



Protection de la nature et du paysage dans le cadre de la construction des routes nationales - Archéologie et paléontologie

- **Adaptation de l'ordonnance concernant l'utilisation de l'impôt sur les huiles minérales à affectation obligatoire dans le trafic routier (OUMin) et ajout à l'ordonnance sur les routes nationales (ORN)**
- **Ediction des instructions de l'Office fédéral des routes (OFROU) concernant la procédure applicable en cas de découvertes archéologiques ou paléontologiques lors de la construction de routes nationales**

Commentaires

Introduction

Lors de la construction de routes nationales, il est délicat à de nombreux égards de distinguer les tâches (spécifiques) de la Confédération au sens de l'art. 1, let. a, de la loi sur la protection de la nature et du paysage (LPN) des tâches (ordinaires) assignées aux cantons en vertu de l'art. 78 Cst., en particulier dans le domaine de l'archéologie (et de la paléontologie).

L'OFROU a constaté ces dernières années que les cantons conçoivent de façon très différente les uns des autres les devoirs qui leur incombent dans ce cadre. Ces divergences s'expliquent généralement par l'évolution et l'affinage des méthodes de prospection et d'étude, mais aussi par des philosophies diverses concernant les tâches archéologiques et paléontologiques.

Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2008, de la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), la construction des routes nationales n'est plus une tâche assumée conjointement par les cantons et la Confédération. En effet, cette dernière est devenue seule responsable de la construction, de l'aménagement, de l'entretien et de l'exploitation des routes nationales. Cette modification favorise la mise en œuvre d'une pratique uniforme aujourd'hui.

Le présent projet vise l'introduction de bases juridiques efficaces dans le cadre de la construction de routes nationales pour permettre une exécution cohérente des tâches assignées à la Confédération conformément à la LPN en général et dans les domaines de l'archéologie et de la paléontologie en particulier. Il doit permettre d'atteindre une sécurité de droit et de planification élevée pour les deux parties, cantons et Confédération.

Il requiert une adaptation de l'art. 3 de l'ordonnance du 7 novembre 2007 sur l'utilisation des huiles minérales à affectation obligatoire dans le trafic routier (OUMin ; RS 725.116.21) et de l'ordonnance du 7 novembre 2007 sur les routes nationales (OPN ; RS 725.111), complétée par les art. 7a, et 12, al. 1, let. n.

En complément à ces modifications d'ordonnance et conformément à celles-ci, l'OFROU a édicté des instructions relatives au domaine spécifique de l'archéologie et de la paléontologie, intitulées *Procédure applicable en cas de découvertes archéologiques ou paléontologiques lors de la construction de routes nationales*.

Grâce à ces documents, les coûts reposeront sur des bases juridiques sûres et pourront mieux être contrôlés, tandis que le rapport coût/utilité sera optimisé.

A. Généralités

1. Exposition du problème

La protection de la nature et du paysage (y c. l'archéologie et la paléontologie) relève en principe de la compétence exclusive des cantons (art. 78 Cst.).

Toutefois, dans le cadre de la construction des routes nationales, il s'agit également d'une tâche de la Confédération (art. 2 LPN).

Il n'est guère possible de définir de façon générale et abstraite la teneur et l'étendue des obligations de la Confédération en matière de construction des routes nationales. En effet, elles dépendent bien souvent de l'importance non seulement de l'objet à protéger dans le cas d'espèce, mais aussi de l'installation publique qui lui porte atteinte et, partant, d'une pesée des intérêts en présence, réalisée en observant également le principe de proportionnalité.

Dans ce contexte, l'existence d'une base juridique suffisante pour l'art. 3 OUMin, qui tente de distinguer les tâches de la Confédération de celles des cantons dans la continuité d'un arrêté fédéral de 1961 sur les fouilles archéologiques, a été remise en question. Afin de clarifier ce point, l'OFROU a demandé une expertise juridique¹, qui est parvenue à la conclusion qu'aucune base en ce sens ne pouvait être déduite d'une loi au sens formel.

Ce sont les cantons qui possédaient jusqu'ici la compétence technique en lien avec cette tâche commune que constitue la protection de la nature et du paysage ; l'OFROU ne disposait d'aucune compétence technique propre en la matière.

Le Service archéologique des routes nationales (*Archäologische Zentralstelle für den Nationalstrassenbau*, AZN) a été créé par la Société suisse de préhistoire et d'archéologie dans le cadre de l'exécution d'un mandat que lui avait confié le Département fédéral de l'intérieur, alors compétent dans le domaine, le 1^{er} février 1960. Certes, sa commission de surveillance (AAZN) a pu, par le passé, faire des propositions et fournir des estimations précieuses. Cependant, elle ne peut assumer (de manière indépendante) des fonctions de surveillance pour l'OFROU que de façon très limitée, étant composée avant tout de représentants des services cantonaux d'archéologie.

Jusqu'ici, les tâches d'archéologie et de paléontologie n'étaient pas exécutées dans le cadre des procédures concernant les projets relatifs aux routes nationales, réglées avec précision dans le droit fédéral. Cette méthode laisse à désirer. L'étude d'impact sur l'environnement en particulier fournit des instruments qui permettraient d'intégrer l'archéologie et la paléontologie dans ces procédures.

Les instruments existants devront par conséquent être employés dans les projets futurs.

2. Grandes lignes des nouveautés

Dans sa nouvelle teneur, l'art. 3 OUMin n'implique plus que l'élément suivant : du point de vue du droit sur les routes nationales, les dépenses liées à l'exécution des tâches visées à l'art. 3 LPN doivent être considérées comme des frais de construction et d'aménagement. Il s'agit là d'une précision de l'art. 30 de la loi fédérale concernant l'utilisation de l'impôt sur les huiles minérales à affectation obligatoire et de la redevance autoroutière (LUMin ; RS 725.116.2).

Ainsi, on a donc renoncé à délimiter au niveau de l'ordonnance une frontière matérielle entre les tâches de la Confédération et celles des cantons, parce qu'il n'existe pas de base légale suffisante à cette fin et qu'une délimitation adéquate de ces devoirs résulte plutôt des circonstances concrètes du cas d'espèce.

L'ajout de l'art. 7a (mesures visées à l'art. 3 LPN) dans l'ORN crée les conditions nécessaires pour intégrer de façon adéquate les tâches de la Confédération au sens de l'art. 3 LPN dans les

¹ Karl Ludwig Fahrländer (avocat), Ursula Boos (lic.phil. I, lic. iur, avocate) : *Archäologie und Paläontologie als Aufgaben des Nationalstrassenbaus*, Berne, 15 mai 2009

procédures ordinaires du droit des routes nationales et, dans le cas des mesures qui relèvent de la compétence des cantons (par ex. fouilles archéologiques), pour approuver la participation financière de la Confédération dans le cadre du projet définitif.

Le projet prévoit en outre que la Confédération et les cantons responsables doivent en principe convenir en partenariat des mesures à prendre et de la participation financière de la Confédération. Ce n'est que si les deux parties ne parviennent pas à s'entendre que le DETEC décide de la participation financière de la Confédération aux travaux des cantons.

Par ailleurs, il définit les modalités d'un traitement dans les plus brefs délais des découvertes archéologiques fortuites réalisées durant la phase de construction, fréquentes dans la pratique.

Ces nouvelles prescriptions de l'OUMin et de l'ORN sont transposées dans le secteur de l'archéologie et de la paléontologie au moyen des instructions de l'OFROU mentionnées en titre. Ces dernières permettent la mise en œuvre des mesures organisationnelles requises au sein de l'OFROU, et règlent les détails de la prise en compte des tâches visées à l'art. 3 LPN dans les tâches ordinaires d'établissement des projets et d'exécution relatives à la construction de routes nationales ainsi que les modalités de la définition de la clé de répartition entre la Confédération et les cantons.

3. Conséquences sur le personnel et les ressources financières de la Confédération

Le projet doit permettre d'améliorer le contrôle des coûts et, partant, de garantir que seuls les coûts liés à la protection de la nature et du paysage (et en part. à l'archéologie/la paléontologie) imputables à la construction des routes nationales lui soient réellement imputés. Un service spécialisé dans le domaine de l'archéologie/la paléontologie a été créé à cette fin au sein de l'OFROU. En dehors des frais supplémentaires engendrés par ce service qu'elle a autorisé, la Confédération n'aura aucun coût supplémentaire à supporter.

4. Conséquences sur l'économie

La définition plus précise de la répartition des tâches visées à l'art. 3 LPN entre la Confédération et les cantons n'aura en principe aucune conséquence sur l'économie.

5. Rapport avec le droit international et le droit de l'UE

La Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique (Convention de Malte) est entrée en vigueur le 28 septembre 1996 pour la Suisse. Elle n'est pas directement applicable, mais doit être transposée dans le droit national.

Les dispositions d'ordonnance proposées et les instructions de l'OFROU mentionnées sont conformes à la Convention de Malte et sont compatibles avec elle.

B. Explications relatives aux différentes dispositions

1. Dispositions d'ordonnance

Art. 3 OUMin

Dans la nouvelle teneur de la disposition, on a renoncé à des considérations matérielles sur la délimitation des tâches de la Confédération et des cantons. Le fait qu'une délimitation adéquate de ces tâches nécessite une pesée des intérêts en présence, fondée sur les circonstances concrètes du cas d'espèce, a ainsi été pris en compte.

Même s'il vise en premier lieu l'archéologie et la paléontologie, l'article mentionne les tâches qui relèvent de la protection de la nature et du paysage en général, en vue de préciser l'art. 28 LUMin. Il garantit ainsi que les autres frais éventuels (pour la protection du paysage ou des monuments par ex.) liés à l'exécution des tâches imposées dans le cadre de la construction de routes nationales soient aussi considérés comme des frais de construction et d'aménagement et, partant, qu'ils seront compris dans les coûts du projet.

Art. 7a ORN

Les al. 1 et 2 prévoient que les tâches de protection de biens qui incombent à la Confédération conformément à l'art. 3 LPN sont exécutées dans le cadre des processus ordinaires de la procédure d'approbation des plans (RIE, etc.). En règle générale, les mesures à mettre en œuvre à cette fin seront en fin de compte approuvées avec le projet définitif.

Les travaux de construction (par ex. pont à ériger pour protéger des découvertes archéologiques) sont ensuite réalisés dans le cadre du projet, sous la responsabilité de l'OFROU (maître d'ouvrage), qui en supporte seul l'ensemble des frais.

Au contraire, si ce n'est pas la Confédération, mais le canton, qui est responsable de la mise en œuvre des mesures, comme c'est le cas lors de fouilles archéologiques, c'est le canton qui assume en premier lieu les coûts engendrés. Par ailleurs, en vertu de sa compétence exclusive en la matière, il est libre de décider seul des mesures et des travaux supplémentaires éventuels qu'il envisage d'ordonner et de mettre en œuvre, indépendamment des tâches de la Confédération visées à l'art. 3 LPN.

La participation financière de la Confédération est toutefois limitée aux coûts des mesures et aux dépenses nécessaires à l'exécution de ses tâches au sens de l'art. 3 LPN. En tant qu'autorité d'approbation des plans, le DETEC détermine sur cette base la participation de la Confédération aux coûts des cantons.

Conformément à l'al. 3, le canton responsable et l'OFROU conviennent en partenariat de l'exécution et de la participation financière définitive de la Confédération dans le cadre d'une convention sur les prestations, en se fondant sur l'approbation du projet.

En vertu de l'al. 4, si des mesures qui ne pouvaient pas être prévues ni prises en compte dans le cadre de la procédure d'approbation du projet s'imposent lors de la construction (par ex. en cas de découvertes fortuites), leur mise en œuvre et la participation financière de la Confédération doivent en principe aussi faire l'objet d'une convention sur les prestations entre le canton compétent et l'OFROU.

L'al. 5 règle le cas où aucune convention sur les prestations n'est conclue : il revient alors au DETEC de déterminer la participation de la Confédération aux coûts supportés par le canton responsable dans une décision sujette à recours.

Il est essentiel que les mesures soient coordonnées avec les travaux de construction en cours. L'art. 6 précise que l'OFROU est responsable de cette coordination.

Art. 12, al. 1, let. n, ORN

L'ajout proposé garantit que les éventuels plans de protection et de fouille relatifs aux sites archéologiques et paléontologiques fassent partie intégrante du projet définitif concernant la route nationale et qu'ils soient approuvés dans ce cadre.

2. Instructions de l'OFROU concernant la procédure applicable en cas de découvertes archéologiques ou paléontologiques lors de la construction de routes nationales

Généralités (art. 1 à 4)

Tout d'abord, les instructions renvoient à l'art. 7a ORN. Elles s'appliquent à la construction de nouvelles installations, à l'aménagement d'installations existantes et, par analogie, à l'achèvement du réseau.

Ensuite, les instructions soulignent que la procédure ordinaire de planification relative à la construction de routes nationales s'applique à la recherche de vestiges archéologiques ou paléontologiques et au traitement de découvertes. Ainsi, les questions qui se posent en matière d'archéologie et de paléontologie doivent en particulier elles aussi être réglées dans le cadre des études d'impact sur l'environnement relatives aux diverses étapes de planification et d'établissement des projets. Si des sites connus ou présumés ne peuvent être conservés intacts, il convient d'indiquer où des fouilles ou d'autres mesures de protection devront être exécutées.

Les découvertes fortuites peuvent être traitées même si elles n'ont pas fait l'objet d'une autorisation dans le cadre du projet définitif. Si les parties ne peuvent convenir de la procédure applicable dans une convention sur les prestations, le DETEC est habilité à prendre les décisions nécessaires.

Les fouilles doivent être limitées aux surfaces nécessaires temporairement ou définitivement pour la construction des routes nationales. De plus, elles doivent être réalisées suivant les connaissances scientifiques les plus récentes et, si possible, selon des considérations économiques. Enfin, elles doivent faire l'objet d'un rapport scientifique (rapport final).

Toute tâche ultérieure ne fait par contre plus partie du projet relatif à la route nationale. Cette règle vaut aussi pour une éventuelle conservation, protection ou présentation à long terme des découvertes.

Organisation (art. 5 et 6)

Jusqu'à présent, l'OFROU ne disposait d'aucune compétence propre en matière d'archéologie. Certes, dès 1961, la commission de surveillance du Service archéologique des routes nationales est venue combler partiellement cette lacune sur le plan technique, mais elle n'est pas à même d'assumer des fonctions de surveillance, notamment en raison de sa composition (représentants des services cantonaux d'archéologie avant tout). Pour cette raison, il convient de dissoudre cette commission et de la remplacer par un service spécialisé en archéologie/paléontologie, intégré dans la structure ordinaire de l'OFROU. Ce service traitera toutes les questions d'archéologie et de paléontologie qui surgissent lors des phases d'établissement des projets et d'exécution. Il pourra consulter des spécialistes.

Les tâches et compétences d'autres offices et commissions fédéraux ne seront ni touchées ni remplacées par le service spécialisé de l'OFROU. Par exemple, l'Office fédéral de la culture (OFC) sera toujours auditionné dans le cadre de la procédure d'approbation des plans (art. 62a LOGA).

Le programme de fouille, pour lequel les cantons sont compétents, n'est pas défini dans le cadre de la décision d'approbation des plans. Si les fouilles sont financées par la Confédération, l'OFROU conclut en général une convention sur les prestations avec les services cantonaux compétents, qui doivent par ailleurs avoir prévu la rédaction de rapports détaillés et permettre un contrôle des coûts efficace.

Cette règle s'applique aussi aux découvertes fortuites, pour lesquelles aucune mesure n'avait pu être approuvée dans le projet définitif. La préparation des décisions visées à l'art. 7a, al. 5, ORN, à rendre lorsqu'aucune convention sur les prestations ne peut être signée concernant la réalisation de travaux de fouille ordinaires ou le traitement de découvertes fortuites, relève aussi des tâches du service spécialisé.

Une attention particulière doit être portée à la relation entre (le service spécialisé de) l'OFROU et les services cantonaux. Les instructions supposent une collaboration étroite (indispensable) entre eux, et ce pour toutes les phases d'établissement des projets, mais aussi pour les phases de construction et d'exécution. Il convient en particulier de ne pas remettre en question les monopoles dans certains cantons pour ce qui est des fouilles scientifiques. Les instructions visent plutôt une coopération étroite avec les cantons.

Établissement des projets (art. 7 à 11)

Les art. 7 à 11 règlent en détail les tâches du service spécialisé de l'OFROU durant les phases de planification et d'établissement des projets. Elles se fondent sur le déroulement de la planification inscrit dans la législation sur les routes nationales.

Ils définissent l'ensemble de ces tâches du service spécialisé en tenant compte en particulier de la collaboration avec les services cantonaux. Les travaux à réaliser se rattachent aux rapports d'impact sur l'environnement (RIE) requis pour les diverses étapes de planification et aux études d'impact sur l'environnement correspondantes.

Exécution des travaux (art. 12 à 16)

Les travaux de fouille sont exécutés sur la base des conventions sur les prestations, sauf si des décisions doivent être rendues. Ces conventions règlent l'organisation des fouilles, en désignant la direction des fouilles et les personnes responsables de l'analyse des résultats obtenus. Elles prévoient en outre la rédaction de rapports institutionnalisés et le contrôle des coûts.

En cas de découvertes fortuites, les conventions sur les prestations remplacent généralement l'autorisation des travaux de fouille fournie dans le cadre du projet définitif. Par ailleurs, les instructions définissent la fin des travaux sur le terrain et des fouilles, fixent les modalités d'analyse des résultats de ces dernières, et établissent des prescriptions sur la présentation des décomptes finaux pour les travaux de fouille et pour les travaux d'analyse de leurs résultats.

Dispositions finales (art. 17 et 18)

L'exécution des tâches qui incombent à l'OFROU dans le cadre de la construction des routes nationales prend formellement fin au moment de l'approbation du rapport sur la fouille par le service spécialisé.