

L'assainissement des cours d'eau dans l'application de l'art. 80 LEaux – Les enseignements de l'arrêt Misoxer Kraftwerke

Thierry Largey, MLaw/Licencié en Biologie, Assistant diplômé à la faculté de droit de l'Université de Lausanne

Contenu

Zusammenfassung.....	93
Résumé.....	94
I. Introduction.....	94
II. L'assainissement des cours d'eau au sens de l'art. 80 LEaux.....	96
1. L'objet et les différentes catégories d'assainissement.....	97
2. L'atteinte aux droits acquis.....	98
III. L'assainissement ordinaire de l'art. 80 al. 1 LEaux.....	99
1. Le champ d'application.....	99
2. Les conditions de l'assainissement selon l'art. 80 al. 1 LEaux.....	100
2.1 Le principe de proportionnalité dans l'assainissement ordinaire.....	100
2.2 La détermination de la limite du caractère économiquement supportable des mesures.....	101
2.2.1 La production moyenne.....	102
2.2.2 Les conditions d'exploitation économique.....	102
2.2.3 L'économiquement supportable.....	102
3. Le choix des mesures d'assainissement.....	104
IV. L'assainissement supplémentaire de l'art. 80 al. 2 LEaux.....	105
1. Le rapport entre les al. 1 et 2 de l'art. 80 LEaux.....	105
2. Le champ d'application de l'art. 80 al. 2 LEaux.....	106
3. Les limites absolues et la limite relative de l'assainissement supplémentaire.....	107
3.1 Un assainissement supplémentaire impérativement nécessaire et des mesures indispensables.....	108

3.2 La portée du principe de proportionnalité dans le choix des mesures	109
4. L'indemnisation	110
V. Conclusion	112

Zusammenfassung

Die Sanierung der Fließgewässer mit ständiger Wasserführung, welche durch Wasserentnahmen wesentlich beeinflusst werden und dadurch wohlerworbene Rechte entstehen lassen, drängt sich auf. Die ordentliche Sanierung gemäss Art. 80 Abs. 1 GSchG erstreckt sich bis zur Entschädigungsschwelle. Aufgabe der Behörden ist es nicht, eine Interessensabwägung durchzuführen, sondern die Entschädigungsschwelle festzulegen. Ohne Überschreitung dieser Schwelle ist die Variante der Massnahmen zu bestimmen, welche es erlaubt, einen optimalen ökologischen Nutzen zu erreichen. Die weitergehende, entschädigungsbegründende Sanierung gemäss Art. 80 Abs. 2 GSchG kann nur angeordnet werden, falls ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht, welches einen Eingriff in die Substanz des wohlerworbenen Rechts rechtfertigt. Die weitergehende Sanierung kann nur unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips und nach einer Interessensabwägung angeordnet werden.

Die Anwendungsbedingungen von Art. 80 Abs. 1 und 2 GSchG sind vom Bundesgericht im neuen Entscheid *Misoxer Kraftwerke* erläutert worden. Die Hauptlehre dieses Entscheides besteht in der Standardisierung der Grenze der wirtschaftlichen Tragbarkeit, welche erlaubt, das Ausmass der ordentlichen Sanierung festzulegen. Das Bundesgericht hat eine quantitative Skala der zumutbaren Produktions- und Erlöseinbussen entwickelt, welche von den betrieblichen Verhältnissen abhängen. Zudem wird die Pflicht zur Durchführung von vollständigen und vertieften Untersuchungen im Falle einer ordentlichen Sanierung systematisiert, um zu bestimmen, ob eine zusätzliche Sanierung anzuordnen ist.

Résumé

L'assainissement s'impose aux cours d'eau à débit permanent influencés sensiblement par des prélèvements qui donnent naissance à des droits acquis. L'assainissement ordinaire de l'art. 80 al. 1 LEaux s'étend jusqu'à la limite de l'indemnisation à titre d'expropriation des droits d'eau. Il n'y a alors pas lieu pour l'autorité d'effectuer une pesée des intérêts, mais bien de déterminer le seuil du dédommagement. Sans excéder ce seuil, est prononcée la variante de mesures qui permet d'atteindre un bénéfice écologique optimal. L'assainissement supplémentaire de l'art. 80 al. 2 LEaux ne peut être ordonné que s'il existe un intérêt public prépondérant qui justifie une atteinte à la substance du droit acquis, laquelle doit faire l'objet d'une indemnisation. Il ne peut être prononcé que dans le respect du principe de proportionnalité et après pesée des intérêts.

Les conditions d'application de l'art. 80 al. 1 et 2 LEaux ont fait l'objet d'éclaircissements par le Tribunal fédéral dans le récent arrêt *Misoxer Kraftwerke*. Le principal enseignement de cet arrêt réside dans la standardisation de la limite du caractère économiquement supportable qui permet de déterminer l'ampleur de l'assainissement ordinaire. A ce titre, le Tribunal fédéral établit une échelle quantitative de pertes de production et de revenu admissibles en fonction des conditions d'exploitation économique. L'arrêt systématisé également, en présence d'un assainissement ordinaire, l'obligation d'effectuer des investigations complètes et approfondies afin de déterminer si un assainissement supplémentaire doit être ordonné.

I. Introduction

Dans l'arrêt du 15 novembre 2012 en la cause *Misoxer Kraftwerke*¹, le Tribunal fédéral a précisé la portée de l'assainissement des cours d'eau au sens de l'art. 80 al. 1 et 2 LEaux. Il était alors question de dix prélèvements réalisés sur les cours d'eau grisons la *Calancasca* et la *Moesa*, ainsi que sur leurs affluents. Plus récemment, le Tribunal cantonal valaisan s'est largement inspiré de la jurisprudence fédérale précitée pour rendre les arrêts *Gluringen* du 21 décembre 2012 et *Massaboden Kraftwerke* du 22 février 2013 relatifs à l'assainissement de prélèvements sur le Rhône².

¹ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 2.7.1 = DEP 2012 854, p. 854-878 (*Misoxer Kraftwerke*).

² TC VS A1 11 221 du 21 décembre 2012 consid. 2.1.1 (*Gluringen*) ; TC VS A1 12 270 du 22 février 2013 consid. 2.1.1 (*Massaboden Kraftwerke*).

En application de l'art. 80 al. 1 LEaux, le Tribunal fédéral relève que l'*assainissement ordinaire* doit être porté jusqu'à la limite du dédommagement. Toute pesée des intérêts par l'autorité est supprimée par la loi³. Le législateur a ainsi clairement fixé la hiérarchie des intérêts à considérer ; d'autres intérêts, tels que ceux relevant du renforcement de l'usage de la force hydraulique dans le contexte de la sortie du nucléaire, de la prévention de la perte de places de travail, du risque de pertes fiscales ne pouvant être pris en compte⁴. Dans l'examen de la proportionnalité de l'assainissement ordinaire, le Tribunal fédéral examine la limite de la *proportionnalité au sens étroit (Zumutbarkeit)* et le seuil du dédommagement en fonction du caractère *économiquement supportable* des mesures. Ces deux principes ne se confondent toutefois pas : la *Zumutbarkeit* fait référence à l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, alors que le caractère *économiquement supportable d'une mesure* renvoie à une entreprise standard, exploitée de manière rentable⁵. Ce faisant, le Tribunal fédéral opère, à l'instar du mécanisme reconnu⁶ pour l'art. 11 al. 2 LPE, une *standardisation des exigences de l'assainissement ordinaire des cours d'eau*, en particulier dans la détermination de son ampleur.

S'agissant des assainissements qui nécessitent indemnisation au sens où l'entend l'art. 80 al. 2 LEaux, le Tribunal fédéral affirme qu'en présence d'un intérêt prépondérant le long des tronçons soumis à un assainissement ordinaire, notamment de biotopes ou paysages inventoriés, l'autorité ne peut se contenter de déclarations sommaires ou partielles pour exclure un *assainissement supplémentaire*. Dans cette situation est ainsi *systématisée l'obligation d'effectuer des investigations complètes et approfondies afin de décider dans quelle mesure un tel assainissement doit être ordonné*⁷. Il s'agit là d'un éclaircissement important quant à l'articulation des exigences posées aux al. 1 et 2 de l'art. 80 LEaux.

³ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 2.7.1 = DEP 2012 854, p. 854-878 ; TC VS A1 11 221 du 21 décembre 2012 consid. 2.1.1. Dans ce sens également RIVA ENRICO, *Wohlerworbene Rechte-Eigentum-Vertrauen, Dogmatische Grundlagen und Anwendung auf die Restwassersanierungen nach Art. 80 des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes*, Berne 2007, p. 144.

⁴ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 2.7.1 in fine = DEP 2012 854, p. 854-878. Voir également TC VS A1 11 221 du 21 décembre 2012 consid. 2.1.1 ; RIVA (n. 3), p. 144.

⁵ FAVRE ANNE-CHRISTINE, *Chronique du droit de l'environnement, La protection contre le bruit et les rayons non ionisants*, RDAF 2010 199, p. 204 ; GRIFFEL ALAIN, *Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts*, Zürich 2001, p. 125.

⁶ FAVRE (n. 5), p. 203.

⁷ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 3.8.1 = DEP 2012 854, p. 854-878 ; TC VS A1 11 221 du 21 décembre 2012 consid. 4.2.

Cette récente jurisprudence fédérale met également en évidence l'application différenciée du principe de proportionnalité, selon qu'il s'exprime dans le contexte d'un assainissement ordinaire ou supplémentaire. Les enseignements à tirer de cet arrêt donnent l'occasion de faire le point sur les conditions d'application de l'art. 80 LEaux.

II. L'assainissement des cours d'eau au sens de l'art. 80 LEaux

La révision de la LEaux en 1991 visait la protection *intégrale* des eaux afin de répondre à leur diversité et aux multiples intérêts, souvent opposés, qui leur sont liés. A la sauvegarde de leur qualité et la lutte contre leur pollution s'ajoute désormais la préservation de leur volume et de leur étendue⁸. Pour y parvenir, de nouvelles dispositions ont été introduites aux art. 29 à 36 LEaux afin de maintenir des débits résiduels convenables dans les cours d'eau soumis à de nouveaux prélèvements ou au renouvellement de concessions. Le législateur n'a cependant pas exclu d'améliorer la qualité des cours d'eau affectés par des prélèvements existants. Conscient des incidences financières du strict respect des débits résiduels dans ces cas, il a convenu de ne pas les y soumettre intégralement⁹. L'autorité cantonale a néanmoins la tâche impérative d'*assainir* les cours d'eau. L'art. 80 LEaux constitue la réponse du législateur à l'arrêt du Tribunal fédéral du 17 juin 1981 *Ilanz*, relatif à l'application des nouvelles dispositions en matière de pêche à une concession existante¹⁰. Située dans les dispositions transitoires, il règle le passage à la nouvelle LEaux, en particulier le maintien de « débits résiduels convenables »¹¹ dans les cours d'eau faisant l'objet de prélèvements d'eau antérieurs à son entrée en vigueur.

⁸ Message concernant l'initiative populaire « pour la sauvegarde de nos eaux » et la révision de la loi fédérale sur la protection des eaux du 29 avril 1987, FF 1987 II 1081, p. 1106 (Message LEaux).

⁹ Message LEaux (n. 8), p. 1111.

¹⁰ ATF 107 Ib 140 = JdT 1983 I 241 (Ilanz). Voir à ce propos Message LEaux (n. 8), p. 1193 qui fait référence à cet arrêt ; RIVA (n. 3), p. 151.

¹¹ OFEFP, Prélèvements d'eau/Rapport d'assainissement, Assainissement selon art. 80 al. 1 de la loi sur la protection des eaux, Information concernant la protection des eaux N° 25, Berne 1997, p. 44.

1. *L'objet et les différentes catégories d'assainissement*

Les assainissements de l'art. 80 LEaux portent sur les *cours d'eau*. Cette notion n'est pas définie dans la loi. Il est néanmoins possible d'en dégager quelques éléments pour affirmer que les cours d'eau sont « des eaux superficielles ou souterraines (art. 4 let. a et b LEaux) contenues dans un chenal dont le débit est permanent (art. 29 let. a LEaux) ». Un débit est considéré comme permanent (art. 4 let. i LEaux) lorsque l'eau s'écoule sans subir d'influence, sur une période de calcul représentative de dix ans, pendant au moins 347 jours par an¹². Le cours d'eau doit faire au demeurant l'objet d'un prélèvement d'eau. Cette notion s'entend au sens propre dans le cas où « une certaine quantité d'eau est prélevée dans un cours d'eau, puis transférée à un autre endroit »¹³. En fonction de la situation juridique concrète dans laquelle s'exerce le prélèvement, il convient de mettre en évidence deux situations :

(1) La première vise les prélèvements qui reposent sur une *simple autorisation d'usage des eaux*. Celle-ci ne confère à son titulaire aucune protection spéciale, telle un droit acquis, ni droit à un dédommagement en cas de modification de ses termes. Dans ce cas, qui échappe à la réglementation de l'art. 80 LEaux, les eaux doivent être assainies conformément aux art. 31 et 33 LEaux¹⁴.

(2) La seconde traite des prélèvements qui donnent naissance à des *droits acquis d'usage des eaux*. En ce cas, le titulaire dispose d'une protection spéciale et d'un droit au dédommagement en cas d'atteinte aux droits associés au prélèvement. Ces droits acquis peuvent être non seulement les droits d'eau accordés par concessions, mais aussi les anciens droits d'eau dits privés, ou *droits immémoriaux (ehewhafte Wasserrechte)*¹⁵. Cette situation constitue l'objet de l'assainissement réglé à l'art. 80 LEaux,

¹² RIVA (n. 3), p. 140 ; Message LEaux (n. 8), p. 1127-1128.

¹³ Message LEaux (n. 8), p. 1149. Il faut relever qu'une retenue d'eau réalisée par un barrage au fil de l'eau ne constitue pas un prélèvement.

¹⁴ RIVA (n. 3), p. 141 ; FREI BERNHARD, Die Sanierung nach Art. 80 ff. Gewässerschutzgesetz vom 24.1.1991 bei der Wasserkraftnutzung, rechtliche Probleme (Schriftenreihe Umwelt Nr. 163), Berne 1991, p. 13 ; ECKERT MAURUS, Rechtliche Aspekte der Sicherung angemessener Restwassermengen, Zürich 2002, p. 143-144 ; OFEFP (n. 11), p. 12 ; Message LEaux (n. 8), p. 1193.

¹⁵ TF 1A.320/2000 du 20 septembre 2001 consid. 3a/aa et cc = DEP 2001 1053, p. 1053-1060, avec les références citées ; TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, Genève/Zürich/Bâle 2011, n^{os} 757-758 ; ECKERT (n. 14), p. 144-145.

lequel fait la distinction entre *l'assainissement ordinaire* du premier alinéa et *l'assainissement supplémentaire* du second alinéa.

2. *L'atteinte aux droits acquis*

Les droits d'utilisation des cours d'eau, en particulier les prélèvements à des fins de production hydroélectrique, relèvent de l'usage privatif du domaine public soumis en principe à l'octroi d'une concession¹⁶. Celui-ci crée un *droit acquis*¹⁷ en vertu de l'art. 43 al. 1 LFH¹⁸. Les mesures d'assainissement sont ainsi autant de restrictions¹⁹ de la garantie de la propriété concrétisée à l'art. 26 Cst et autant d'atteintes au principe de la bonne foi de l'art. 9 Cst²⁰. De telles restrictions ne peuvent être admises que dans le respect des conditions de l'art. 36 Cst : l'exigence d'une base légale remplie par l'art. 80 LEaux, l'exigence de l'intérêt public admise si les mesures aboutissent à une « amélioration sensible » (*nennenswerte Verbesserung*) du cours d'eau et le respect du principe de *proportionnalité* consacré à l'art. 5 al. 2 Cst²¹ que le législateur et l'autorité d'application doivent concrétiser, sous le contrôle du Tribunal fédéral²².

¹⁶ HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zürich 2010, n° 2418 ; TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berne 2009, § 51, n° 19 ; HOTTELIER MICHEL, La réglementation du domaine public à Genève, SJ 2002 II, p. 123 ss.

¹⁷ ATF 107 Ib 140 consid. 3b p. 145 = JdT 1983 I 241 ; JTA 100.2006.1202 du 19 juillet 2010 consid. 2.1 = DEP 2010 738 (Moutier). Voir également RIVA (n. 3), p. 55.

¹⁸ Loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (Loi sur les forces hydrauliques, LFH ; RS 721.80).

¹⁹ La propriété de l'art. 26 Cst s'étend également aux droits acquis des citoyens contre l'Etat. Voir à ce propos AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. II, Les droits fondamentaux, Berne 2000, n° 743.

²⁰ TANQUEREL (n. 15), n° 763.

²¹ A propos du principe de proportionnalité, voir MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, *Droit administratif*, Volume I, Les fondements, Berne 2012, p. 814-822 ; TANQUEREL (n. 15), n° 550 ; MAHON PASCAL, ad art. 5, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, in : MAHON PASCAL/AUBERT JEAN-FRANÇOIS (éd.), Zürich/Bâle/Genève 2003, n° 13 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n. 19), n°s 960-961.

²² MAHON (n. 21), n° 14.

III. L'assainissement ordinaire de l'art. 80 al. 1 LEaux

1. Le champ d'application

Ne sont visés par les assainissements ordinaires que les cours d'eau qui font l'objet d'un prélèvement *antérieur* à l'entrée en vigueur de la révision de la LEaux. Le cours d'eau doit être en outre « sensiblement influencé » par le prélèvement. La loi ne précise pas expressément ce qu'il faut entendre par *influence sensible*. Seuls les cantons²³ disposent des connaissances et des moyens pour évaluer la situation des cours d'eau situés sur leur territoire et définir les pratiques qui leur sont adaptées. Des critères déduits de la loi s'imposent néanmoins à eux dans l'évaluation d'une éventuelle *influence sensible*. Cette dernière n'est pas retenue pour les prélèvements qui n'excèdent pas l'usage commun. Lorsque l'usage commun est dépassé, un prélèvement limité à 20 pour cent du débit Q_{347} ²⁴, pour autant qu'il ne dépasse pas 1000 l/s, n'a pas d'influence sensible sur le cours d'eau. Cette règle découle de l'art. 32 let. b LEaux qui permet d'autoriser²⁵ sans autre de nouveaux prélèvements dans de telles conditions. Or, les exigences relatives aux prélèvements existants ne sauraient être plus sévères que celles qui s'appliquent aux nouveaux prélèvements²⁶. Au-delà d'un prélèvement de 20 pour cent du Q_{347} ou de 1000 l/s, les modifications du débit inférieures à la fluctuation moyenne du débit annuel naturel Q_{347} sont également insignifiantes pour le cours d'eau²⁷. Une influence sensible est, par contre, admise lorsque les débits résiduels minimaux ne répondent pas aux exigences des art. 31 ss LEaux²⁸.

²³ OFEFP (n. 11), p. 15.

²⁴ Le débit Q_{347} est défini à l'art. 2 let. h LEaux.

²⁵ L'autorisation n'est exigée que pour vérifier que les prélèvements soient de peu d'importance (Message LEaux (n. 8), p. 1150).

²⁶ OFEFP (n. 11), p. 16.

²⁷ Message LEaux (n. 8), p. 1127 ; RIVA (n. 3), p. 140 ; CAVIEZEL GIERI, Wasserrechtskonzessionen und Umweltrecht, ZBI 2004 69, p. 88 ; ECKERT (n. 14), p. 147. Concernant la fluctuation moyenne du débit annuel Q_{347} , voir OFEFP (n. 11), p. 17-18.

²⁸ CAVIEZEL (n. 27), p. 88 ; RIVA (n. 3), p. 140 ; FREI (n. 14), p. 31 ; ECKERT (n. 14), p. 146.

2. Les conditions de l'assainissement selon l'art. 80 al. 1 LEaux

L'assainissement ordinaire ne peut être prononcé par l'autorité cantonale que sur le tronçon qui subit l'influence du prélèvement, autrement dit sur le cours *aval*²⁹ du cours d'eau par rapport au lieu de prélèvement. Leur ampleur est circonscrite aux limites de l'indemnisation à titre d'expropriation des droits d'usage des eaux, ce qui en fait un *assainissement sans dédommagement*, et à l'application du *principe de proportionnalité*. Elle connaît en sus une limite supérieure absolue, celle correspondant aux exigences des art. 31 et 33 LEaux³⁰, dès lors que ne peuvent être exigées des mesures plus sévères pour les prélèvements existants que pour les nouveaux.

2.1 Le principe de proportionnalité dans l'assainissement ordinaire

La proportionnalité de l'assainissement ordinaire, au travers des trois maximes qui la caractérisent, s'examine de cas en cas. La *maxime de l'aptitude* impose que ne peuvent être prescrites que les mesures d'assainissement qui « sont effectivement appropriées pour réduire les atteintes existantes aux cours d'eaux ». Cela signifie que si un assainissement ne permet pas d'atteindre une « amélioration sensible » du cours d'eau, il manque non seulement un intérêt public à l'action de l'Etat, mais les mesures prononcées ne sont pas proportionnées. La *maxime de la nécessité* suppose, pour sa part, qu'aucune mesure ne peut être exigée dès lors que le même effet peut être atteint avec des mesures moins restrictives pour le détenteur des droits d'eaux³¹. L'assainissement ordinaire connaît toutefois une nuance de taille, puisque le niveau du sacrifice requis du propriétaire de l'installation est fixé, par la loi, à la limite du dédommagement.

La *maxime de la proportionnalité au sens étroit (Acceptabilität/Zumutbarkeit)* suppose un rapport raisonnable entre l'objectif d'amélioration du cours d'eau et le sacrifice imposé au détenteur du droit sur les eaux. Son examen va au-delà de celui de l'adéquation et de la nécessité, car il peut remettre en cause une mesure justifiée par ces deux maximes dont le résultat serait disproportionné³². Il s'exprime au travers d'une pesée des intérêts en présence qui, dans le cas de l'assainissement ordinaire des cours d'eau, a été

²⁹ Cette condition ressort de la lettre de la loi. Voir à ce propos l'arrêt *Gluringen* où il est reproché à l'instance inférieure d'avoir ordonné des mesures en amont des prélèvements (TC VS A1 11 221 du 21 décembre 2012 consid. 2.1.5).

³⁰ RIVA (n. 3), p. 141.

³¹ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 2.7.1 = DEP 2012 854, p. 854-878 ; TC VS A1 11 221 du 21 décembre 2012 consid. 2.1.1.

³² FAVRE (n. 5), p. 203.

réalisée de manière *générale et abstraite* par le législateur. Celui-ci a défini que, tant qu'une amélioration notable du cours d'eau est atteinte, l'assainissement au sens de l'art. 80 al. 1 LEaux doit aller jusqu'au *seuil du versement de l'indemnisation* à titre d'expropriation des droits d'eau³³. N'échoit dès lors à l'autorité que la nécessité de déterminer le seuil de dédommagement à ne pas dépasser et par conséquent les mesures à prendre, pour autant qu'elles n'imposent pas une charge économique « démesurément grande ».

Les assainissements ordinaires présentent une charge économique « démesurément grande » s'ils portent atteinte à la *substance*³⁴ des droits acquis³⁵. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la question de savoir si une mesure porte ou non une telle atteinte revient à apprécier le caractère *économiquement supportable* des mesures requises³⁶ pour le détenteur des droits touchés. Ce critère vise à préserver la valeur des investissements réalisés légalement contre l'ingérence de l'Etat. Il doit rester possible de les amortir pendant la durée de vie du prélèvement, de payer les intérêts sur le capital de manière convenable et de couvrir les frais courants tout en maintenant une liquidité suffisante. Pour atteindre ces objectifs, les mesures d'assainissement prononcées doivent permettre de maintenir des revenus suffisants et une rentabilité minimale intacte³⁷.

2.2 La détermination de la limite du caractère économiquement supportable des mesures

La détermination de l'ampleur des mesures à prendre dans l'assainissement ordinaire et du caractère économiquement supportable d'une mesure s'apprécie, de cas en cas³⁸, au regard des conditions spécifiques

³³ Le message LEaux est à cet égard clair en déclarant « L'autorité est tenue d'épuiser complètement toutes les possibilités d'assainissement qui s'offrent dans ces limites », celles-ci étant celles « où la collectivité aurait à verser un dédommagement » (Message LEaux [n. 8], p. 1193). Cette règle ne connaît d'exception que lorsqu'il n'y a pas ou plus de mesures qui offrent une amélioration sensible du cours d'eau à l'aval du prélèvement, sans excéder la limite de l'indemnisation.

³⁴ RIVA (n. 3), p. 151. Cet auteur définit la substance d'un droit acquis comme ce qui fait l'efficacité économique et la rentabilité de l'entreprise concédée (p. 58).

³⁵ JTA 100.2006.1202 du 19 juillet 2010 consid. 2.1 et 3.1 = DEP 2010 738 ; ATF 107 Ib 140 consid. 3b p. 145 = JdT 1983 I 241 ; ATF 131 I 321 consid. 5.3 p. 327 ; TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 2.7.2 = DEP 2012 854, S. 854-878 ; TC VS A1 11 221 du 21 décembre 2012 consid. 2.1.2 ; RIVA (n. 3), p. 156 ss et p. 184-185 ; HUNGER REGULA, Die Sanierungspflicht im Umweltschutz- und im Gewässerschutzgesetz, Zürich/Basel/Genève 2012, p. 256-28 ; FREI (n. 14), p. 34 ; ECKERT (n. 14), p. 151 ss.

³⁶ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 2.7.2 = DEP 2012 854, p. 854-878. Voir également RIVA (n. 3), p. 156-157.

³⁷ RIVA (n. 3), p. 114 et 191 ; HUNGER (n. 35), p. 258-260 ; TF 1C_119/2012 du 20 septembre 2012 consid. 4.5 ; ATF 127 II 69 consid. 5a p. 76 ; ATF 126 II 171 consid. 4b p. 181 ; ATF 107 Ib 140 consid. 6b p. 150 = JdT 1983 I 241.

³⁸ RIVA (n. 3), p. 191.

de la concession octroyée et non sur la base d'un modèle comptable abstrait. Cet exercice nécessite une évaluation de la situation d'espèce en fonction *des conditions de fonctionnement* (économique) de l'installation de production³⁹.

2.2.1 La production moyenne

L'autorité doit déterminer la production (électrique) moyenne, durant une assez longue période représentative, de chacune de ses unités de production alimentée par des tronçons de cours d'eau affectés par un prélèvement à assainir. Dans l'arrêt *Misoxer Kraftwerke*, le Tribunal fédéral a précisé qu'une période de mesure de cinq ans n'est pas représentative alors que trois années avaient été pauvres en précipitations et la production électrique moyenne 20 pour cent inférieure à celle calculée sur une durée de dix ans. Se fondant sur l'art. 4 let. h LEaux relatif au débit Q_{347} , il indique qu'aux yeux du législateur une période d'investigation de dix ans est représentative. Le Tribunal fédéral laisse cependant ouverte la possibilité qu'une durée d'investigation de cinq ans puisse être admise, au cas où elle revêtirait un sens et serait représentative⁴⁰.

2.2.2 Les conditions d'exploitation économique

L'autorité doit également définir les *conditions d'exploitation économique* des installations et déterminer si elles sont défavorables, moyennes, bonnes, voire très bonnes. La jurisprudence fédérale expose les critères les plus pertinents pour ce faire : le revenu de la production, la durée de la concession (en particulier la part restante), l'étendue des amortissements déjà réalisés, le prix de revient de l'électricité. Sont à considérer comme très favorables économiquement des investissements en grande partie amortis, un prix de revient de l'entreprise de 7ct/kWh ou une durée restante de concession avoisinant 30 ans⁴¹. D'autres critères sont parfois mentionnés, tels que les frais de production ou le prix de l'électricité⁴². Il se heurtent toutefois à des difficultés de calcul ou de comparaison et ne semblent pas retenir l'attention du Tribunal fédéral.

2.2.3 L'économiquement supportable

La quantification de la limite du caractère *économiquement supportable* consiste à déterminer le niveau de perte de production (*Produktionseinbussen/-verminderung*) ou de revenu (*Erlöseinbussen/-verminderung*) acceptable,

³⁹ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 2.7.4 = DEP 2012 854, p. 854-878.

⁴⁰ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 2.8.4 = DEP 2012 854, p. 854-878.

⁴¹ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 2.8.3 = DEP 2012 854, p. 854-878.

⁴² JTA 100.2006.1202 du 19 juillet 2010 consid. 2.1 = DEP 2010 738 ; ECKERT (n. 14), p. 158 ss.

déterminé sur la base de la production moyenne, en fonction des conditions d'exploitation économique de l'installation⁴³. La standardisation opérée dans l'arrêt *Misoxer Kraftwerke* associe, de manière générale et schématique, aux conditions économiques défavorables, moyennes et bonnes une échelle quantitative de pertes relatives de production considérées comme les limites du critère de la viabilité économique, au-delà desquelles s'impose l'obligation d'indemniser⁴⁴ :

- Dans des conditions d'exploitation économique *relativement défavorables*, une perte de production et de revenu de 1-2 pour cent est encore raisonnable. RIVA est plus catégorique, puisqu'il considère que dans tous les cas une perte de 2 pour cent est admissible⁴⁵.
- Dans des conditions d'exploitation économique *moyennes*, les pertes de production et de revenu sont admissibles jusqu'à 5 pour cent .
- Dans des conditions d'exploitation économique *bonnes à très bonnes*, les mesures d'assainissement peuvent justifier une perte de production et de revenu supérieure à 5 pour cent ⁴⁶. Dans les situations favorables, une perte de 8 pour cent est encore raisonnable, voire même au-delà⁴⁷. Ainsi, une perte de production de 4.71 pour cent (avec une perte de revenu de 7 pour cent) ainsi que la construction d'une passe à poisson sont économiquement supportables. Dans le cas grison, le Tribunal fédéral a toutefois renoncé à ordonner une mesure de restitution d'eau qui aurait fait passer la perte de production à 6.28 pour cent pour une perte de revenu de 9 pour cent⁴⁸.

Le critère de l'atteinte *économiquement supportable* fondé sur la perte de production et de revenu est adapté aux mesures de restitution de débits de dotation dans les cours d'eau. Il présente toutefois quelques difficultés lorsqu'il s'agit de prendre en considération des mesures d'assainissement qui n'ont pas d'effet sur la production électrique, mais engendrent une augmentation

⁴³ L'évaluation du caractère économiquement supportable d'une mesure n'est pas une question de pesée des intérêts. Voir à ce propos RIVA (n. 3), p. 177-178.

⁴⁴ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 2.7.4 = DEP 2012 854, p. 854-878.

⁴⁵ RIVA (n. 3), p. 191, avec la référence citée.

⁴⁶ RIVA (n. 3), p. 180-183 et 191 ; JTA 100.2006.1202 du 19 juillet 2010 consid. 3.2.2 = DEP 2010 738.

⁴⁷ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 2.6 et 2.8.3 = DEP 2012 854, p. 854-878 ; OFEFP (n. 11), p. 26.

⁴⁸ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 2.8.5 in fine et 2.8.6 = DEP 2012 854, p. 854-878. Le Tribunal fédéral n'a par contre pas admis la seule fixation d'un débit de restitution annuel sur un affluent de la Moesa de 4.734 millions m³ pour une perte de production de 3.17 pour cent (perte de revenu de 5.08 pour cent). Précurseur dans le domaine, le canton de Glaris a arrêté les valeurs indicatives pour l'augmentation du prix de revient acceptables sans dédommagement à 0.3-0.8 ct/kWh (JTA 100.2006.1202 du 19 juillet 2010 consid. 3.2.2 = DEP 2010 738).

du *coût de production*. Il s'agit en particulier des mesures qui imposent des investissements ou des dépenses d'entretien et d'amortissement. Si le bilan de l'entreprise (performance économique) n'est pas modifié par de telles mesures d'assainissement, celles-ci sont sans autre supportables⁴⁹. Dans le cas contraire, une répercussion des coûts sur les consommateurs, en raison de la libéralisation de marché électrique, ne peut être prise en considération que de manière limitée selon l'évolution du prix de l'électricité⁵⁰. Il n'est toutefois pas proportionné d'aller jusqu'à la limite de la viabilité économique avec une augmentation du débit de dotation et d'ajouter d'autres mesures sans effet sur la production, mais pesant sur le bilan. L'autorité peut ainsi prendre en compte, dans l'évaluation du caractère économiquement supportable de l'assainissement, l'incidence économique de telles mesures pendant la durée de la concession. Le Tribunal fédéral paraît l'admettre implicitement dans l'arrêt *Misoxer Kraftwerke* lorsqu'il renonce, tout en mentionnant l'aménagement d'une passe à poissons, à une mesure de restitution d'eau qui aurait augmenté la perte de revenu de 7 à 9 pour cent⁵¹.

3. *Le choix des mesures d'assainissement*

Lors d'un assainissement ordinaire, l'autorité doit faire le choix de la variante de mesures qui, en n'excédant pas la limite du dédommagement, permet d'atteindre le *bénéfice écologique optimal* (le potentiel écologique optimal)⁵². L'objectif fondamental de l'assainissement est que les restitutions d'eau s'approchent le plus possible des dispositions des art. 31 à 33 LEaux relatives aux débits résiduels minimaux. La palette des mesures à disposition correspond à celle consacrée aux nouveaux prélèvements des art. 31 et 33 LEaux, ainsi qu'à l'art. 38 al. 3 let. c OEaux⁵³. Il s'agit en premier lieu de l'augmentation ciblée du débit de dotation. D'autres mesures à charge du détenteur du prélèvement restent toutefois envisageables comme l'aménagement du

⁴⁹ RIVA (n. 3), p. 165 ; ATF 88 I 181 consid. 5b p. 187.

⁵⁰ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 2.7.4 = DEP 2012 854, p. 854-878. Sur le sujet, avec des avis contraire, voir RIVA (n. 3), p. 166.

⁵¹ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 2.8.6 = DEP 2012 854, p. 854-878. Reste que le Tribunal fédéral ne dit pas expressément si son choix repose sur l'existence de la passe à poissons ou sur une perte de revenu de 9 pour cent qu'il jugerait excessive dans le cas d'espèce.

⁵² ECKERT (n. 14), p. 165. N'atteint pas l'optimum écologique une dotation annuelle qui ne permet pas de réaliser le « minimum absolu » de l'assainissement, alors que la limite du dédommagement n'est pas non plus atteinte (TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 2.8.2 = DEP 2012 854, p. 854-878).

⁵³ Message LEaux (n. 8), p. 1193 ; HUNGER (n. 35), p. 254-256 et 261-265 ; RIVA (n. 3), p. 147-148.

cours d'eau, les mesures liées au mode d'exploitation des eaux, l'optimisation de la gestion des matières en suspension ou encore l'aménagement de passes à poissons. Encore faut-il qu'elles concourent à une amélioration sensible du cours d'eau. Ces mesures peuvent être combinées et autorisées simultanément, avec des mesures prescrites par d'autres dispositions de la loi (art. 39a LEaux – éclusées, art. 40 LEaux – bassins de retenue, art. 43a LEaux – régime de charriage). Il n'y a toutefois aucune obligation de les ordonner ensemble, compte tenu des délais différents qui les caractérisent⁵⁴.

Pour chaque mesure possible sont associés le potentiel écologique ainsi que les pertes respectives de production et de revenu liées. Ces dernières sont compilées pour constater si elles épuisent l'objectif d'assainissement et atteignent la limite du dédommagement. Si ce n'est pas le cas, d'autres mesures doivent être définies. Si c'est le cas, l'autorité doit opérer une pesée des intérêts (un choix) parmi les mesures à disposition. La variante retenue ne conduit pas nécessairement à assainir l'ensemble des prélèvements concernés. Il peut y être renoncé si le potentiel écologique de certains prélèvements est jugé trop faible, pour mettre l'accent sur les prélèvements aux plus forts potentiels⁵⁵.

Il doit également être tenu compte de l'éventuel effet *positif* de mesures d'assainissement sur la production. Certaines d'entre elles, opérationnelles ou constructives, peuvent conduire à une augmentation de la production électrique ou à une amélioration des coûts de production. Il est en outre justifié d'examiner cette situation lorsque la rentabilité d'une exploitation hydraulique existante doit être augmentée par la construction d'une installation annexe. L'amélioration de la rentabilité permet de compenser les pertes issues de l'assainissement, le rendant plus acceptable⁵⁶.

IV. L'assainissement supplémentaire de l'art. 80 al. 2 LEaux

1. Le rapport entre les al. 1 et 2 de l'art. 80 LEaux

La loi prévoit que, dans certaines circonstances, l'autorité est tenue d'ordonner l'exécution de mesures d'assainissement *supplémentaires*, autrement dit en plus de celles qui ont été prescrites en application de l'art. 80

⁵⁴ Voir en particulier les art. 81 et 83a LEaux.

⁵⁵ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 2.8.1 = DEP 2012 854, p. 854-878. Dans cette affaire, le Tribunal ne conteste pas le choix de renoncer à assainir six prélèvements sur les dix pris en considération.

⁵⁶ TF 1A.270/1994 du 10 juillet 1995 consid. 4c = JAB 1996, p. 254 ; RIVA (n. 3), p. 175.

al. 1 LEaux. Il existe ainsi un rapport étroit entre les deux premiers alinéas de l'art. 80 LEaux. Ce n'est que lorsque le cadre de l'assainissement ordinaire est déterminé que l'autorité doit évaluer si un assainissement au sens du second alinéa s'avère nécessaire et, dans l'affirmative, l'ampleur de celui-ci⁵⁷.

2. *Le champ d'application de l'art. 80 al. 2 LEaux*

Un assainissement *supplémentaire* n'est admissible que s'il existe « des intérêts publics prépondérants » qui justifient d'aller au-delà de ce qui est exigé dans le cadre de l'assainissement ordinaire. La loi affirme expressément la prépondérance⁵⁸ de la protection de la nature sur celui de la poursuite de l'usage sans limite des eaux dans le cas des « cours d'eau qui traversent des paysages ou des biotopes répertoriés dans un inventaire national ou cantonal ». Les inventaires cantonaux visés par l'art. 80 al. 2 LEaux sont ceux institués par le droit cantonal, en application de l'art. 18b LPN. Les inventaires nationaux⁵⁹ sont ceux qui découlent de la mise en œuvre des art. 5 et 18a al. 1 LPN, pour autant qu'ils soient en vigueur au moment où la décision d'assainissement est prononcée. Un assainissement supplémentaire devrait toutefois se limiter aux objets inventoriés qui se situent le long des tronçons du cours d'eau affectés par le prélèvement⁶⁰. L'autorité a alors le devoir de prendre en considération l'ensemble des inventaires traversés par les cours d'eau influencés par un prélèvement. Il est en principe admissible de mettre la priorité sur les objets d'importance nationale, pour autant que cela ne conduise pas à ce que les objets d'importance cantonale soient exclus de la protection de l'art. 80 al. 2 LEaux. Ce serait, selon le Tribunal fédéral, contraire à la lettre de cette disposition légale⁶¹. Ne sont pas pris en considération les inventaires qui se situent en dehors de la zone d'influence des cours d'eau

⁵⁷ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 3.7 = DEP 2012 854, p. 854-878 ; ECKERT (n. 14), p. 158-162.

⁵⁸ La loi connaît une dérogation à cette règle à l'art. 80 al. 3 LEaux, en matière de petites centrales hydroélectriques ou autres installations situées sur des cours d'eau dans des sites inventoriés. Dans cette situation, la prépondérance de l'amélioration de biotopes ou paysages doit être pesée au regard de la protection du patrimoine. Voir à ce propos FF 2008 7307, 7328 relatif à l'art. 80 al. 3 LEaux qui relève que, dans ces situations, « la protection du patrimoine doit être prise en considération lors de mesures d'assainissement des débits résiduels ».

⁵⁹ Voir à ce propos OFEFP, Prélèvements d'eau, Démarche pour l'assainissement selon art. 80 al. 2 LEaux, Information concernant la protection des eaux N° 39, Berne 2000, p. 64-65. Voir également HUNGER (n. 35) , p. 252-253.

⁶⁰ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 3.8.1 = DEP 2012 854, p. 854-878.

⁶¹ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 3.7 in fine = DEP 2012 854, p. 854-878.

et de leurs eaux⁶², ainsi que ceux qui ne servent pas la protection du paysage ou des biotopes⁶³.

L'art. 80 al. 2 étend son champ d'application aux *autres intérêts publics prépondérants*⁶⁴, pour autant qu'ils priment⁶⁵ l'intérêt économique à protéger les droits d'usage acquis des eaux et s'il existe une « situation grave » en matière de débits résiduels qui ne peut être assainie à satisfaction par les mesures d'assainissement ordinaire⁶⁶. De tels intérêts publics peuvent s'exprimer tant à l'intérieur du périmètre des objets inventoriés qu'en dehors. Il convient en conséquence d'en examiner l'existence sur tout le cours aval du cours d'eau soumis à l'influence sensible d'un prélèvement.

3. *Les limites absolues et la limite relative de l'assainissement supplémentaire*

Les limites *absolues* de l'assainissement supplémentaire sont celles qui ne peuvent être dépassées dans quelque cas que ce soit. En tant que limite inférieure, elle correspond à celle du dédommagement fixée à l'occasion de l'application de l'art. 80 al. 1 LEaux. En tant que limite supérieure, elle découle de la volonté du législateur de ne pas appliquer des prescriptions plus sévères à des prélèvements existants qu'à de nouveaux prélèvements. L'autorité ne peut en conséquence ordonner un débit de dotation d'assainissement supérieur à celui qui aurait été fixé pour un nouveau prélèvement, selon l'art. 33 LEaux, en présence d'un intérêt public prépondérant similaire à celui qui justifie l'application de l'art. 80 al. 2 LEaux⁶⁷.

La limite *relative* de l'assainissement suppose que la manière avec laquelle l'objectif de protection de l'intérêt public prépondérant retenu peut être atteint doit être déterminée dans le respect du *principe de proportionnalité*⁶⁸. Le message relatif à l'initiative populaire pour la sauvegarde de nos eaux et la révision de la loi fédérale sur la protection des eaux du 29 avril 1987⁶⁹

⁶² Dans ce sens OFEFP (n. 59), p. 13 et 65. Ce cas concerne en principe l'inventaire des haut-marais d'importance nationale (RS 451.32), mais aussi l'inventaire des prairies et pâturages secs d'importance nationale (PPS ; RS 451.37).

⁶³ ECKERT (n. 14), p. 170.

⁶⁴ Pour l'exposé d'autres intérêts publics, voir ECKERT (n. 14), p. 171 ; HUNGER (n. 35), p. 253-254.

⁶⁵ En présence d'un autre intérêt public, il s'agit par conséquent d'effectuer une pesée des intérêts en présence afin de déterminer son éventuelle prépondérance. Voir OFEFP (n. 11), p. 14.

⁶⁶ Message LEaux (n. 8), p. 1194 ; OFEFP (n. 59), p. 66. Selon la lettre de la loi, l'assainissement supplémentaire est à ordonner quand « des intérêts publics prépondérants l'exigent ».

⁶⁷ RIVA (n. 3), p. 142 ; OFEFP (n. 59), p. 13.

⁶⁸ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 3.7 = DEP 2012 854, p. 854-878 ; OFEFP (n. 59), p. 67.

⁶⁹ Message LEaux (n. 8), p. 1194.

exprime cette limite relative par trois critères en affirmant que « ... les mesures d'assainissement ne doivent être ordonnées que si elles sont *indispensables* pour procéder à une amélioration *impérativement nécessaire* », ajoutant qu'il peut être admis « que les dédommagements ne dépasseront pas un *taux acceptable* ».

3.1 Un assainissement supplémentaire impérativement nécessaire et des mesures indispensables

Un assainissement supplémentaire ne peut être prononcé que si l'amélioration du tronçon du cours d'eau est *impérativement nécessaire*, compte tenu de la protection conférée à l'objet inventorié ou de la mise en œuvre d'un autre intérêt public prépondérant. Il doit être non seulement nécessaire, mais aussi urgent, d'améliorer la situation.

Les mesures ordonnées se doivent d'être *indispensables* à l'amélioration des objets inventoriés traversés (respectivement à la satisfaction d'un autre intérêt public prépondérant). Contrairement aux mesures d'assainissement ordinaires, fondées avant tout sur des critères économiques, les mesures supplémentaires dans des biotopes ou des paysages inventoriés se déterminent en fonction de seuls *critères écologiques*⁷⁰. Le point de départ est alors l'objectif de l'assainissement. Sont à ce titre décisifs les objectifs de protection des objets inventoriés⁷¹. La détermination des mesures supplémentaires d'assainissement repose en principe sur des investigations écologiques plus détaillées que celles dévolues à l'assainissement ordinaire. Elles doivent toutefois s'en tenir à l'essentiel, en fixant avec suffisamment de précision les mesures, sans engager de coûts disproportionnés. Comme pour les mesures prescrites à l'occasion d'un assainissement ordinaire, il s'agit en premier lieu de mesures d'augmentation du débit de dotation supplémentaire⁷². Il peut également s'agir des autres mesures d'assainissement des cours d'eau évoquées aux art. 31 al. 2 et 35 al. 1 LEaux ou à l'art. 38 al. 3 let. c OEaux⁷³. La condition impérative reste qu'elles concourent à une *amélioration sensible* du biotope ou du paysage inventorié⁷⁴.

⁷⁰ OFEFP (n. 59), p. 7.

⁷¹ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 3.7 = DEP 2012 854, p. 854-878 ; TC VS A1 11 221 du 21 décembre 2012 consid. 4.1.

⁷² Voir à ce propos Message LEaux (n. 8), p. 1194.

⁷³ OFEFP (n. 59), p. 14 ; RIVA (n. 3), p. 147 ; ECKERT (n. 14), p. 108-109 ; CAVIEZEL (n. 27), p. 90 ; HUNGER (n. 35), p. 266-267 ; TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 2.7.3 = DEP 2012 854, p. 854-878 ; TC VS A1 11 221 du 21 décembre 2012 consid. 2.1.3.

⁷⁴ TC VS A1 11 221 du 21 décembre 2012 consid. 4.1.

3.2 La portée du principe de proportionnalité dans le choix des mesures

Les mesures indispensables à l'amélioration des objets inventoriés ne peuvent en aucun cas dépasser la limite absolue supérieure de l'assainissement supplémentaire. D'autre part, l'indemnisation qui leur est liée ne doit pas dépasser « un taux acceptable » ou une « mesure justifiable », autrement dit ne doit « pas faire exploser le cadre des possibilités financières »⁷⁵. Elles doivent ainsi prendre en considération les différents intérêts privés et publics en présence, en application du *principe de proportionnalité*⁷⁶.

Parce qu'elles doivent être indispensables à l'accomplissement de l'objectif de protection, les mesures d'assainissement supplémentaires satisfont en principe à la *maxime de l'aptitude*. La *maxime de la nécessité* suppose que l'autorité choisisse la variante d'assainissement qui atteint l'*optimum écologique* en minimisant l'atteinte économique et financière supplémentaire, à la différence de l'assainissement ordinaire pour lequel il n'y a pas d'atteinte à minimiser, mais le seuil de viabilité économique à atteindre⁷⁷.

Lors de l'évaluation de la *maxime de la proportionnalité au sens étroit (Zumutbarkeit)*, contrairement à l'assainissement ordinaire, il convient de procéder à une pesée des intérêts en présence et de mettre l'accent sur les mesures les plus importantes⁷⁸. Les critères qui peuvent entrer en considération dans cette pesée des intérêts sont notamment la perte de revenu, la perte de production, la péjoration des conditions techniques du prélèvement, la valeur écologique relative de l'objet inventorié⁷⁹, l'efficacité écologique des mesures, la gravité de la situation relative aux débits résiduels ou encore la protection du patrimoine en application de l'art. 80 al. 3 LEaux⁸⁰.

Dans l'affaire *Misoxer Kraftwerke*, le Tribunal fédéral considère qu'une mesure qui exigerait une dotation 10 à 20 fois supérieure à celle des 60l/s prescrits dans l'assainissement ordinaire excède le taux acceptable. Une dotation 10 fois supérieure à celle fixée en application de l'art. 80 al. 1 LEaux est ainsi disproportionnée. C'est d'autant plus le cas qu'une optimisation de

⁷⁵ Message LEaux (n. 8), p. 1194 ; TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 3.7 = DEP 2012 854, p. 854-878 ; TC A1 11 221 du 21 décembre 2012 consid. 4.1 ; RIVA (n. 3), p. 145-147.

⁷⁶ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 3.7 = DEP 2012 854, p. 854-878 ; OFEFP (n. 59), p. 66-67.

⁷⁷ En quelque sorte, il existe deux curseurs mobiles à disposition de l'autorité, celui de l'optimum écologique et celui de l'atteinte économique. Dans l'assainissement ordinaire, le curseur de la viabilité économique est fixé par la loi, reste à l'autorité à régler l'optimum écologique.

⁷⁸ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 3.7 = DEP 2012 854, p. 854-878.

⁷⁹ Voir à ce propos la méthode élaborée pour les zones alluviales d'importance nationale et les sites IFP dans OFEFP (n. 59), p. 17-57.

⁸⁰ Voir à ce propos FF 2008 7307, 7328 in fine.

la gestion des sédiments peut être réalisée par des autorisations de curage de l'art. 40 LEaux⁸¹. Ce faisant, il n'exclut pas d'associer à la pesée des intérêts d'autres mesures issues de la loi, bien que leur poids n'apparaisse pas décisif à lui seul. Le Tribunal fédéral relève également qu'une augmentation du débit de dotation qui n'améliore pas significativement les conditions pour la végétation alluviale ou dont l'amélioration est déjà atteinte avec l'assainissement ordinaire ne respecte pas le principe de proportionnalité⁸². En conséquence, bien qu'un intérêt public prépondérant conduise à ordonner un assainissement avec dédommagement, la portée de ce dernier peut être nulle, du moins réduite, lorsque tout ou part des mesures nécessaires et indispensables sont disproportionnées.

4. L'indemnisation

Les mesures supplémentaires d'assainissement entraînent une atteinte à la substance des droits acquis d'usage des eaux. L'indemnisation de leurs titulaires doit être assurée en vertu de l'art. 80 al. 2 LEaux, sans pouvoir dire⁸³ si cette obligation relève d'une *expropriation formelle* ou d'une *expropriation matérielle*⁸⁴. La distinction repose sur le fait que l'expropriation formelle supprime ou modifie un droit acquis, alors que l'expropriation matérielle préserve ce droit tout en restreignant l'usage des eaux. Dans le premier cas, l'indemnisation est la condition préalable à la modification du droit acquis, alors que dans le second, elle est la conséquence indépendante de la mesure qui restreint l'exercice du droit d'usage existant⁸⁵. Avec l'expropriation formelle, l'assainissement ne peut en principe être mis en œuvre qu'après que l'indemnisation ait été versée, sous réserve de situations justifiant une prise de possession anticipée⁸⁶. En matière d'assainissement des cours d'eau, l'expropriation matérielle constitue la règle. L'expropriation formelle n'intervient que dans des cas exceptionnels, lorsque la décision

⁸¹ TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 3.8.2 = DEP 2012 854, p. 854-878.

⁸² TF 1C_262/2011 du 15 novembre 2012 consid. 3.8.3 = DEP 2012 854, p. 854-878.

⁸³ RIVA (n. 3), p. 193 ; HUNGER (n. 35), p. 266.

⁸⁴ Sur l'expropriation, voir TANQUEREL (n. 15), n^{os} 1737-1738 et 1745 ; RIVA (n. 3), p. 194.

⁸⁵ TANQUEREL (n. 15), n^o 1739 ; RIVA (n. 3), p. 195 ; ATF 93 I 130 consid. 7a p. 143 ; ATF 116 Ib 11 consid. 2b/bb p. 17.

⁸⁶ RIVA (n. 3), p. 195-197 ; HUNGER (n. 35), p. 267 ; ECKERT (n. 14), p. 173 ; FREI (n. 14), p. 45-47.

d'assainissement statue également sur l'existence (en exige la suppression) ou l'étendue du droit d'usage des eaux existant⁸⁷.

L'atteinte à la garantie de la propriété exige le versement d'une « pleine » indemnité en vertu de l'art. 26 al. 2 Cst. L'autorité cantonale ne peut alors appliquer sa propre réglementation en matière d'expropriation, mais uniquement⁸⁸ les règles de la LEx⁸⁹. L'ampleur du dédommagement est déterminée sur la base de critères objectifs, telle la valeur vénale, ou d'après des éléments subjectifs comme l'intérêt *positif* de l'exproprié au maintien de son droit⁹⁰. La valeur d'un droit sur les eaux s'estime en fonction du revenu perçu par son détenteur⁹¹. En cas d'atteinte à sa substance, le dédommagement à verser correspond à la différence de la valeur vénale du droit avant et après les mesures d'assainissement supplémentaires du cours d'eau⁹².

Les droits acquis profitent également de la protection de la bonne foi (principe de la confiance) de l'art. 9 Cst. Il s'agit alors de protéger l'intérêt *négalif* du détenteur à ne pas être atteint dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues de l'autorité⁹³. RIVA⁹⁴ considère que le renvoi de l'art. 80 al. 2 LEaux à la LEx implique que l'indemnisation doit également être fixée en considération des règles sur la protection de la bonne foi. Ce renvoi ne concernerait ainsi que la procédure, mais pas les règles matérielles de la fixation de l'indemnité. Dans un arrêt du 20 septembre 2001⁹⁵, le Tribunal fédéral exclut toutefois expressément que le renvoi de l'art. 80 al. 2 LEaux n'applique que partiellement (à la seule procédure) ou par analogie la LEx aux assainissements supplémentaires. Il se fonde pour cela sur les trois textes officiels, et pas seulement sur le texte allemand.

⁸⁷ RIVA (n. 3), p. 206 ; HUNGER (n. 35), p. 269 ; TF 1A.320/2000 du 20 septembre 2001 consid. 3b/bb = TF dans DEP 2001/10 1053-1060.

⁸⁸ TF 1A.320/2000 du 21 septembre 2001 consid. 3b/bb = DEP 2001 1053, p. 1053-1060 ; RIVA (n. 3), p. 205-206 ; FREI (n. 14), p. 47.

⁸⁹ Loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (LEx ; RS 711).

⁹⁰ HUNGER (n. 35), p. 269, avec les références citées.

⁹¹ HUNGER (n. 35), p. 270 ; RIVA (n. 3), p. 208.

⁹² RIVA (n. 3), p. 54 ; TANQUEREL (n. 15), n° 1758 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 16), n°s 2195 ss ; TSCHANNEN/ZIMMERMANN/MÜLLER (n. 16), § 64, n° 16 ; ATF 129 II 420 consid. 3.1.1 p. 425 ; ATF 122 II 246 consid. 4 p. 249.

⁹³ Voir à ce propos TANQUEREL (n. 15), n° 568.

⁹⁴ RIVA (n. 3), p. 208. Voir également HUNGER (n. 35), p. 270-271.

⁹⁵ TF 1A.320/2000 du 20 septembre 2001 consid. 3b/bb in fine = DEP 2001 1053, p. 1053-1060.

V. Conclusion

Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur la protection des eaux en 1991, les cantons se sont retrouvés face à l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour assainir leurs cours d'eau. Compte tenu des enjeux économiques mis en évidence par l'assainissement des cours d'eau et de la complexité à définir leur portée, le récent arrêt du Tribunal fédéral relatif à l'affaire *Misoxer Kraftwerke* a le mérite d'avoir apporté d'utiles et nécessaires précisions sur la mise en œuvre des exigences exposées à l'art. 80 LEaux.

La réalisation d'un assainissement ordinaire, au sens de l'art. 80 al. 1 LEaux, doit être poussée jusqu'aux limites de l'obligation de dédommager le détenteur des droits acquis de prélever de l'eau. Le pouvoir d'appréciation de l'autorité cantonale se limite à définir ces limites considérées comme étant celles de l'atteinte à la substance du droit acquis figurée par le seuil du caractère économiquement supportable de l'activité de prélèvement. Pour le définir, le Tribunal fédéral ancre certains seuils quantitatifs dans sa jurisprudence en fonction des conditions d'exploitation économique. Il n'est alors pas question de pesée des intérêts, mais de détermination de l'optimum écologique sans excéder la frontière de l'économiquement supportable.

En prescrivant un assainissement ordinaire, l'autorité cantonale a le devoir d'examiner l'opportunité d'un assainissement supplémentaire au sens de l'art. 80 al. 2 LEaux, si un intérêt prépondérant l'exige. Les mesures supplémentaires prescrites se situent au-delà de ce qui est économiquement admissible. En portant atteinte à la substance des droits acquis de prélèvement, elles exigent un plein dédommagement. Etant donné les implications financières de telles mesures, la loi comme la jurisprudence imposent des conditions strictes et élevées pour qu'un assainissement supplémentaire puisse être ordonné. Les mesures prescrites doivent être indispensables à une amélioration nécessaire du cours d'eau, ceci sans que l'indemnisation excède ce qui est justifiable. L'autorité doit pour cela entreprendre une pleine pesée des intérêts.