution** ; celles-ci ne lui permettent d'adopter que des règles de droit secondaires visant à préciser, détailler, concrétiser ou expliciter la loi.

Dans le domaine visé à l'art. 13 pREn, l'art. 15 al. 10 LEn confère une **compétence réglementaire de substitution** au gouvernement, s'agissant exclusivement des exceptions à l'obligation d'établir un CEB. De même, l'art. 21 al. 5 LEn permet au Conseil d'Etat de prévoir des règles primaires sous forme de dispenses d'autorisation pour les installations productrices de chaleur – mais exclusivement si elles sont alimentées en combustibles d'origine renouvelable (art. 21 al. 4 LEn).

III. Examen de la conformité de l'article 13 pREn

A. La portée de l'exigence de variantes dans le CEB

L'art. 15 al. 7 LEn établit que « Tout projet de construction ou de rénovation de bâtiments d'importance fait l'objet d'un **concept énergétique** »¹⁴. La notion de CEB est définie à l'art. 6 al. 12 LEn en tant que « le produit d'une démarche systématique incluant l'élaboration de variantes qui vise à limiter les besoins en énergie d'une construction et de ses installations et à minimiser le recours aux énergies non renouvelables ». Cet instrument repose sur l'élaboration d'un concept architectural et technique cohérent en fonction du besoin des utilisateurs, des opportunités et des contraintes que présente l'environnement du projet.

L'art. 13 REN et le futur art. 13 pREn concrétisent l'obligation d'établir un CEB. Ils rappellent qu'elle concerne la construction et la rénovation de tous les bâtiments d'importance visés à l'art. 13B REN. Le projet de révision du règlement, à l'art. 13 al. 3 pREn, précise en outre le contenu du CEB en exigeant que soient présentées « au moins » une variante conforme à un standard de haute performance énergétique au sens de l'article 12B REN et une variante conforme à un standard de très haute performance énergétique au sens de l'article 12C REN.

La question est alors de savoir si cette précision quant au contenu du CEB et à l'obligation qui s'impose aux constructeurs est **conforme au cadre législatif de la LEn et au reste de l'ordre juridique** – dans un contexte où le Conseil d'Etat ne dispose que d'une compétence réglementaire d'exécution¹⁵. Afin de répondre à

¹⁴ La notion de « bâtiments d'importance » est précisée à l'art. 13B REN, conformément à l'art. 15 al. 8 LEn. Elle n'a pas d'incidence dans le cadre de la présente analyse.

¹⁵ *Supra* II.

cette question, il convient de procéder à une interprétation de la norme légale et de la norme réglementaire dont elle dépend¹⁶ ; plusieurs considérations successives sont exposées à cet effet.

1. *La notion de « variantes » peut-elle être explicitée dans le règlement ?*

L'obligation d'établir un CEB consiste à entreprendre une démarche systématique conduisant à élaborer des « variantes » de construction ou de rénovation de sorte, d'une part, à réduire l'utilisation d'énergies renouvelables dans le bâtiment d'importance considéré et, d'autre part, de limiter la consommation d'énergie dans ce même bâtiment. L'art. 15 al. 7 LEn ne précise pas les variantes à élaborer, dès lors qu'il se limite à exiger un CEB dans certaines circonstances, renvoyant implicitement à la définition formulée à l'art. 6 al. 12 LEn. La difficulté réside alors dans la question de savoir si une norme réglementaire d'exécution peut préciser les détails des variantes attendues ou si le destinataire de l'obligation est entièrement libre d'établir les propositions qu'il souhaite, pour autant qu'elles satisfassent de manière minimale aux objectifs du CEB.

La loi ne détermine pas la portée ou le contenu de la notion de variantes. Elle se limite à en établir une définition, autrement dit à exposer les caractéristiques essentielles du concept, notamment les objectifs qu'il vise et la forme qu'il doit revêtir. Cette définition utilise des notions juridiques indéterminées, en particulier celle de variantes, sans qu'elles soient elles-mêmes définies par la loi. On sait toutefois que le CEB doit contenir au moins deux propositions qui doivent différer l'une de l'autre – puisqu'il est question de « variantes » au pluriel. S'agissant de leur contenu, les propositions doivent permettre de limiter les besoins énergétiques et le recours aux énergies non renouvelables. On peut ainsi déduire que les variantes doivent différer entre elles soit à propos des **objectifs énergétiques** qu'elles permettent d'atteindre, soit à propos des **mesures constructives ou d'exploitation envisagées** lorsque les objectifs énergétiques visés sont similaires.

Les dispositions réglementaires d'exécution doivent se limiter à concrétiser la loi, en particulier en précisant les modalités pratiques de son application ou en donnant une définition de termes légaux relativement vagues ; elles peuvent combler des lacunes de moindre importance si cela est nécessaire pour l'application de la loi¹⁷. En l'espèce, la notion de « variantes » est juridiquement indéterminée ; elle comprend une certaine imprécision de sorte que son sens doit lui être donné de manière normative¹⁸. Le règlement, dans l'exercice de la compétence d'exécution du Conseil d'Etat et le pouvoir d'appréciation dont il dispose, peut ainsi en donner une définition, en préciser le sens, la portée, le contenu, ainsi que les modalités pratiques de mise en œuvre. En revanche, le règlement ne saurait réduire ou étendre la portée de la loi fondatrice ; il est tenu de conserver le sens, le but et l'effet de cette

¹⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 10), p. 252.

¹⁷ TANQUEREL (note 10), N. 323; JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Droit administratif général, Bâle 2014, N. 306. ATF 112 Ia 107, c. 3c/dd.

¹⁸ DUBEY/ZUFFEREY (note 17), N. 449. Voir également MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 10), p. 746 ss.

Thierry Largey

loi. Dans l'exercice du pouvoir réglementaire, l'autorité doit au surplus veiller à ce que l'application de la loi soit plus aisée, mais également plus égale et sûre pour les administrés¹⁹. En résumé, les dispositions réglementaires relatives au CEB doivent être conformes au cadre législatif qu'elles appliquent.

Le pouvoir réglementaire dont dispose le Conseil d'Etat, limité à l'exécution de la loi, ne fait pas obstacle à ce qu'il détaille et concrétise dans le règlement la notion juridiquement indéterminée de variantes figurant à l'art. 6 al. 12 LEn ; il peut en préciser le sens sans s'écarter pour autant de celui de la loi. La volonté du parlement cantonal en matière de CEB ne doit pas être restreinte et les objectifs du CEB formulés dans la LEn ne doivent pas être étendus ou réduits par les dispositions réglementaires. A cet égard, le fait que l'art. 6 al. 12 LEn ne mentionne que l'établissement de « variantes » sans autre précision de caractéristiques **n'empêche pas, sur le principe, de concrétiser cette notion dans le règlement** – de sorte à la rendre plus aisément applicable et à lui conférer une sécurité juridique accrue.

2. *Les standards de performance énergétique sont-ils admissibles en tant qu'objectifs du CEB ?*

L'art. 13 al. 3 pREn exige que le CEB présente au moins une variante « conforme ou équivalente » à un standard de haute performance énergétique au sens de l'article 12B et une variante conforme « conforme ou équivalente » à un standard de très haute performance énergétique au sens de l'article 12C. Ces **standards énergétiques** sont définis en fonction de la performance énergétique des bâtiments, laquelle décrit la quantité d'énergie qu'un bâtiment consomme chaque année. La consommation dépend alors de la qualité du bâti, ainsi que de ses équipements énergétiques et de leur mode de fonctionnement.

L'interprétation combinée des art. 15 al. 7 LEn et 13 al. 3 pREn conditionne toute rénovation ou construction d'un bâtiment d'importance à la production d'au moins deux variantes atteignant des valeurs seuils de performance énergétique. La question est alors de savoir si l'exigence réglementaire d'atteindre un standard de performance énergétique, telle que formulée aux art. 12B et 12C REEn, est conforme au sens et aux buts du CEB inscrits à l'art. 6 al. 12 LEn. Plus précisément, cette exigence (par exemple de labellisation ou de classe énergétique) excède-t-elle le cadre légal de la LEn ?

A teneur de la définition légale du CEB, les objectifs qui lui sont assignés consistent à limiter, dans le cadre d'une construction ou d'une rénovation, les besoins en énergie d'une construction et de ses installations et de minimiser le recours aux énergies non renouvelables. Les variantes à présenter doivent ainsi permettre cumulativement de diminuer la consommation énergétique du bâtiment et d'augmenter la part d'énergies renouvelables pour couvrir les besoins de consommation qui subsistent. Aux art. 12B et 12C REEn sont exposées les conditions minimales permettant de répondre aux standards de performance énergétique requis afin de satisfaire aux exigences de contenu minimal du CEB

¹⁹ DUBEY/ZUFFEREY (note 18), N. 306.

exposé à l'art. 13 al. 3 pREn²⁰. Reste à examiner si ces standards **remplissent les objectifs et exigences de l'art. 6 al. 12 LEn, sans en ôter ou en ajouter** :

- S'agissant des bâtiments neufs, leur labellisation Minergie (ou équivalent) associée à un taux minimal de production propre d'électricité répond au standard de performance énergétique exigé (art. 12B al. 1 et 12C al. 1 REn). Les bâtiments certifiés Minergie se caractérisent par des besoins très faibles en énergie et une exploitation des énergies renouvelables aussi élevée que possible. Pour les nouvelles constructions, les indices énergétiques varient entre 55kWh/m²/an (Minergie) et 35kWh/m²/an (Minergie-A), le standard exigeant un minimum de production photovoltaïque propre d'au moins 10 W/m² de surface de référence énergétique (SRE) et jusqu'à la couverture totale des besoins d'exploitation selon le standard²¹. Un bâtiment certifié Minergie remplit de la sorte les deux objectifs du CEB, le REn précisant au demeurant le taux minimal de production propre d'électricité.
- A défaut de labellisation Minergie, les bâtiments neufs peuvent répondre aux standards énergétiques requis s'ils présentent un taux minimal de production propre d'électricité combiné à des valeurs limites des besoins d'énergie annuels du bâtiment, à une classe énergétique de bâtiment, voire au respect partiel des valeurs limites de la norme SIA 380/1 (art. 12B al. 2 et 12C al. 2 REn). Dans ce cas également, ces critères permettent également de poursuivre simultanément les deux objectifs formulés à l'art. 6 al. 12 LEn.
- Dans le cas des extensions de bâtiments et des rénovations, le standard énergétique exigé est atteint en combinant une part de production propre d'énergie et le respect de valeurs limites de besoins en énergie ou l'obtention d'une classe énergétique de bâtiment. Les deux objectifs du CEB sont ainsi concrétisés.

Selon ce qui précède, les standards de performance énergétique qui doivent faire l'objet de variantes **répondent en tous points aux objectifs du CEB** tels qu'ils ressortent de la définition de ce concept. L'art. 13 al. 3 pREn précise ces objectifs, mais n'excède ou ne restreint pas le cadre légal de l'art. 15 al. 7 LEn en les associant à des standards énergétiques préexistants (Minergie) ou définis réglementairement aux art. 12B et 12C REn. Ainsi encore, la concrétisation des objectifs du CEB – tels que formulés à l'art. 6 al. 12 LEn – par le biais de standards énergétiques à atteindre est conforme au pouvoir réglementaire d'exécution dont dispose le gouvernement cantonal. Ces standards satisfont de surcroît à l'art. 45 al. 2 de la loi fédérale sur l'énergie du 30 septembre 2016 (LEne²²) qui prescrit que les cantons édictent des dispositions sur l'utilisation économe et efficace de l'énergie dans les bâtiments existants ou à construire.

²⁰ Le projet de modification des art. 12B et 12C REn ne modifie en rien l'analyse, en cela qu'il n'affecte pas les éléments essentiels des standards de performance énergétiques.

²¹ <<https://www.minergie.ch/fr/a-propos-de-minergie/nouvelle-construction/minergie-a/>> (consulté le 3 août 2021).

²² RS 730.0.

3. *La spécification réglementaire des variantes attendues est-elle admissible ?*

L'art. 6 al. 12 LEn attache le CEB à la présentation de variantes permettant de réduire les besoins énergétiques des bâtiments et la consommation d'énergies non renouvelables. L'exécution de l'art. 15 al. 7 LEn au niveau réglementaire permet de concrétiser la notion de variante, de la préciser ; les standards de performance énergétique des bâtiments requis dans certaines variantes sont au demeurant conformes aux objectifs du CEB²³. Il reste encore à déterminer si la spécification de certaines variantes – que l'on peut qualifier d'obligatoires – au niveau réglementaire, est conforme à l'exercice du pouvoir réglementaire d'exécution.

Bien que la LEn ne dise rien à ce propos, l'art. 13 al. 3 pREn impose dans le CEB l'élaboration de deux variantes au moins, l'une à haute performance énergétique ou équivalente et l'autre à très haute performance ou équivalente. L'analyse de la conformité de cette exigence réglementaire suppose l'interprétation des dispositions pertinentes de la LEn, mais également de l'art. 13 pREn. Elle porte successivement sur les nouveaux bâtiments et les extensions de bâtiments existants (a), puis sur les rénovations (b).

a) *Les constructions nouvelles et les extensions de bâtiments d'importance*

L'art. 15 al. 1 LEn, seconde phrase, exige que tout nouveau bâtiment²⁴ et toute extension d'un bâtiment existant respecte « des **standards de haute performance énergétique** » (HPE-Neuf), ces derniers étant définis à l'art. 12B REEn²⁵. Le règlement peut néanmoins prévoir des exceptions (art. 15 al. 3 LEn) ; le Conseil d'Etat n'a toutefois pas usé de cette faculté, ni dans le règlement actuel ni dans le projet de modification du REEn. Par voie de conséquence, les nouvelles constructions et extensions de bâtiment ne sauraient présenter une performance énergétique inférieure au standard HPE-Neuf²⁶. En toute logique, le CEB ne peut pas non plus présenter de variantes dont la performance énergétique serait moindre que le standard minimal attendu pour les nouveaux bâtiments et les extensions de bâtiment. A cet égard, l'exigence d'une variante de haute performance énergétique figurant à l'art. 13 al. 3 pREn apparaît comme une simple concrétisation de l'art. 15 al. 7 LEn, au regard de l'art. 15 al. 1 LEn ; elle n'excède aucunement le cadre légal encadrant l'activité réglementaire du Conseil d'Etat.

L'art. 45 al. 1 LEnjoint les cantons à créer un cadre favorable à l'utilisation économe et efficace de l'énergie et à l'utilisation des énergies renouvelables. A cet effet, le but de la LEn est de définir des mesures propres à favoriser l'utilisation rationnelle et économe de l'énergie, ainsi que le développement prioritaire de l'exploitation des sources d'énergies renouvelables et indigènes (art. 1 al. 2).

²³ *Supra* III.A.1 et 2.

²⁴ Un bâtiment neuf est défini en tant que bâtiment à construire au sens de la norme SIA 380/1 (art. 12D al. 2 REEn).

²⁵ L'art. 12B REEn, mais également de l'art. 12B pREn, rappelle que le standard HPE-Neuf s'applique aussi bien aux bâtiments neufs (al. 1) qu'aux extensions de bâtiments (al. 3).

²⁶ ETAT DE GENÈVE, Plan directeur de l'énergie 2020-2030, p. 38.

L'énergie doit être, de surcroît, utilisée de manière économique²⁷ et rationnelle (art. 12 al. 1 LEn)²⁸. Pour sa part, le Plan directeur cantonal genevois de l'énergie (PDE) consacre l'amélioration de la performance énergétique intrinsèque des bâtiments (construction ou rénovation) comme une mesure nécessaire pour réduire la consommation tout en accroissant la part de renouvelable dans le mix énergétique²⁹. L'intention des autorités législatives et exécutives cantonales genevoises est de favoriser une amélioration constante de la performance des procédés et des installations utilisation de l'énergie – ceci à tous les niveaux³⁰. Ainsi, exiger qu'une variante au moins du CEB présente un niveau de performance énergétique supérieur au standard HPE-Neuf minimal satisfait au sens et au but de la LEn – en particulier le sens et le but du CEB. L'exigence d'une **variante THPE-2000 W**, pour les bâtiments à construire et les extensions de bâtiments, précise et concrétise les objectifs d'amélioration de la performance énergétique du parc immobilier genevois – en cela qu'elle conduit à produire au moins deux variantes différentes du point de vue de l'utilisation rationnelle de l'énergie.

Compte tenu des objectifs de la LEn, il n'y aurait guère de sens que la loi exige de produire deux variantes afin de favoriser une utilisation économe et rationnelle de l'énergie, tout en admettant que ces deux variantes se limitent à proposer une performance énergétique identique – correspondant qui plus est à la performance minimale attendue d'un nouveau bâtiment. La production de variantes a pour objectif de proposer des solutions admissibles différentes permettant d'opérer un choix éclairé en faveur de celle qui permet de satisfaire au mieux aux buts de la loi – compte tenu de l'ensemble des circonstances. Par conséquent, le Conseil d'Etat n'excède, à notre sens, pas son pouvoir réglementaire d'exécution dans ce cas de figure.

Au demeurant, l'exigence d'une variante de très haute performance énergétique n'est pas, *a priori* et de manière générale, disproportionnée au sens de l'art. 12 al. 3 LEn, en tant qu'elle ne concerne qu'une seule variante permettant d'élaborer une solution plus performante que le standard minimal exigé par l'art. 15 al. 1 LEn. A cet égard, l'art. 13 al. 3 pREn n'empêche pas le porteur de projet de présenter des variantes supplémentaires, de performance moindre (mais au moins HPE-Neuf). L'exigence d'une variante THPE-2000 W est d'autant moins disproportionnée que le projet d'ordonnance admet également la production d'une variante « équivalente » à ce standard énergétique, une variante qui a la même valeur ou la fonction que celui-ci. Le porteur de projet jouit ainsi d'une marge de manœuvre considérable. De surcroît, le département peut renoncer à exiger une variante

²⁷ Il s'agit plutôt d'une utilisation « économe » de l'énergie, dans le sens de l'art. 89 al. 1 *in fine* Cst. et de l'art. 1 al. 2 LEn.

²⁸ Par utilisation rationnelle, il faut entendre une utilisation caractérisée par un rendement énergétique optimisé qui « minimise la consommation d'énergie » (art. 6 al. 5 LEn).

²⁹ Les professionnels du bâtiment sont en particulier tenus de s'engager à privilégier « les solutions les plus performantes pour tous les processus utilisant de l'énergie ». ETAT DE GENÈVE, Plan directeur de l'énergie 2020-2030, p. 27, 57.

³⁰ *Supra* III.A.1 et 2.

Thierry Largey

THPE-2000 W en vertu de l'art. 13 al. 5 pREn, en particulier si elle devait être disproportionnée économiquement ou techniquement.

b) La rénovation de bâtiments d'importance

La rénovation de bâtiments d'importance n'est pas conditionnée à l'atteinte d'un niveau de performance énergétique prédéfini dans la loi. Tout au plus l'art. 15 al. 5 LEn prescrit-il, sous réserve de dérogations, qu'au minimum 30 % des besoins de chaleur admissibles pour l'eau chaude sanitaire soient couverts par les capteurs solaires thermiques lors de la rénovation de toitures.

Le Plan directeur cantonal de l'énergie a pour objectif d'accélérer la rénovation énergétique du parc bâti à Genève. En substance, il s'agit prioritairement d'accroître la quantité et la qualité des opérations de rénovation pour réduire la consommation énergétique des bâtiments, en visant un taux de 2,5 % / an du parc bâti d'ici à 2030. Il s'agit également d'accompagner l'abandon du chauffage fossile au profit de solutions renouvelables³¹. Les professionnels du bâtiment sont de plus invités à s'engager à privilégier les solutions les plus performantes pour tous les processus utilisant de l'énergie (chaleur, eau chaude, froid, électricité...) ³². Ces intentions stratégiques visent bien l'augmentation de la performance énergétique des bâtiments, sans pour autant en définir un niveau cible ou un niveau minimal ; elles ne sont en outre par expressément reprises dans la LEn.

En l'absence de prescriptions formulées dans la loi quant aux types de variantes à élaborer, il faut s'en remettre au sens et au but de la loi en examinant si l'exigence de variantes de haute, respectivement très haute, performance énergétique excède le cadre de la règle légale. En vertu de l'art. 6 al. 12 LEn, les variantes doivent permettre de limiter les besoins en énergie d'une construction et de ses installations et à minimiser le recours aux énergies non renouvelables. Si l'exécution de cette disposition permet au règlement de préciser et concrétiser ce qu'il faut entendre par limitation des besoins et des énergies non renouvelables, il est douteux qu'il puisse définir de manière impérative et exhaustive des standards spécifiques – en l'absence d'objectifs plus précis dans la loi.

La situation de l'art. 13 al. 3 pREn n'en reste pas moins **limite** : en utilisant l'expression « au moins », cette disposition n'empêche pas le porteur de projet d'élaborer d'autres variantes moins ambitieuses énergétiquement, mais qui peuvent s'avérer globalement plus adéquates ou opportunes. Elle n'impose à cet égard pas la mise en œuvre effective de la variante HPE, respectivement THPE, mais uniquement son élaboration afin d'examiner la faisabilité d'une telle variante compte tenu l'ensemble des circonstances. Le porteur de projet est au demeurant libre de produire des variantes de performance énergétique « équivalente » à la HPE ou respectivement la THPE. Il profite ainsi d'une marge de manœuvre importante. Le département peut en outre octroyer des dérogations permettant de renoncer à l'obligation de présenter l'une ou les deux variantes du troisième alinéa (art. 13 al.

³¹ ETAT DE GENÈVE, Plan directeur de l'énergie 2020-2030, p. 38.

³² Idem, p. 57.

5 pREn). Les standards HPE et THPE sont enfin adaptés aux rénovations et distincts de ceux applicables aux bâtiments neufs.

Si l'art. 13 al. 3 pREn ne restreint pas la portée ou le contenu légal du CEB, se limite-t-il pour autant à en fixer les détails ou entend-il l'obligation légale à charge du porteur du projet ? A notre sens, cette disposition réglementaire n'introduit pas à proprement parler de nouvelle obligation à charge des administrés, pas plus qu'elle n'étend l'obligation formulée à l'art. 15 al. 7 LEn. L'obligation prévue dans la loi consiste à élaborer un CEB comprenant au moins deux variantes. L'art. 13 al. 3 pREn n'élargit pas cette obligation – ni ne la restreint – dès lors qu'elle n'impose pas d'élaborer plus de deux variantes, mais le permet. En revanche, **la disposition réglementaire précise le contenu de l'obligation** ; elle oriente le processus d'établissement du CEB vers les variantes propres à atteindre les objectifs d'utilisation rationnelle de l'énergie à l'échelle du parc immobilier genevois. Ce faisant, le règlement se conforme au sens, à l'esprit et à l'effet de la loi ; il permet également son application plus sûre et harmonisée. Dans une interprétation extensive, il n'est ainsi à notre sens pas exclu de considérer que l'art. 13 al. 3 pREn constitue une norme d'exécution de la loi³³.

Si une règle d'exécution ne doit pas réduire ou étendre la portée de la règle légale à laquelle elle se rapporte, elle doit également se conformer au reste de l'ordre juridique. En substance, l'application de l'art. 13 al. 3 pREn doit respecter le principe de la proportionnalité rappelé à l'art. 12 al. 3 LEn. Dit autrement, si la production d'une variante de haute ou de très haute performance énergétique devait s'avérer économiquement ou techniquement disproportionnée, il convient d'y renoncer et l'autorité ne saurait l'exiger. Une telle **réserve ressort explicitement de l'art. 13 al. 5 pREn**. En substance, le département peut déroger aux exigences réglementaires relatives aux variantes, en particulier en renonçant à exiger les variantes HPE ou THPE qui se montrent disproportionnées ou inadéquates. Dans une approche plus précise et restrictive, il aurait été possible d'exclure réglementairement les variantes disproportionnées. L'usage d'une disposition dérogatoire formulée de manière large offre toutefois l'avantage de conférer à l'autorité la marge d'appréciation nécessaire à l'examen de l'ensemble des circonstances de chaque cas particulier – pas uniquement sous l'angle de la proportionnalité.

B. Les exceptions à l'obligation d'établir un CEB

En vertu de l'art. 15 al. 10 LEn, les **exceptions à l'obligation d'établir un CEB** – inscrite à l'art. 15 al. 7 LEn – peuvent être prévues par voie réglementaire ; elles doivent pour le moins (« notamment ») concerner les rénovations qui ne sont pas susceptibles « de présenter un impact énergétique sensible ». Cette disposition légale contient des notions juridiques indéterminées qui confèrent au Conseil d'Etat une certaine marge de manœuvre réglementaire afin de définir et préciser ce qu'il faut entendre par impact énergétique sensible.

³³ Voir à ce propos DUBEY/ZUFFEREY (note 18), N. 306-307.

Dans le règlement actuellement en vigueur, deux exceptions sont prévues de manière exemplative (« notamment ») à l'art. 13 al. 8 REn. La première concerne l'extension d'un bâtiment d'importance si la nouvelle construction représente moins de 15 % de la surface de référence énergétique du bâtiment, sans dépasser 1'000 m² ; la seconde porte sur la rénovation partielle d'un bâtiment d'importance concernant moins de 500 m² de surface de référence énergétique. Ces exceptions visent les extensions et rénovations limitées qui présentent en général un impact énergétique minime – du moins non sensible.

Le nouvel art. 13 pREn concrétise la compétence réglementaire du Conseil d'Etat inscrite à l'art. 15 al. 10 LEn de trois manières.

En premier lieu, la seconde partie de l'art. 13 al. 2 pREn prévoit que l'obligation d'établir un CEB connaît une exception lorsque la construction ou la rénovation respecte **un standard de très haute performance énergétique** visé à l'article 12C REn. On comprend ici qu'il n'y a aucune nécessité d'exiger un CEB pour un bâtiment qui atteint déjà le plus haut niveau de performance énergétique qui est exigé dans le cadre de l'établissement du CEB, à l'art. 13 al. 3 pREn. De surcroît, une telle exception à l'obligation d'établir un CEB satisfait au motif mentionné à l'art. 15 al. 10 LEn en cela que la rénovation d'un bâtiment respectant un très haut standard énergétique ne présente en principe pas d'impact énergétique sensible. Ce n'est toutefois pas la situation à laquelle songeait en premier lieu le parlement cantonal en amendant l'art. 15 al. 10 LEn³⁴.

En deuxième lieu, un régime de dérogations est prévu à l'art. 13 al. 5 pREn, permettant au département de ne pas appliquer les prescriptions visées aux alinéas 1 à 4 du même article. Il peut ainsi être dérogé de cas en cas, selon les circonstances d'espèce, à l'obligation d'établir un CEB. Les dérogations peuvent concerner tout bâtiment d'importance, en particulier ceux qui sont classés en vertu de la loi sur la protection des monuments, de la nature et des sites du 4 juin 1976 (LPMNS³⁵). Ce **régime dérogatoire général** n'est pas, comme tel, prévu par la LEn. Toutefois, compte tenu de la clause de délégation prévue à l'art. 15 al. 10 LEn, le Conseil d'Etat est habilité à édicter des règles primaires en matière d'exceptions à l'obligation d'établir un CEB ; de surcroît, l'art. 15 al. 10 LEn ne formule les motifs d'exception qu'à titre exemplatif (« notamment »). Le Conseil d'Etat peut ainsi prévoir d'autres motifs dans le règlement ou laisser le soin à l'autorité d'exécution de définir de cas en cas l'existence d'un motif d'exception. Le département dispose à cet égard d'une très large marge d'appréciation dans l'octroi ou le refus de dérogations³⁶. On note que le régime d'exception de l'art. 13 al. 5 pREn permet également au département de déroger à l'exemption de CEB inscrite à l'art. 13 al. 2 pREn, s'agissant des bâtiments d'importance conformes à une très haute performance énergétique.

³⁴ *Supra* I.B.

³⁵ RSGE L 4 05.

³⁶ Les conditions jurisprudentielles attachées aux dérogations sont alors applicables. Voir à ce propos MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 10), p. 641 ; TANQUEREL (note 10), N. 862.

L'art. 15 al. 10 LEn exige du Conseil d'Etat qu'il établisse des prescriptions³⁷ pour les rénovations dépourvues d'effet énergétique sensible. Il est tenu de prévoir dans le règlement des exceptions à l'obligation d'établir un CEB dans le cas de rénovations qui ne sont pas susceptibles de présenter un impact énergétique sensible. Pour y satisfaire, l'art. 13 al. 6 pREn envisage en troisième lieu deux situations dans lesquelles un CEB ne peut aucunement être exigé par l'autorité :

- (let. b) en cas de **rénovation** d'un bâtiment d'importance, deux conditions cumulatives sont exigées : la rénovation ne doit pas porter sur le système de production de chaleur et doit concerner moins de 15 % de l'enveloppe thermique hors sol.
- (let. a) en cas d'**extension d'un bâtiment** d'importance, trois conditions cumulatives s'imposent : la partie nouvelle du bâtiment présente moins de 15 % de la surface de référence énergétique du bâtiment ; elle n'excède pas 500 m² ; le système de production de chaleur ne doit pas être modifié.

La situation visée à la let. b concrétise directement le motif de dispense de CEB de l'art. 15 al. 10 LEn, en fixant les seuils de ce qui peut être considéré comme une rénovation présentant un « impact énergétique sensible ». La let. a emprunte un mécanisme semblable, s'agissant des extensions de bâtiments existants ; le caractère ouvert de l'art. 15 al. 10 LEn n'y fait pas obstacle.

C. Conclusions intermédiaires

Le **pouvoir réglementaire** d'exécution de la loi dont dispose le Conseil d'Etat lui permet de concrétiser, dans des dispositions réglementaires, le concept de CEB. Il peut notamment préciser le sens des notions juridiques indéterminées figurant à l'art. 6 al. 12 LEn, de manière à faciliter leur application et accroître la sécurité juridique. En revanche, les dispositions réglementaires ne sauraient étendre ou restreindre la lettre, le sens ou le but de la loi. En tant qu'il exécute cette dernière, le règlement peut ainsi préciser la notion de « variantes » exigées par la loi.

Les **standards de performance énergétique** prévus aux art. 12B et 12C REEn, associés au CEB par l'art. 13 al. 3 pREn, satisfont aux objectifs de celui-ci tels qu'ils ressortent de la définition de l'art. 6 al. 12 LEn. Le Conseil d'Etat n'excède ou ne restreint ainsi pas son pouvoir réglementaire d'exécution en associant ces objectifs à des standards énergétiques comme Minergie ou d'autres valeurs limites de besoins en énergie.

L'exigence réglementaire d'un standard de performance énergétique HPE-Neuf pour les **bâtiments neufs et les extensions de bâtiments d'importance** est conforme au cadre légal défini dans la LEn, en particulier compte tenu de l'art. 15 al. 1 LEn. Il en est de même de l'exigence de standard THPE-2000 W dans une interprétation téléologique de la LEn, d'autant plus que le porteur de projet a tout loisir de présenter une variante de performance énergétique « équivalente » au standard THPE. Conformément à l'art. 12 al. 3 LEn, le département est au surplus

³⁷ Le règlement « prévoit » (*prae-videre* : concevoir d'avance).

Thierry Largey

tenu de déroger à cette exigence si la variante devait s'avérer disproportionnée dans les circonstances d'espèce.

Dans le cas des **rénovations de bâtiments**, l'exigence réglementaire de variantes de standard de performance HPE et THPE se trouve dans une situation que l'on peut qualifier de limite par rapport à la compétence d'exécution du gouvernement. Dans une interprétation large de la loi, il ne nous paraît toutefois pas exclu d'admettre qu'elle soit conforme au sens, au but et à l'effet de l'art. 15 al. 7 LEn ; ce point de vue est renforcé par le fait que le porteur de projet dispose d'une importante marge de manœuvre en pouvant présenter une variante de performance énergétique « équivalente » au standard HPE, respectivement THPE. La réserve réglementaire de l'art. 13 al. 5 pREn permet au demeurant de renoncer aux variantes de haute ou très performance énergétique qui pourraient s'avérer disproportionnées du point de vue économique ou technique.

L'art. 15 al. 10 LEn charge le Conseil d'Etat de prévoir des dispositions réglementaires **dispensant de l'obligation d'établir un CEB**, notamment lorsqu'une rénovation n'est pas susceptible de présenter un impact énergétique sensible. L'art. 13 pREn concrétise expressément ce motif d'exception à son alinéa 6 let. b en fixant une ampleur limite maximal de la rénovation. D'autres dispenses de CEB sont également prévues par le règlement, en conformité avec la délégation de compétence conférée au Conseil par l'art. 15 al. 10 LEn ; elles concernent certaines extensions de bâtiments, ainsi que la construction et la rénovation de bâtiments de très haute performance énergétique.

IV. Examen de la conformité des articles 13L à 13N pREn (nouvelle section 3A)

Le projet de révision du REn introduit une nouvelle section 3A consacrée aux installations productrices de chaleur. Celle-ci comprend trois nouveaux articles portant successivement sur les principes (art. 13L pREn), les installations productrices de chaleur alimentées en combustibles fossiles ou en bivalence (art. 13M pREn) et les installations alimentées en combustibles renouvelables (art. 13N pREn). Ces dispositions ont été établies en prenant en considération certaines observations formulées dans l'avis de droit du 3 mai 2021, à propos de la proposition d'art. 13I abrogé dans l'actuelle version du projet de révision du REn.

La nouvelle section 3A du règlement trouve sa source à l'art. 21 LEn. L'analyse consiste à examiner si et dans quelle mesure les art. 13L à 13M pREn se conforment au cadre légal fixé par la loi dans un contexte largement gouverné par un pouvoir réglementaire limité à l'exécution de la LEn³⁸. En préambule, elle envisage le cadre légal formé par l'art. 21 LEn (A), avant d'examiner successivement la légalité des art. 13L (B), 13M (C) et 13N (D) pREn.

³⁸ *Supra* II.

A. Le cadre légal de l'art. 21 LEn

L'art. 21 LEn porte sur la mise en place, le renouvellement ou la transformation d'une installation productrice de chaleur. Il comprend cinq alinéas que nous proposons d'examiner brièvement, pour les aspects qui peuvent s'avérer déterminants dans l'analyse des dispositions réglementaires d'exécution proposées par le projet de révision du REn.

1. Al. 1, systèmes chaleur-force

Dans le domaine des installations de production de chaleur, l'un des buts est de prévenir et éviter le gaspillage d'énergie. Pour ce faire, l'autorité compétente est tenue d'encourager les systèmes chaleur-force (cogénération) dès lors qu'il est techniquement et économiquement possible d'y recourir. Cette tâche consiste à inciter et favoriser l'utilisation d'installations permettant une autoconsommation afin d'actionner une pompe à chaleur.

Le REn, dans sa version actuellement en vigueur, évoque la cogénération à l'art. 13I al. 1, en se limitant à en exposer la définition. Cette disposition n'est pas reprise dans le projet de révision réglementaire, l'art. 13I REn étant abrogé.

2. Al. 2, autorisation énergétique

a) Le cadre légal

Le deuxième alinéa de l'art. 21 LEn soumet à **autorisation (autorisation énergétique)** la mise en place, le renouvellement ou la transformation d'une installation productrice de chaleur répondant aux conditions cumulatives et exhaustives suivantes :

- l'installation est – tout ou part – alimentée en combustibles fossiles ou en combustibles d'origine renouvelable. Les installations alimentées en rejets de chaleur échappent *a contrario* au régime d'autorisation spéciale de l'art. 21 al. 2 LEn ;
- sa puissance excède un seuil fixé dans le REn, à charge du Conseil d'Etat de le préciser. A l'heure actuelle, le seuil de puissance est fixé à 1 MW pour les installations à combustibles fossiles et à 1 MW ou 70 kW pour les installations à combustible d'origine renouvelable, respectivement aux art. 13I al. 2 et 13J al. 1 REn.

Le but de l'autorisation énergétique est avant tout de permettre à l'autorité compétente de procéder à un contrôle *a priori* de la conformité des installations productrices de chaleur aux objectifs d'utilisation rationnelle et économe de l'énergie et d'exploitation prioritaire des énergies renouvelables et indigènes (art. 1 al. 2 LEn), aux prescriptions énergétiques de l'art. 14 al. 1 LEn et des art. 12D

Thierry Largey

(abrogé dans le projet de révision du règlement) et 12I REn³⁹, ainsi qu'à l'ordre de priorité énergétique instaurée à l'art. 21 al. 3 et 4 LEn.

b) *L'art. 13D pREn*

L'autorisation énergétique fait l'objet de dispositions d'exécution dans le règlement, aux art. 13D ss REn. Le projet de révision réglementaire envisage d'adapter la teneur de l'art. 13D REn, notamment avec l'ajout d'un nouvel al. 2 chargeant le département de préciser, par ordonnance administrative, les objets soumis à autorisation énergétique sans être soumis à autorisation de construire.

Le régime développé à l'art. 13D pREn, qui reprend largement l'actuelle disposition réglementaire, envisage deux situations distinctes s'agissant des installations soumises à autorisation énergétique au sens de l'art. 21 al. 2 LEn :

- Lorsque l'installation en cause est simultanément **soumise à une autorisation de construire**, l'OCEN ne délivre pas d'autorisation énergétique spéciale, mais un préavis liant destiné au département en charge de la police des constructions (art. 13D al. 3 pREn). Dans l'hypothèse où le préavis est négatif, l'autorisation de construire doit être refusée. Dans cette situation, l'autorisation de l'art. 21 al. 2 LEn est absorbée par l'autorisation de construire (principe de concentration). On comprend de la teneur de l'art. 13D al. 1 pREn, interprété *a contrario*, que la demande énergétique dans ce cas-là ne doit pas être effectuée par le biais de la formule officielle *ad hoc* ; elle est entreprise dans le cadre de la procédure d'autorisation de construire⁴⁰.
- Lorsque l'installation n'est **pas soumise à une autorisation de construire**, la demande d'autorisation énergétique doit être effectuée par le biais de la formule *ad hoc* adressée à l'OCEN. En ce cas, ce dernier se prononce par le biais d'une décision administrative spéciale notifiée au requérant (art. 13D al. 1 et al. 3 2^{ème} phrase pREn). Les installations concernées doivent être précisées dans une ordonnance administrative du département, laquelle devra être conformes à la législation sur les constructions et aux art. 13M ou 13N pREn.

L'art. 21 al. 2 LEn soumet certaines installations productrices de chaleur à « autorisation », sans préciser le type de décision en cause. D'autre part, cette décision doit être rendue par l'autorité compétente, sans que la loi ne spécifie de quelle autorité il est question ni s'il s'agit de l'autorité compétente dans le domaine de l'énergie ou d'une autorité unique. Il appartient au règlement de préciser ces différents aspects. Suivant l'art. 13D al. 3 pREn (art. 13 al. 2 REn), en présence d'une installation soumise à autorisation de construire, l'autorité compétente pour rendre la décision administrative prévue l'art. 21 al. 2 LEn est le département chargé de la police des constructions. Une telle attribution de compétence décisionnelle n'est pas contraire à la lettre et au sens de l'art. 21 al. 2 LEn, dès lors que l'office spécialisée dans le domaine de l'énergie est chargé de rendre un préavis

³⁹ Voir, par analogie, l'art. 21 al. 5 LEn.

⁴⁰ Le règlement actuel soumet toutes les demandes énergétiques à la formule officielle (art. 13D al. 1 REn).

contraignant (liant) pour l'autorité de décision ; elle se justifie également du point de vue du principe de la concentration et de la simplification des procédures. Il n'est pas non plus contraire à la loi de prévoir, en présence d'installations non soumises à autorisation de construire, une autre autorité compétente chargée de délivrer la décision spéciale (l'OCEN).

3. *Al. 3 et 4, hiérarchie des sources d'énergie*

La loi ne laisse pas le libre choix du type d'installation de production de chaleur à celui qui la met en place, la renouvelle ou la transforme. Dans le but d'inciter à l'utilisation rationnelle et économe de l'énergie et de favoriser les sources d'énergie les moins émettrices de CO₂, elle instaure de manière contraignante un ordre de priorité énergétique ou, dit autrement, une **hiérarchie des sources énergétiques** – découlant de la systématique des alinéas 3 et 4 de l'art. 21 LEn :

- Les installations alimentées au moyen de rejets de chaleur constituent la solution privilégiée et initiale. Elles ne sont pas soumises à autorisation énergétique, en vertu de l'art. 21 al. 2 LEn interprété *a contrario*. En revanche, elles doivent faire l'objet d'une déclaration de conformité préalable en vertu de l'art. 21 al. 5 LEn.
- Si preuve est faite qu'il n'est raisonnablement pas possible de satisfaire à la demande (totale) en énergie par le biais de rejets de chaleur⁴¹, autrement dit si une autre source d'énergie est nécessaire pour satisfaire aux besoins en chaleur, une installation alimentée par des combustibles d'origine renouvelable est alors admise (art. 21 al. 4 let. a LEn). Selon la lettre de la loi, le fardeau de la preuve incombe au requérant de l'autorisation énergétique.
- Ce n'est finalement que si preuve est faite qu'il n'est raisonnablement pas possible de satisfaire à la demande (totale) en énergie par le biais d'énergies renouvelables – si une autre source d'énergie est nécessaire pour garantir les besoins en chaleur – une installation alimentée en combustibles fossiles est alors admise (art. 21 al. 3 let. a LEn). Dans ce cas également, le fardeau de la preuve incombe au requérant de l'autorisation.

Du point de vue systématique, l'**art. 21 al. 4 LEn** suit un raisonnement en cascade. Dans un premier temps, s'il est prouvé que la demande en énergie pour l'installation productrice de chaleur ne peut pas être raisonnablement couverte au moyen de rejets de chaleur (autrement dit qu'une source d'énergie d'un autre type s'avère nécessaire), une installation alimentée en combustibles d'origine renouvelable est admissible (let. a). Celle-ci n'est toutefois autorisée que si, dans un second temps, elle intègre elle-même la meilleure technologie disponible, présente un haut degré d'efficacité exergetique⁴² (let. b) et répond aux prescriptions fixées

⁴¹ Sous-entendu, pour alimenter l'installation productrice de chaleur et la faire fonctionner.

⁴² L'exergie, associée à un transfert ou à un stock d'énergie, est définie comme le potentiel travail maximal qu'il serait idéalement possible de tirer de chaque unité énergétique transférée ou stockée. Elle permet de quantifier à la fois la quantité et la qualité des différentes formes d'énergie.

Thierry Largey

par le règlement dans les domaines de l'art. 14 al. 1 LEn (let. c). La première condition concerne ainsi le type de combustible alimentant l'installation (hiérarchie des sources énergétiques) ; les autres conditions portent sur les caractéristiques intrinsèques de l'installation alimentée en combustibles d'origine renouvelable.

L'art. 21 al. 3 LEn emprunte un mécanisme semblable. S'il est prouvé que la demande en énergie pour l'installation productrice de chaleur ne peut pas être raisonnablement couverte au moyen d'énergies renouvelables ou de rejets de chaleur, une installation utilisant des combustibles fossiles est admissible (let. a). Ici encore, cette première condition concerne le type de combustible alimentant l'installation (hiérarchie des sources énergétiques). Les autres conditions des let. b et c – qui sont formulées de manière identiques aux alinéa 3 et 4 de l'art. 21 LEn – concernent les caractéristiques intrinsèques de l'installation alimentée en combustibles fossiles.

L'octroi de l'autorisation énergétique de l'art. 21 al. 2 LEn est conditionnée au respect des exigences liées à l'ordre de priorité instauré aux al. 3 et 4, ainsi qu'aux critères spéciaux que doivent remplir les installations projetées qui y sont formulés.

4. *Al. 5, dispenses d'autorisation*

L'art. 21 al. 5 LEn permet au Conseil d'Etat de prévoir des règles primaires sous forme de dispenses d'autorisation pour les installations productrices de chaleur. Cette disposition introduit une clause de délégation permettant d'établir des dispositions de substitution pour les installations productrices de chaleur⁴³. Toutefois, la portée du pouvoir réglementaire est restreinte aux installations visées à l'art. 21 al. 4 LEn ; les dispenses d'autorisation ne peuvent être prévues que pour les **installations alimentées en combustibles d'origine renouvelable**. Le Conseil d'Etat ne saurait prescrire des dispenses pour les installations alimentées en combustibles fossiles.

5. *Al. 6, déclaration de conformité*

Les installations de production de chaleur qui ne sont pas soumises à l'autorisation spéciale de l'art. 21 al. 2 LEn doivent faire l'objet d'une déclaration préalable de conformité aux exigences issues de l'art. 14 al. 1 LEn. Sont visées les installations dont la puissance est inférieure au seuil fixé dans le règlement, ainsi que les installations alimentées exclusivement en rejets de chaleur.

B. L'art. 13L pREn

Le nouvel art. 13L pREn expose les principes relatifs aux installations productrices de chaleur. Parmi eux, le premier alinéa prévoit qu'elles doivent être alimentées **prioritairement et dans la mesure du possible par des énergies renouvelables ou des rejets de chaleur**. L'intention du Conseil d'Etat est de favoriser et promouvoir les sources énergétiques les plus économes et les moins émettrices en gaz à effet de

⁴³ *Supra* II.B.2.b.

serre, par conséquent à défavoriser les combustibles d'origine fossiles. Elle suggère ainsi une hiérarchie des sources énergétique, laquelle répond pleinement aux buts fixés dans la LEn (art. 1) et la législation fédérale sur l'énergie (art. 1 LEn).

Selon le principe juridique de hiérarchie des normes, la primauté des énergies renouvelables et des rejets de chaleur envisagée dans le règlement doit être conforme avec la hiérarchie des sources énergétiques mise en évidence à l'art. 21 al. 3 et 4 LEn, du moins elle ne doit pas la contredire. L'art. 13L al. 1 pREn n'exclut pas les installations alimentées en combustibles fossiles en précisant que la production de chaleur doit être « dans la mesure du possible » issue d'énergies renouvelables ou de rejets de chaleur ; il ne contredit dès lors pas l'ordre de priorité établi à l'art. 21 LEn, en considérant les combustibles fossiles comme sources résiduels – à n'utiliser que si le recours à d'autres sources d'énergie n'est pas raisonnable ou techniquement possible. Telle que formulée, la modification réglementaire confirme le principe de la **primauté des énergies d'origine non fossile** qui ressort du système établi par le législateur à l'art. 21 al. 3 et 4 LEn.

L'art. 13L al. 1 pREn n'établit pas de distinction hiérarchique entre les énergies renouvelables et les rejets de chaleur. Il ne consacre pour autant pas d'équivalence entre ces deux sources d'énergie, dès lors que la lettre et le sens de la disposition a pour unique but de rappeler la priorité des sources d'énergies non fossiles sur celles d'origine fossile. La prévalence des rejets de chaleur sur les énergies d'origine renouvelable de l'art. 21 LEn n'est dès lors pas remise en cause ou contredite par la disposition réglementaire ; elle n'est pas l'objet de la disposition réglementaire, de sorte que l'art. 13L al. 1 ne contredit pas le droit supérieur.

Les al. 2 à 4 de l'art. 13L pREn n'appellent guère de commentaires :

- Le deuxième alinéa lève une incertitude pratique, en précisant que les pompes à chaleur sont assimilées à des installations alimentées en énergie renouvelables. Le Conseil d'Etat agit dans le cadre de ses compétences réglementaires d'exécution en précisant un aspect particulier relatif aux installations à combustibles d'origine renouvelable ; aucune règle primaire n'est créée.
- Le troisième alinéa renvoie les pompes à chaleur réversibles, pouvant produire tant de la chaleur que du froid, au régime des installations de climatisation soumises à autorisation de l'art. 13H REn. Ces installations sont ainsi soumises aux deux régimes, correspondant à ses deux modes d'utilisation. Il s'agit d'une précision relevant d'une compétence réglementaire d'exécution qui ne contredit aucunement le droit supérieur.
- Le quatrième alinéa opère un renvoi aux prescriptions énergétiques figurant à l'art. 12I REn. Sans portée juridique propre, il procède au rappel de l'application des exigences relatives aux chauffages issues de l'art. 14 al. 1 let e LEn, lequel est déjà mentionné à l'art. 21 al. 3 let. c et al. 4 let. c LEn.

C. L'art. 13M pREn

L'art. 13M pREn concerne aussi bien les installations productrices de chaleur alimentées en combustibles fossiles ou fonctionnant en tandem avec une autre source de chaleur d'origine fossile (bivalence). Il a pour vocation de concrétiser l'art. 21 al. 3 LEn, de même que l'art. 21 al. 2 LEn. L'analyse s'attache à examiner la conformité du champ d'application de cette disposition réglementaire (1), puis celle de chacun de ses quatre alinéas (2 à 5).

1. Champ d'application

La disposition réglementaire vise aussi bien les installations alimentées – tout ou part – en combustibles fossiles que les installations qui fonctionnent en bivalence avec une source de chaleur d'origine fossile. Dans ce dernier cas, l'installation peut fonctionner ponctuellement – lors de grands froids par exemple – en utilisant du combustible d'origine fossile.

L'art. 21 LEn distingue les installations « alimentées en combustibles fossiles » (al. 3) des installations alimentées en combustibles d'origine renouvelable (al. 4). La loi ne dit toutefois pas – expressément – ce qu'il en est des installations qui fonctionnent **en ayant partiellement ou ponctuellement recours aux énergies fossiles**. Il convient alors de se procéder à une interprétation de la lettre et du sens de la disposition légale. Suivant le texte de la loi, le régime de l'art. 21 al. 3 LEn est applicable dès lors que la demande en énergie d'une installation ne peut être « raisonnablement couverte » en énergies d'origine renouvelable ou en rejets de chaleur. En d'autres termes, s'il est déraisonnable de renoncer à l'utilisation d'énergies fossiles, une autorisation est admissible selon le troisième alinéa. Il faut à notre sens comprendre que le régime de l'art. 21 al. 3 LEn s'applique aux installations alimentées en énergies fossiles, quelle que soit la part relative issue de celles-ci. La let. a de l'art. 21 al. 3 LEn réserve l'autorisation énergétique aux hypothèses où la demande en énergie ne peut être raisonnablement « couverte » en énergies d'origine non fossile. Sans autre précision relativisant quantitativement la notion de couverture, cette formulation implique qu'elle doit être totale. L'art. 21 al. 3 n'impose ainsi aucune proportion relative de l'alimentation en énergies fossiles ; il suffit que l'installation y ait recours pour qu'il trouve application. De surcroît le régime de l'art. 21 al. 4 LEn porte sur les installations alimentées exclusivement en énergies non fossiles et en partie au moins en énergies renouvelables. Partant, une installation utilisant partiellement des énergies fossiles ne saurait y être assujettie.

Suivant le sens de l'art. 21 LEn, la disposition vise à limiter autant que possible l'utilisation de combustibles fossiles, en ne l'admettant que s'il n'est raisonnablement pas possible de recourir aux énergies renouvelables ou aux rejets de chaleur. Pour ce faire, il convient en premier lieu de favoriser les installations alimentées totalement en énergies non fossiles.

Le Conseil d'Etat n'excède à notre sens pas sa compétence réglementaire d'exécution en définissant le champ d'application de l'art. 13M pREn de sorte à assujettir les installations en bivalence au régime de l'art. 21 al. 3 LEn. Il s'agit

d'une précision apportée à la notion d'installations alimentées en combustibles fossiles de l'art. 21 LEn ; celle-ci ne crée aucune règle primaire ni n'étend la portée de l'art. 21 al. 3 LEn qui concerne toute installation alimentée avec des combustibles fossiles.

2. *Al. 1, seuil de l'autorisation énergétique*

a) *La limite de 5 kW*

L'art. 21 al. 2 LEn charge le Conseil d'Etat de fixer réglementairement un seuil de puissance au-delà duquel la mise en place, le renouvellement ou la transformation d'une installation productrice de chaleur alimentée en énergies fossiles ou en énergies renouvelables est soumise à une autorisation énergétique⁴⁴. S'agissant des installations utilisant les énergies fossiles, l'art. 13M al. 1 pREn fixe ce seuil à une puissance nominale globale « supérieure à 5kW ». Dit autrement, les installations d'une puissance allant jusqu'à 5 kW compris sont dispensées d'autorisation énergétique.

b) *La proportionnalité du seuil*

Le seuil de 5 kW est très bas ; il devrait ainsi conduire à soumettre la très grande majorité des installations fonctionnant avec des combustibles fossiles à une obligation d'autorisation au sens de l'art. 21 al. 2 LEn. Bien que la nouvelle disposition réglementaire satisfasse au cadre de la compétence déléguée à l'art. 21 al. 2 LEn, il convient d'examiner si la mesure qu'elle contient – l'obligation de requérir une autorisation au-delà du seuil – respecte néanmoins le principe de **proportionnalité** de l'art. 5 al. 2 Cst., rappelé à l'art. 12 al. 3 LEn. Ce principe connaît trois maximes qui doivent être cumulativement remplies : l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens étroit⁴⁵.

La **maxime de l'aptitude** exige que la mesure étatique permette effectivement d'atteindre ou de favoriser le but d'intérêt public pour lequel elle est prise. Les buts d'intérêt public en cause consistent à favoriser l'utilisation rationnelle de l'énergie et le recours en priorité aux énergies renouvelables et aux rejets de chaleurs (art. 1 LEn), à atteindre un haut degré d'efficacité exergetique (art. 21 al. 3 LEn) tout en intégrant la meilleure technologie possible et en satisfaisant à certaines prescriptions énergétiques (art. 14 al. 1 LEn). Pour y parvenir, le régime d'autorisation énergétique permet à l'autorité d'entreprendre un contrôle *a priori* des installations, en garantissant que les exigences prescrites par la loi et son règlement sont effectivement respectées.

Pour que les buts d'intérêt public soient atteints, encore faut-il que le contrôle englobe la majeure partie des installations productrices de chaleur, du moins qu'il concerne suffisamment d'installations afin que le régime d'autorisation favorise effectivement une meilleure mise en œuvre des objectifs de la législation sur l'énergie. En d'autres termes, la mesure est apte si la part des installations qui

⁴⁴ *Supra* IV.A.2.a.

⁴⁵ Voir à ce propos TANQUEREL (note 10), N. 550 ss.

échappent à l'autorisation ne permettent pas de remettre en cause la réalisation des objectifs visés. En l'espèce, le seuil de 5kW est le résultat du recensement des chaudières (puissance et affectation du bâtiment) réalisé par l'OCEN en collaboration avec les Services industriels de Genève (SIG). Le recensement a démontré clairement que la majorité des chaudières fossiles qui seront à remplacer ou transformer durant les prochaines années présenteront une puissance située entre 10 kW et 30 kW. Elles concernent avant tout des villas, lesquelles peuvent être chauffées avec des puissances à partir de 5kW.

Dans ce contexte, avec un seuil fixé à 5 kW, l'autorité cantonale dispose des moyens juridiques pour opérer le contrôle de la majorité des rénovations et des remplacements futurs d'installations à énergies fossiles. Elle dispose à cet égard de la base légale suffisante la dotant de l'instrument juridique permettant de veiller à une transition vers des installations alimentées en énergies non fossiles, conformément aux objectifs visés par la loi. Dit autrement, avec un tel seuil, il est raisonnablement possible de procéder au contrôle *a priori* de la mise en œuvre effective et efficace des exigences de l'art. 21 LEn. Ainsi, le seuil de 5 kW satisfait à la maxime d'aptitude en cela qu'il englobe la majeure partie des renouvellements et des transformations d'installations prévisibles à l'avenir, mais aussi parce qu'il prend en considération le surdimensionnement des installations dans les villas dont la puissance pourrait être réduite dans les années prochaines.

On relève au passage que l'abaissement du seuil des installations à combustibles fossiles, par rapport à la situation actuelle, concrétise le contenu de la mesure n° 9 du plan de mesures OPair⁴⁶ 2018-2023 du canton⁴⁷.

La **maxime de nécessité** exige qu'entre plusieurs mesures aptes à atteindre le but d'intérêt public visé, on choisisse celle qui porte le moins atteinte aux intérêts publics ou privés opposés. Existe-t-il d'autres mesures qui permettent d'atteindre les buts évoqués plus haut tout en portant une atteinte moindre aux intérêts privés des propriétaires de bâtiments. Il convient de relever de manière liminaire que l'atteinte aux intérêts privés est en l'espèce limitée, puisqu'elle consiste à exiger le dépôt d'une demande d'autorisation énergétique plutôt que la rédaction d'une déclaration de conformité selon l'art. 21 al. 6 LEn. La demande d'autorisation est effectuée soit par le biais de l'autorisation de construire soit par celui d'une formule *ad hoc*, conformément à l'art. 13D pREn⁴⁸. Matériellement, les conditions à remplir sont en revanche les mêmes, que l'installation soit soumise à autorisation ou à déclaration de conformité. La différence réside dans les implications de la procédure à suivre : un contrôle par l'autorité dans le cas de l'autorisation, un autocontrôle dans le cas de la déclaration. A cet égard, l'intérêt du propriétaire à ne pas être soumis à un contrôle étatique ne saurait être considéré comme pertinent.

⁴⁶ Art. 44a LPE et art. 31 ss OPair (RS 814.318.142.1).

⁴⁷ DÉPARTEMENT DE L'ENVIRONNEMENT, DES TRANSPORTS ET DE L'AGRICULTURE (DETA), Plan de mesures OPair 2018-2023 du canton de Genève, Assainissement de la qualité de l'air, p. 31 : « Abaisser le seuil des autorisations pour les installations fossiles (art. 21 LEn, art. 13I REEn) ».

⁴⁸ *Supra* IV.A.2.b.

Dans le cadre de l'examen de la maxime d'aptitude, compte tenu des exigences de l'art. 21 al. 2 et al. 5 LEn, seule une augmentation du seuil pourrait être envisagée. En relevant le seuil, une part importante et cruciale des remplacements et des transformations d'installations à énergies fossiles dans les prochaines années échapperaient au contrôle de l'autorité. Ce faisant, les buts d'intérêt public visés ne pourraient plus être atteints ou effectivement favorisés par le biais du régime d'autorisation. Un seuil plus élevé, tel que 70 kW ou 1 MW, serait ainsi disproportionné car inapte à atteindre les buts d'intérêt public tirés de la LEn. De surcroît, le régime de la déclaration de conformité, entrée en vigueur en 2010, a montré son inaptitude à garantir une bonne mise en œuvre des objectifs énergétiques énumérés plus haut. Alors que les changements d'installations, toutes puissances confondues, se font par centaines par ans, seules quelques dizaines de déclarations sont transmises à l'autorité ; de nombreuses installations soustraites à l'autorisation énergétique ne font ainsi pas l'objet de déclaration.

On pourrait néanmoins s'interroger sur un seuil fixé à 10kW. Sans porter une atteinte nettement moindre que 5 kW aux intérêts privés des propriétaires, il aurait comme conséquence d'exclure une partie des installations équipant les villas – réduisant de la sorte l'aptitude de la mesure. Au-delà d'un seuil de 5 kW, il apparaît que l'exigence légale faite aux propriétaires d'opter pour des technologies à haut degré d'efficacité exergetique⁴⁹, notamment les pompes à chaleur, ne peut être atteinte dans le canton.

La **maxime de proportionnalité au sens étroit** exige que la mesure se trouve dans un rapport raisonnable avec le sacrifice imposé aux administrés. En l'occurrence, il est raisonnable de soumettre les propriétaires de bâtiments souhaitant installer, remplacer ou transformer une installation à combustibles fossiles à un régime d'autorisation énergétique, compte tenu du bénéfice offert par le contrôle *a priori* de l'autorité sur la mise en œuvre des objectifs énergétiques et climatiques définis dans la LEn et dans la LEn. Ceci est d'autant plus vrai que les conditions matérielles attachées aux installations productrices de chaleur sont identiques, qu'elles soient ou non soumises à autorisation énergétique. Le bénéfice de la mesure prime ainsi largement sur les inconvénients pratiques d'une demande d'autorisation par le biais d'une formule *ad hoc* ou dans le cadre de la demande d'autorisation de construire.

3. *Al. 2, remplacement du brûleur ou d'autres composants annexes*

a) *La notion de transformation*

L'art. 21 al. 2 LEn et l'art. 13M al. 1 pREn soumettent à autorisation énergétique la « mise en place », le « remplacement » ou la « transformation » de certaines installations productrices de chaleur. Ces notions sont juridiquement indéterminées et ne sont pas définies par la loi. De la sorte, le règlement peut les concrétiser et en

⁴⁹ Pour l'exemple, une pompe à chaleur présente un rendement exergetique de 26, alors qu'une chaudière à gaz atteint un facteur maximal de 6.5.

préciser la portée – dans les limites de la liberté d'appréciation et du pouvoir d'exécution qui appartiennent au Conseil d'Etat.

Dans son acception usuelle, le **remplacement** signifie mettre quelque chose à la place d'une autre chose, afin de remplir le même rôle. Selon la lettre de la loi, le remplacement porte sur la substitution d'une installation productrice de chaleur par une autre installation ayant la même fonction ; il concerne l'installation dans son intégralité, du moins dans sa substance, et non pas le changement de l'un de ses composants. Usuellement encore, la **transformation** désigne une modification d'une installation existante de sorte à la rendre différente ou en changer la forme. La transformation peut être légère ou profonde, concerner la structure ou seulement un composant d'une installation. Elle n'implique pas un changement intégral de l'installation – ce serait alors un remplacement.

L'art. 13M al. 2 pREn assimile à une « transformation » le remplacement du **brûleur ou d'un composant annexe** à une installation productrice de chaleur de 20 ans ou plus. Plus précisément, le changement d'un composant annexe d'une ancienne installation est soumis au régime de l'autorisation énergétique, aux conditions des art. 21 al. 3 LEn et de l'art. 13M pREn. Le but de cette nouvelle disposition réglementaire est de prendre en considération l'importance du composant « brûleur » de l'installation productrice de chaleur, en tant qu'il en est un élément substantiel. Il s'agit de garantir que la durée de vie des installations à énergies fossiles ne soit pas prolongée indéfiniment en changeant ce seul composant hors de toute obligation d'autorisation énergétique (art. 21 al. 2 LEn) ou de déclaration de conformité (art. 21 al. 5 LEn).

L'art. 13M al. 2 pREn précise et concrétise réglementairement la notion de transformation, en la rapprochant de la définition usuelle exposée ci-avant. On comprend, à la lecture de cette nouvelle disposition, que la notion de « transformation » figurant dans la LEn couvre les modifications d'une installation par le changement de certains de ses composants ; elle ne vise en principe pas la simple substitution d'un élément par un élément identique de même fonction, sans modification de l'installation⁵⁰. Le cas des anciennes installations est en revanche particulier. Le changement de leur composants annexes, en particulier celui du brûleur, conduit dans les faits à modifier l'installation elle-même (la transformer) en la dotant d'éléments modernes nettement différents techniquement des éléments vieux de plus de 20 ans – même si la fonction reste similaire. Il n'est à notre sens ni contraire au droit supérieur ni disproportionné de considérer que de tels changements constituent des transformations de l'installation ; il s'agit d'une précision de la notion exposée dans la loi répondant aux objectifs visés par le régime de l'autorisation énergétique.

⁵⁰ Dans le cas contraire, si le changement d'un élément d'une installation était en toute circonstance une transformation à l'art. 21 al. 1 LEn, l'art. 13M al. 2 pREn ne serait d'aucun intérêt. Plus encore, il jetterait une incertitude juridique en ce qui concerne le régime applicable au remplacement des composants annexes des installations de moins de 20 ans.

L'art. 13M al. 2 pREn précise que la notion de transformation s'étend aux changements de « composants annexes », tels que les brûleurs. Cette notion, elle aussi juridiquement indéterminée, ne peut que concerner les éléments standards complexes qui composent l'installation productrice de chaleur – en principe des éléments importants de l'installation. Ne sauraient être visés chacune des pièces ou éléments secondaires de l'installation pris isolément, sous peine d'étendre sans droit la portée de l'art. 21 al. 2 LEn ; le législateur n'a en effet pas retenu leur remplacement dans cette disposition si l'on s'en tient à la définition de la transformation qui découle de l'art. 13M al. 2 pREn.

b) *Choix terminologique*

Du point de vue terminologique, la notion de « remplacement » n'a pas la même signification et la même portée aux al. 1 et 2 de l'art. 13M pREn. Au premier alinéa, il désigne la substitution d'une installation – dans sa totalité ou sa substance – par une autre installation avec la même fonction ; au deuxième alinéa, il se limite à la substitution du seul brûleur. Pour éviter les confusions et des difficultés de compréhension, il serait souhaitable de **modifier le terme « remplacement »** à l'al. 2 et de le substituer par un synonyme comme « changement » ou « changement sans modification ».

c) *Le champ d'application de l'art. 13M al. 2 pREn*

Tel que rédigé, l'art. 13M al. 2 pREn se trouve en contradiction avec l'art. 21 al. 3 et 4 LEn. Cette contradiction réside dans le champ d'application de la disposition réglementaire. Celui-ci embrasse, selon la formulation utilisée, l'ensemble des installations productrices datant d'au moins 20 ans, peu importe leur mode d'alimentation énergétique. En substance, le remplacement d'un composant annexe d'une ancienne installation alimentée en combustibles renouvelables serait considéré comme une transformation soumise au régime de l'art. 13M LEn et de l'art. 21 al. 3 LEn. Plus encore, dans le cas d'une installation alimentée par des rejets de chaleur, le remplacement de l'un de ses composants annexes serait soumis à autorisation, alors que son remplacement intégral ne le serait pas (art. 21 al. 2 LEn *a contrario*).

La LEn ne distingue pas les installations productrices de chaleur en fonction de leur âge, mais uniquement en fonction de leur alimentation énergétique. En soumettant la transformation de l'ensemble des anciennes installations au régime des installations à combustibles fossiles, le règlement introduit une nouvelle obligation pour les détenteurs de certaines catégories d'installations productrices de chaleur ; celle-ci consiste à soumettre à autorisation des transformations qui y échappent en vertu de l'art. 21 al. 2 LEn (installations à rejets de chaleur) ou à soumettre au régime de l'art. 21 al. 3 LEn des installations qui relèvent de l'art. 21 al. 4 LEn (installations à combustibles renouvelables). Dans ce dernier cas, si les critères formulés dans la loi sont identiques, les exigences réglementaires divergent sensiblement.

Thierry Largey

En étendant sa portée à l'ensemble des installations datant de 20 ans au moins, l'art. 13M al. 2 pREn excède le pouvoir d'exécution dont dispose le Conseil d'Etat, en imposant en créant une règle primaire. **Pour y remédier**, deux alternatives sont envisageables :

- Limiter le champ d'application de l'art. 13M al. 2 p REEn aux seules installations alimentées en énergies fossiles : « *Le changement* du brûleur ou de tout autre composant annexe à une installation productrice de chaleur *alimentée en combustibles fossiles ou en bivalence* datant de 20 ans ou plus équivaut à une transformation d'une installation au sens du présent article ».
- Déplacer la disposition à l'art. 13L pREn, en l'adaptant en tant que principe valant pour l'ensemble des installations productrices de chaleur. Cela suppose de créer un nouvel alinéa dont la teneur pourrait être : « *Le changement* du brûleur ou de tout autre composant annexe à une installation productrice de chaleur datant de 20 ans ou plus équivaut à une transformation d'une installation *au sens de l'art. 21 al. 2 de la loi cantonale sur l'énergie* ». Cette seconde alternative offre l'avantage de la clarté et a vocation à s'appliquer au premier chef aux installations alimentées en combustibles fossiles.

4. Al. 3, haut degré d'efficacité exergetique

L'art. 21 al. 3 LEn conditionne l'octroi d'une autorisation énergétique à quatre conditions exhaustives et cumulatives :

- le demandeur doit établir que la demande en énergie ne peut être raisonnablement couverte par des énergies renouvelables ou des rejets de chaleur (let. a) ;
- l'installation intègre la meilleure technologie possible (let. b) ;
- l'installation présente un haut degré d'efficacité exergetique (let. b) ;
- l'installation satisfait aux exigences découlant de l'art. 14 al. 1 let. e LEn, autrement dit à l'art. 12I REEn (let. c).

Les conditions exposées à la let. b contiennent des notions juridiques indéterminées que le règlement peut expliciter, préciser et détailler, dans le cadre de la compétence réglementaire d'exécution du Conseil d'Etat. L'art. 13M al. 3 pREn a pour vocation de définir ce qu'il convient d'entendre par « haut degré d'efficacité exergetique ». Les trois autres conditions ne font, en revanche, l'objet d'aucune disposition réglementaire d'exécution. Selon le projet de règlement, un haut degré d'efficacité exergetique peut être atteint dans deux situations alternatives, limitativement exposées :

- *Let. a.* Dans les bâtiments présentant une efficacité énergétique globale de classe D selon le CECB, toute installation productrice de chaleur à combustibles fossiles présente un haut degré d'efficacité exergetique. Dit autrement, cette condition est de toute façon remplie dès lors que le bâtiment répond aux exigences de la classe énergétique D. Il peut s'agir d'un bâtiment ancien ayant bénéficié ultérieurement d'une bonne isolation, mais avec des

ponts thermiques subsistants ou d'un bâtiment largement réhabilité, avec toutefois des lacunes manifestes, ou sans recours à des énergies renouvelables⁵¹. Selon l'adage qui peut le plus peut le moins, cette solution est également applicable aux bâtiments de classe énergétique C entièrement réhabilités (enveloppe et installations techniques), mais qui ne sont pas combinés avec l'utilisation d'énergies renouvelables.

- *Let. b.* Une installation alimentée en combustibles fossiles ne peut être installée ou modifiée dans un bâtiment de classe énergétique E à G⁵² que si elle satisfait aux deux sous-conditions cumulatives énoncées dans la seconde situation envisagée à l'art. 13M al. 3 pREn. En premier lieu, elle doit répondre à la meilleure technologie disponible, sous-condition qui se confond avec la première condition formulée à l'art. 21 al. 3 let. b LEn⁵³. En second lieu, elle doit satisfaire aux exigences minimales de la recommandation SIA 380/1 : 1988 ; celle-ci intègre une production d'énergie renouvelable couvrant 30 % des besoins globaux de chaleur. En substance, la mise en place, le remplacement ou la transformation d'une installation à combustibles fossiles doit impérativement prévoir l'utilisation d'un système de production de chaleur utilisant des énergies renouvelables ou des rejets de chaleur pour une production de chaleur équivalent au tiers des besoins.

L'exigence d'une part minimale de chaleur provenant d'énergies renouvelables est-elle conforme à l'art. 21 al. 3 ou, au contraire, instaure-t-elle une nouvelle obligation que ne prévoit pas la loi ? Dans le second cas, la disposition réglementaire serait contraire au principe de la légalité, en cela qu'elle excéderait le pouvoir d'exécution du Conseil d'Etat en créant une règle primaire.

L'art. 21 al. 3 LEn admet, à certaines conditions, les installations alimentées en combustibles fossiles. Il ne précise toutefois pas que seules les installations utilisant exclusivement ce type d'énergies sont concernées. Au contraire, cette disposition porte sur toutes les installations ayant recours, en partie ou en totalité, aux énergies fossiles. En conséquence, elle s'applique également aux situations qui comprennent une couverture de 30 % au moins en énergies renouvelables. Cependant, l'art. 13M al. 3 let. b pREn exclut implicitement toute installation alimentée exclusivement ou à plus de 70 % avec des énergies fossiles – sous réserve d'un système de production de chaleur prévoyant plusieurs installations dont l'une utilise des énergies renouvelables.

Cette sous-condition réglementaire n'a pas pour but ou effet de reformuler la notion d'installations « alimentées en combustibles fossiles » de l'art. 21 al. 3

⁵¹ <<https://www.cecb.ch/le-cecb/quest-ce-que-le-cecb/>> (consulté le 8 août 2021).

⁵² Il va de soi que la let. b de l'art. 13M al. 2 est applicable à l'ensemble des bâtiments, quelle que soit leur classe énergétique. Toutefois, les exigences qu'elle contient étant en principe satisfaites par les bâtiments de classe A à D, cette situation n'a pas vocation à s'y appliquer.

⁵³ Etant strictement identique à la condition formulée à l'art. 21 al. 3 let. b LEn, cette sous-condition crée une redondance inutile. Dès lors qu'elle n'apporte aucune précision par rapport à la loi, elle pourrait être supprimée.

LEn en la restreignant ; selon la systématique et la lettre de l'art. 13M al. 3 pREn, elle précise la notion de « haut degré d'efficacité exergetique ». En d'autres termes, elle dit à quelles conditions une installation utilisant des énergies fossiles atteint le niveau d'efficacité exergetique prévu par la loi. Pour obtenir un haut degré, il est nécessaire de chauffer les bâtiments à basse température. Il est alors indispensable de rénover les bâtiments en les isolant et d'intégrer des systèmes énergétiques performants utilisant pour partie des énergies renouvelables ; autrement dit, il convient de favoriser des systèmes énergétiques intégrés et donc complexes⁵⁴.

Le critère énoncé à l'art. 13M al. 3 let. b pREn suppose que la condition formulée à l'art. 21 al. 3 let. b LEn – **le haut degré d'efficacité exergetique – ne puisse être satisfaite que si l'installation productrice de chaleur est partiellement alimentée en énergies renouvelables** ou en rejets de chaleurs, à hauteur de 30 % des besoins au moins ; dans le cas contraire, cette condition serait contraire à la LEn en imposant un minimum de chaleur d'origine renouvelable que la loi ne prévoit pas puisqu'elle admet sur le principe des installations alimentées en combustibles fossiles. Dans un tel contexte, le Conseil d'Etat n'excède ainsi pas son pouvoir d'exécution, lorsqu'il précise la portée pratique de la notion de « haut degré d'efficacité exergetique » dans le règlement en lui associant une part intrinsèquement nécessaire de chaleur d'origine renouvelable. De surcroît, le critère l'art. 13M al. 3 let. b pREn n'exclut pas les installations à énergies fossiles ni ne vide de sa substance l'art. 21 al. 3 LEn ; il exécute cette dernière en exprimant et explicitant les implications techniques et physiques de la notion juridique indéterminée qu'elle contient.

Ne pas inclure cette condition, dès lors que l'atteinte du haut degré d'efficacité exergetique en dépend, reviendrait à violer l'exigence posée à l'art. 21 al. 3 LEn en prévoyant dans le règlement des exigences moindres que celles prescrites par la loi.

5. *Al. 4, réserve de l'art. 12I REn*

Le quatrième alinéa réserve les prescriptions techniques de l'art. 12I REn. Un tel renvoi n'est guère pertinent dès lors que l'application de l'art. 12I REn aux installations productrices de chaleur est déjà rappelé, en tant que principe, à l'art. 13L al. 4 pREn ; il s'applique tant aux installations visées à l'art. 13M qu'à l'art. 13N pREn. Cet alinéa **peut être par conséquent supprimé**.

⁵⁴ DANIEL FAVRAT/CÉLINE WEBER, Indicateurs et méthodes de conception avancées en vue d'accroître la durabilité des services énergétiques urbains, Urbistique 2006, Lausanne, <<https://www.unil.ch/ouvdd/files/live/sites/ouvdd/files/shared/Colloque%202006/Communications/Energie/Theorie/D.%20Favrat%20et%20C.%20%20Weber.pdf>> (consulté le 8 août 2021).

6. Conclusions intermédiaires à propos de l'art. 13M pREn

L'art. 13M pREn concrétise l'art. 21 al. 3 LEn consacré à l'autorisation énergétique pour les installations utilisant des énergies fossiles. Son **champ d'application** porte tant que sur les installations exclusivement alimentées par ce type d'énergies, mais également à celles qui utilisent partiellement les énergies fossiles ou qui fonctionnent en bivalence en ayant ponctuellement recours à ces énergies. L'art. 21 LEn n'évoque pas expressément la situation des installations fonctionnant partiellement avec des énergies fossiles. Il ne s'agit toutefois ni d'une lacune proprement dite ni d'un silence qualifié de la loi. Tant la lettre que le sens de l'art. 21 al. 3 LEn conduisent à constater que son champ d'application s'étend aux installations alimentées tout ou part en énergies fossiles, sans égard à leur part relative respective.

L'art. 13M al. 1 pREn fixe, en application de l'art. 21 al. 2 LEn, **un seuil de puissance** au-delà duquel la mise en place, le remplacement ou la transformation d'une installation alimentée en énergies fossiles est soumise à l'autorisation énergétique de l'art. 13D pREn. Ce seuil est fixé à 5kW, de sorte à englober la majeure partie des modifications prévisibles de système de chauffage dans les années à venir. Il est à notre sens défini de manière proportionnée compte tenu des buts d'intérêt public visés par le contrôle *a priori* de l'autorité, notamment le respect des prescriptions énergétiques inscrites dans le règlement et l'utilisation accrue des énergies non fossiles.

L'art. 13M al. 2 pREn assimile le **remplacement (changement) du brûleur** d'une installation à énergies fossiles de 20 ans ou plus à une transformation de celle-ci. Ce faisant, il le soumet au régime d'autorisation énergétique des art. 13M et 13D pREn. Cette concrétisation réglementaire de la notion de transformation permet de considérer qu'elle vise les modifications d'une installation existante, notamment lors du changement de certains de ses éléments. Dans ce contexte, le remplacement de composants annexes, comme le brûleur, d'une installation ancienne par des éléments récents revient à modifier d'une certaine manière l'installation. Cette portée étendue de la transformation est à notre sens conforme avec les objectifs du régime d'autorisation énergétique et le sens de l'art. 21 al. 2 LEn.

La formulation proposée de l'art.13M al. 2 pREn soulève en revanche deux problèmes juridiques :

- La **notion de remplacement** peut être confondue avec le terme utilisé aux art. 21 al. 2 LEn et 13M al. 1 pREn, alors qu'elle ne vise que les brûleurs. Pour plus de clarté, il conviendrait de choisir un autre terme à l'art. 13M al. 2 pREn, par exemple « changement » ou « changement sans modification ».
- Le **champ d'application** de l'alinéa 2 porte tant sur les installations alimentées en énergies fossiles qu'en énergies renouvelables ou en rejets de chaleur. En cela, il n'est pas conforme à l'art. 21 LEn. Pour y remédier, il est envisageable de compléter le deuxième alinéa en limitant son champ d'application aux seules combustibles fossiles ; il est également possible de déplacer la disposition à l'art. 13L pREn pour en faire un principe applicable à toutes les installations productrices de chaleur.

Thierry Largey

L'art. 13M al. 3 pREn précise ce qu'il faut entendre par installation qui présente un « **haut degré d'efficacité exergetique** » à l'art. 21 al. 3 let. b LEn. La let. b prévoit que les bâtiments ne répondant pas à la classe énergétique D du CECB devront, en cas de mise en place, de remplacement ou de transformation d'une installation à combustibles fossiles, prévoir une couverture d'au moins 30 % des besoins de chaleur à partir d'énergies renouvelables – ou de rejets de chaleur. Cette condition peut paraître contraire à l'art. 21 al. 3 LEn, ce dernier n'excluant pas des installations exclusivement alimentées en énergies fossiles. Il convient toutefois de relever qu'elle se rapporte non pas au champ d'application la disposition de la loi, mais au critère du haut degré d'efficacité exergetique ; elle le concrétise et le précise en considérant qu'il ne peut être atteint sans un recours minimal aux énergies renouvelables. Il n'y a ainsi ni contradiction avec la base légale fondatrice, ni restriction de la volonté du législateur exprimées à l'art. 21 al. 3 LEn, dès lors que le recours à une part minimale de 30 % de chaleur d'origine renouvelable est nécessaire, dans le cas des bâtiments de classe énergétique E à G, pour atteindre le haut degré d'efficacité exergetique exigé par la loi. Dans ce cadre, l'art. 21 al. 3 LEn n'est pas vidé de sa substance par la condition fixée dans le projet de règlement. Celle-ci ne fixe ni une nouvelle condition ni une nouvelle obligation que ne connaîtrait pas la loi, mais procède à une concrétisation technique et physique d'une condition impérative prescrite par la loi en termes juridiquement indéterminés.

La **réserve de l'art. 12I REN** exposée au quatrième alinéa de l'art. 13M pREn constitue un rappel redondant de la réserve prévue en tant que principe à l'art. 13L al. 4 pREn. Elle peut être ainsi abandonnée.

D. L'art. 13N pREn

Le nouvel art. 13N pREn remplace l'actuel art. 13J REN, sans lui apporter de modification. Il porte sur les installations productrices de chaleur alimentées en combustibles renouvelables, concrétisant de la sorte l'art. 21 al. 4 LEn. Bien que cette disposition réglementaire soit déjà en vigueur, elle fait l'objet d'une brève analyse du point de vue de sa conformité au droit supérieur. L'analyse porte successivement sur la conformité des seuils de l'autorisation énergétique prévu par le règlement (1), puis sur celle des conditions posées à l'octroi d'une autorisation énergétique aux al. 2 à 4 (2). Sont également examinées l'exigence de justificatif de l'al. 4 (3) et la réserve de l'al. 6 (4).

a) Al. 1, seuil de l'autorisation énergétique

Comme pour les installations productrices de chaleur alimentées en énergies fossiles, l'art. 21 al. 2 LEn charge le Conseil d'Etat de fixer réglementairement un seuil de puissance au-delà duquel la mise en place, le renouvellement ou la transformation d'une installation productrice de chaleur alimentée en énergies renouvelables est soumise à une autorisation énergétique⁵⁵.

⁵⁵ *Supra* IV.C.2.a.

S'agissant des installations utilisant des combustibles renouvelables, le **seuil** est fixé, à l'art. 13N al. 1 pREn, à une puissance thermique de 1 MW, à l'exception des combustibles visés par le Plan de mesures OPair pour lesquelles la puissance-seuil des installations est établie à 70 kW. Sa conformité au droit supérieur ne soulève guère de commentaire, dès lors que les valeurs fixées concrétisent une tâche confiée au Conseil d'Etat par l'art. 21 al. 2 LEn. Il n'y a pas lieu de penser au demeurant qu'elles soient fixées soient contraires au principe de proportionnalité rappelé à l'art. 12 al. 3 LEn. En particulier, la fixation d'un seuil plus bas pour les combustibles faisant l'objet du plan de mesures de l'art. 44a LPE se justifie par le but du régime d'autorisation énergétique, lequel consiste à mettre en œuvre les objectifs du plan de mesures en coordonnant les politiques publiques de l'énergie et de l'environnement⁵⁶.

On note que le Conseil d'Etat renonce à utiliser la compétence, prévue à l'art. 21 al. 5 LEn, de prévoir des dispenses d'autorisation énergétique pour les installations utilisant les combustibles renouvelables. Cette compétence étant potestative (« peut prévoir des cas »), il peut y renoncer sans excéder ou abuser de sa liberté d'appréciation.

2. Les critères d'autorisation énergétique

L'art. 21 al. 4 LEn conditionne l'octroi d'une **autorisation énergétique** à quatre conditions exhaustives et cumulatives – formulées de manière identique à celles qui prévalent en matière d'installations à combustibles fossiles⁵⁷ :

- le demandeur doit établir que la demande en énergie ne peut être raisonnablement couverte par des rejets de chaleur (let. a) ;
- l'installation intègre la meilleure technologie possible (let. b) ;
- l'installation présente un haut degré d'efficacité exergétique (let. b) ;
- l'installation satisfait aux exigences découlant de l'art. 14 al. 1 let. e LEn, autrement dit à l'art. 12I REn (let. c).

Chacune des trois premières conditions fait l'objet d'une disposition spécifique d'exécution à l'art. 13N pREn, permettant de les concrétiser en les adaptant aux installations à combustibles renouvelables.

a) Al. 2, couverture raisonnable de la demande d'énergie

A l'art. 21 al. 4 LEn, le terme raisonnable évoque le **principe de proportionnalité**, mentionné expressément à l'art. 12 al. 3 LEn. Ce principe porte tant sur la nature de la mesure prescrite ou ordonnée que sur son coût. En élaborant les dispositions

⁵⁶ DÉPARTEMENT DE L'ENVIRONNEMENT, DES TRANSPORTS ET DE L'AGRICULTURE (DETA), Plan de mesures OPair 2018-2023 du canton de Genève, Assainissement de la qualité de l'air, p. 31.

⁵⁷ Il s'agit toutefois de dispositions légales différentes, pouvant être concrétisées différemment dans le REn dès lors qu'elles visent des situations et des installations distinctes.

Thierry Largey

du règlement d'application de la LEn, le Conseil d'Etat est tenu au respect de ce principe.

Suivant l'art. 21 al. 4 let. a LEn, dès lors que la couverture totale des besoins en chaleur d'un bâtiment ne peut être exigée en proportionnalité, une installation alimentée en combustibles renouvelables est admissible. Cela suppose qu'une installation utilisant les rejets de chaleur soit techniquement ou financièrement disproportionnée (pas raisonnablement exigible).

Suivant l'art. 13N al. 2 pREn, la couverture totale avec des rejets de chaleur est considérée comme raisonnable lorsque les rejets de chaleur sont « disponibles en quantité suffisante » et que leur exploitation est possible à des « coûts non disproportionnés ». Le second critère exprime le principe de proportionnalité des coûts de l'art. 12 al. 3 LEn, autrement dit le caractère financièrement raisonnable de l'installation utilisant des rejets de chaleur. Le premier critère concrétise le principe de proportionnalité technique de l'installation, donc du caractère raisonnable de la mesure elle-même. Elle le fait à deux égards. D'une part, il doit y avoir suffisamment de rejets de chaleur pour satisfaire à l'intégralité des besoins en chaleur. D'autre part, les rejets doivent être « disponibles », donc à disposition du demandeur de l'autorisation. Celui-ci doit pouvoir techniquement, matériellement et effectivement en disposer – avec des moyens et des coûts raisonnables.

Les deux critères de l'art. 13N al. 2 pREn remplis, il n'apparaît pas disproportionné – déraisonnable – de considérer que la couverture en rejets de chaleur soit exigible. En ce sens, la disposition réglementaire constitue une simple concrétisation de la notion juridique indéterminée de besoins en chaleur raisonnablement couverts en rejets de chaleurs ; celle-ci se limite à une exécution de la loi tout en étant conforme à l'art. 12 al. 3 LEn.

b) Al. 3, meilleure technologie disponible

La notion de meilleure technologie possible de l'art. 21 al. 4 LEn est définie dans le règlement comme la technologie qui, pour un même degré d'efficacité exergetique, offre la **plus grande limitation des émissions de polluants atmosphériques** – en particulier les poussières et les oxydes d'azote.

L'un des buts de la LEn et de la législation fédérale sur l'énergie est de favoriser un approvisionnement énergétique « respectueux de l'environnement » (art. 1 al. 1 LEn), autrement dit compatible avec les impératifs de l'environnement (art. 1 al. 1 LEn). Parmi ces impératifs peut être énoncée la limitation préventive des atteintes nuisibles ou incommodes (art. 1 al. 1 LPE), dont les pollutions atmosphériques (art. 7 al. 1 LPE, art. 1 OPair). Suivant l'art. 11 al. 1 LPE, ces dernières doivent être prévenues par des mesures prises à la source, de sorte à réduire la libération de polluants atmosphériques (émissions). Le principe de prévention exige que les émissions soient réduites dans la mesure que permettent l'état de la technique et les conditions d'exploitation et pour autant que cela soit économiquement supportable (art. 11 al. 2 LPE). S'agissant des installations productrices de chaleur, la concrétisation du principe de prévention consiste à porter le choix sur la technologie qui émet le moins de polluants atmosphériques, tout en étant

économiquement et technologiquement proportionné ; considéré du point de vue de la protection de l'environnement et du climat, il s'agit alors de la meilleure technologie possible. Lorsque le choix porte sur plusieurs technologies présentant une efficacité exergétique similaire, celle qui émet le moins de polluants représente de surcroît la meilleure technologie possible du point de vue technique.

Le critère de limitation des émissions de polluants atmosphérique permet de concrétiser la notion de meilleure technologie possible en cela qu'il favorise les installations ayant l'impact le moindre sur l'environnement et le climat parmi celles qui présente un même niveau exergétique⁵⁸. Il convient toutefois de relever que, conformément à l'art. 12 al. 3 LEn, la technologie la moins émettrices doit au demeurant répondre à l'exigence de proportionnalité technique et économique.

c) *Al. 4, haut degré d'efficacité exergétique*

Le règlement précise ce qu'il faut entendre par critère de haut degré d'efficacité exergétique mentionné à l'art. 24 al. 4 let. b LEn. L'installation à mettre en place, remplacer ou transformer doit présenter le **meilleur coefficient exergétique** dans le cas d'espèce, dans les limites de la proportionnalité des coûts. Cette disposition d'exécution, reprise intégralement de l'art. 13J al. 4 du REn dans sa version actuellement en vigueur, n'appelle pas de commentaire particulier.

3. *Al. 5, justificatif d'intégration*

L'art. 13M al. 5 pREn, repris de l'art. 13J al. 5 REn, requiert du requérant d'une autorisation énergétique pour les installations à combustibles renouvelables qu'il remette au département un **justificatif** remplissant une double fonction :

- examiner l'**intégration de l'installation** envisagée dans une vision globale du ou des bâtiments qu'elle alimente ;
- évaluer si l'installation projetée tient compte de l'**évolution des besoins thermiques** du bâti de sorte à limiter les besoins en énergie et éviter la multiplication des installations.

L'exigence du justificatif procède d'une approche globale, non pas du point de vue des caractéristiques propres de l'installation à mettre en place, à remplacer ou à transformer, mais de celui des besoins et des disponibilités énergétiques dans un ensemble bâti donné. Cette approche est envisagée à deux échelles. D'un part, il s'agit d'évaluer la cohérence de l'installation à l'échelle du bâtiment qu'il alimente, afin d'établir si elle est nécessaire ou correctement dimensionnée. D'autre part, il convient de montrer que l'installation est justifiée à l'échelle du territoire bâti considéré.

L'art. 21 LEn ne prescrit pas de condition liée à l'intégration de l'installation productrice de chaleur dans son environnement bâti ou de vision globale de l'alimentation en chaleur. Il ne constitue dès lors pas une base légale suffisante sur laquelle fonder la compétence d'adopter l'art. 13N al. 5 pREn. L'obligation de

⁵⁸ Cet objectif ressort de l'art. 1 LEn et de l'art. 1 LEn.

justificatif doit trouver son fondement dans une autre disposition de la loi cantonale ; à défaut elle se comporterait comme un règle primaire excédent la délégation de compétence réglementaire du gouvernement.

A suivre la lettre et le sens de l'art. 13N al. 6 pREn, le justificatif d'intégration tend à mettre en œuvre l'objectif d'utilisation (et de consommation) rationnelle et économe de l'énergie figurant à l'art. 1 al. 2 LEn ; son but est à ce titre de « limiter au maximum des besoins en énergie » comme le dit le texte réglementaire. L'utilisation économe et rationnelle de l'énergie n'intervient alors non pas dans la perspective de l'installation elle-même, mais de celle des besoins en chaleur qu'elle doit satisfaire. En substance, une nouvelle installation peut répondre techniquement aux exigences de l'art. 21 al. 4 LEn, mais n'être ni économe ni rationnelle car les besoins en chaleur sont déjà remplis par les installations existantes ou pourraient l'être aisément, voire car l'installation est surdimensionnée compte tenu des besoins réels et de leur évolution prévisible. A notre sens, cette disposition réglementaire constitue une mesure d'encouragement à la consommation rationnelle et économe d'énergie, concrétisant l'art. 19 LEn ; à ce titre, elle exécute la tâche dévolue au canton par le biais d'une exigence de justification d'intégration des installations à combustibles renouvelables au stade de l'autorisation énergétique.

On relève que l'art. 13N al. 5 pREn n'énonce pas une condition formelle ou matérielle de l'octroi de l'autorisation énergétique des art. 21 al. 2 LEn et 13D REEn, mais une exigence annexe qui s'attache à la procédure de demande d'autorisation. En d'autres termes, l'autorisation énergétique ne saurait être refusée au motif que le justificatif n'a pas été produit ou qu'il n'est pas suffisamment étayé. Le faire serait contraire à l'art. 21 al. 4 LEn qui précise que l'autorisation « est accordée » lorsque les conditions formulées aux let. a à c sont remplies. Celles-ci ne traitent aucunement de limitation des installations ou de vision globale des bâtiments et le règlement ne peut pas ajouter de nouvelle condition.

4. Al. 6, réserve d'autres règlements

Le sixième alinéa de l'art. 13N pREn n'appelle aucun commentaire particulier. Il consiste uniquement à réserver les dispositions spéciales applicables aux installations utilisant des énergies renouvelables figurant dans d'autres règlements cantonaux – notamment en matière de protection de l'air.

5. Conclusions intermédiaires à propos de l'art. 13N pREn

Le **seuil de puissance** au-delà duquel la mise en place, le remplacement ou la transformation d'une installation alimentée en énergies renouvelables est soumise à l'autorisation énergétique de l'art. 13D pREn est fixé à l'art. 13N al. 1 pREn. Il est repris du règlement dans sa teneur actuelle qui pose déjà la limite à une puissance thermique de 1 MW, à l'exception des combustibles visés par le Plan de mesures OPair pour lesquelles la puissance-seuil des installations est fixée à 70 kW. Cette disposition d'exécution concrétise la tâche confiée au Conseil d'Etat par l'art.

21 al. 2 LEn, ainsi que le plan de mesures OPair cantonal ; elle satisfait en outre au principe de proportionnalité de l'art. 12 al. 3 LEn.

Trois des quatre conditions prévues à l'art. 21 al. 4 LEn à propos de l'obligation d'**autorisation énergétique** trouvent des précisions à l'art. 13N al. 2 à 4 pREn. Ces dispositions, reprenant les alinéas 2 à 4 de l'art. 13J REn dans sa version actuelle, se limitent à préciser les notions juridiques indéterminées figurant dans la loi sans générer de nouvelles obligations ou prévoir de nouvelles conditions. Elles n'excèdent ainsi pas la simple exécution de la loi et prennent en considération les exigences de proportionnalité rappelées à l'art. 12 al. 3 LEn.

L'art. 13N al. 5 pREn prescrit l'obligation de produire, dans le cadre de la procédure d'autorisation énergétique, un **justificatif d'intégration** de l'installation alimentée en énergies renouvelables dans une vision globale et de prise en compte de l'ensemble des besoins énergétique de l'environnement bâti. Cette obligation ne ressort pas des critères formulés à l'art. 21 LEn et ne saurait ainsi conditionner l'octroi ou le refus d'une autorisation énergétique. En revanche, il s'agit à notre sens d'une mesure relevant de l'utilisation rationnelle et économe de l'énergie qui concrétise l'art. 18 LEn. En ce sens, l'art. 13N al. 5 pREn se limite à exécuter la LEn en précisant ce qu'il faut entendre par consommation rationnelle et économe de l'énergie dans le domaine de production de chaleur (et non de l'installations elle-même), notamment en limitant le nombre d'installations et en tenant compte de l'ensemble des besoins et disponibilités en énergie.

V. Conclusions finales

Les lignes qui suivent résument les principaux résultats de la présente étude.

A. A propos de l'étendue du pouvoir réglementaire du Conseil d'Etat

Dans les domaines visés aux art. 13 et 13L à 13N pREn, le Conseil d'Etat dispose principalement de **compétences réglementaires d'exécution** ; celles-ci ne lui permettent d'adopter que des règles de droit secondaires visant à préciser, détailler, concrétiser ou expliciter la loi. Un pouvoir de substitution est néanmoins établi, s'agissant respectivement des exceptions à l'obligation d'établir un CEB (art. 15 al. 10 LEn) et des dispenses d'autorisation pour les installations productrices de chaleur, pour autant qu'elles soient alimentées en combustibles d'origine renouvelable (art. 21 al. 5 LEn).

B. A propos de l'art. 13 pREn

Le pouvoir réglementaire d'exécution de la loi permet de concrétiser, dans des dispositions réglementaires, le concept de CEB, en précisant notamment le sens des notions juridiques indéterminées figurant à l'art. 6 al. 12 LEn.

L'établissement de standards de performance énergétique comme objectifs des variantes à présenter lors de l'élaboration du CEB satisfont aux objectifs qui

ressortent de l'art. 6 al. 12 LEn. Cette pratique réglementaire est ainsi conforme au cadre légal d'exécution conféré par la LEn.

Dans le cas des **nouveaux bâtiments et des extensions de bâtiments** d'importance, l'exigence d'un standard HPE-Neuf est conforme à la loi, compte tenu de l'art. 15 al. 1 LEn. Il en est de même du standard THPE, dans une interprétation extensive de la LEn, d'autant plus que des dérogations en matière de variantes sont possibles en vertu de l'art. 13 al. 5 pREn. S'agissant des **rénovations de bâtiments**, la situation est limite quant à savoir si l'art. 13 al. 3 pREn excède ou non la compétence d'exécution du Conseil d'Etat. Dans une interprétation large de la loi, il ne nous paraît toutefois pas exclu d'admettre qu'elle soit conforme au sens, au but et à l'effet de l'art. 15 al. 7 LEn ; la disposition réglementaire n'étend pas l'obligation d'établir des variantes, mais la précise. Elle laisse au demeurant une marge de manœuvre considérable au porteur de projet qui peut présenter des variantes de performance énergétique « équivalente » au standard HPE, respectivement THPE. Le régime dérogatoire prévu à l'art. 13 al. 5 pREn permet de surcroît au département de renoncer à exiger l'établissement de variantes de haute ou très haute performance énergétique qui s'avèrent disproportionnées.

L'art. 15 al. 10 LEn enjoint le Conseil d'Etat de prévoir des **exceptions** à l'obligation d'établir un CEB, en particulier dans le cas de rénovations n'ayant pas d'effet énergétique sensible. Une telle exception est concrétisée à l'art. 13 al. 6 let. b pREn, dans la suite de la version en vigueur actuellement du règlement. D'autres exceptions à l'obligation d'établissement d'un CEB sont en outre prévues aux art. 13 al. 2 et 13 al. 6 let. a pREn – respectivement à propos de la construction et de la rénovation des bâtiments de très haute performance énergétique et des extensions limitées de bâtiments d'importance existants.

C. A propos des art. 13D et 13L à 13N pREn (nouvelle section 3A)

L'art. 21 LEn soumet à **autorisation (autorisation énergétique)** la mise en place, le renouvellement ou la transformation d'une installation productrice de chaleur alimentée en combustibles fossiles ou renouvelables dont la puissance excède le seuil fixé dans le règlement. Le but de l'autorisation énergétique est avant tout de permettre à l'autorité compétente de procéder à un contrôle *a priori* de la conformité des installations productrices de chaleur aux exigences de la loi et de son règlement.

1. L'art. 13D pREn

L'autorisation énergétique fait l'objet de dispositions d'exécution dans le règlement, aux art. 13D ss REEn. La modification réglementaire envisagée à l'art. 13D pREn distingue deux situations, donc **deux régimes d'autorisation** : la concentration des procédures dans le cadre de celle d'autorisation de construire ou une autorisation spéciale pour les installations qui ne sont pas soumises à une autorisation de bâtir.

L'art. 21 al. 2 LEn n'indique pas le type d'autorisation en cause, ni l'autorité compétente habilitée à rendre la décision. Il appartient au règlement de préciser ces

aspects, ce qui est entrepris à l'art. 13D pREn. La distinction opérée par ce dernier n'est ainsi pas contraire à la loi fondatrice. En particulier, l'attribution de la compétence d'autorisation énergétique à l'autorité chargée de délivrer l'autorisation de construire n'est pas contraire à la lettre et au sens de l'art. 21 al. 2 LEn, dès lors que l'office spécialisée dans le domaine de l'énergie est chargé de rendre un préavis liant.

2. *L'art. 13L pREn*

Le nouvel art. 13L pREn expose les principes relatifs aux installations productrices de chaleur, en particulier le principe d'alimentation en priorité et dans la mesure du possible par des énergies renouvelables ou des rejets de chaleur. Ce principe, tel que formulé dans la nouvelle disposition réglementaire, confirme le principe de la prévalence des énergies d'origine non fossile qui ressort du système établi par le législateur à l'art. 21 al. 3 et 4 LEn. Il n'exclut pas les combustibles fossiles, ni ne crée d'équivalence entre les combustibles renouvelables et les rejets de chaleur, mais favorise les sources énergétiques les plus économes et les moins émettrices en gaz à effet de serre.

3. *L'art. 13M pREn*

Concrétisant l'art. 21 al. 2 LEn, le premier alinéa de l'art. 13M pREn fixe à 5 kW le seuil de puissance au-delà duquel une autorisation énergétique est exigée. Bien qu'il soit bas, il répond à des motifs objectifs relatifs à l'aptitude du régime d'autorisation à atteindre le but d'intérêt public assigné au régime d'autorisation : le contrôle de la bonne exécution des exigences légales.

Le deuxième alinéa assimile le **remplacement** du brûleur d'une installation à énergies fossiles de 20 ans ou plus à une transformation de celle-ci. La notion de transformation n'est pas définie dans la LEn ; suivant la formulation du projet de disposition réglementaire, elle embrasse les modifications d'une installation existante, le remplacement de composants annexes d'anciennes installation constituant à cet égard une transformation dès lors qu'elle les « modifie » par l'ajout d'éléments techniques modernes et fort différents des éléments existants.

La formulation de l'art. 13M al. 2 pREn soulève à notre sens deux problèmes juridiques :

- Le **terme de remplacement** n'est pas heureux et peut être confondu avec celui utilisé aux art. 21 al. 2 LEn et 13M al. 1 pREn, alors qu'il ne vise que les brûleurs. Pour plus de clarté, il conviendrait de choisir une autre terminologie à l'art. 13M al. 2 pREn.
- Le **champ d'application** de cet alinéa porte tant sur les installations alimentées en énergies fossiles qu'en énergies renouvelables ou en rejets de chaleur. En cela, il n'est pas conforme à la systématique de l'art. 21 LEn. Pour y remédier, il est envisageable de compléter le deuxième alinéa en limitant son champ d'application aux seules combustibles fossiles ; il est également

Thierry Largey

possible de déplacer la disposition à l'art. 13L pREn, pour en faire un principe applicable tant à l'art. 13M qu'à l'art. 13N pREn.

L'art. 13M pREn concrétise l'art. 21 al. 3 LEn consacré à l'autorisation énergétique pour les installations utilisant des combustibles fossiles. Au troisième alinéa est précisé ce qu'il faut entendre par installation qui présente un « haut degré d'efficacité exergetique ». Suivant cette proposition de disposition réglementaire, dans un bâtiment de classe énergétique E à G, une installation productrice de chaleur ne peut atteindre un haut degré d'efficacité exergetique que si elle est alimentée par des énergies renouvelables à hauteur de 30 %. Cette condition ne se réfère alors pas au champ d'application de l'art. 21 al. 3 LEn, mais exclusivement à la condition de haut degré d'efficacité exergetique qui y est formulée. Ainsi, l'obligation de recourir à une part d'énergies renouvelables de 30 % au moins n'est pas contraire à la loi, pour autant qu'elle soit une concrétisation technique et physique de cette condition impérative prescrite par la loi en termes juridiquement indéterminés.

L'art. 13M al. 4 pREn réserve l'application de l'art. 12I REEn. Cette **réserve est redondante** puisqu'elle figure déjà en tant que principe à l'art. 13L al. 4 pREn ; elle peut être supprimée.

4. L'art. 13N pREn

Le nouvel art. 13N pREn remplace l'actuel art. 13J REEn, sans lui apporter de modification. Il concerne les installations productrices de chaleur alimentées en combustibles renouvelables, en concrétisant l'art. 21 al. 4 LEn dans le règlement.

L'attention de l'analyse a porté prioritairement sur l'art. 13N al. 5 pREn (art. 13J al. 5 REEn), lequel introduit une obligation de produire, dans le cadre de la procédure d'autorisation énergétique, un **justificatif d'intégration** de l'installation alimentée en énergies renouvelables. Cette obligation ne ressort pas des critères formulés à l'art. 21 LEn ; elle ne peut ainsi y trouver son fondement légal. Elle ne saurait par conséquent conditionner l'octroi ou le refus d'une autorisation énergétique. A notre sens, la base légale permettant d'admettre la légalité de la disposition réglementaire relève davantage de l'utilisation rationnelle et économe de l'énergie. En d'autres termes, l'art. 13N al. 5 pREn exécute l'art. 19 LEn, en précisant ce qu'il faut entendre par consommation rationnelle et économe de l'énergie à l'échelle d'un bâtiment ou d'un ensemble bâti – et non de l'installations elle-même.

Lausanne, le 27 août 2021

Prof. Thierry Largey

