

La protection des biotopes dans la zone à bâtir – Commentaire des arrêts du Tribunal fédéral 1C_126/2020 du 15 février 2021 et 1C_653/2019 du 15 décembre 2020

Zusammenfassung ———→ 366 / Riassunto ———→ 367

I.	Introduction	357
II.	La protection des biotopes d'importance régionale et locale au regard de l'art. 18 LPN	357
III.	La pesée des intérêts de l'art. 18 al. 1 ^{er} LPN	359
1.	Principe	359
2.	La prise en compte des mesures compensatoires dans la pesée des intérêts	362
IV.	Le contrôle incident des plans d'affectation en présence d'un biotope digne de protection	363
V.	Appréciation	364

I. Introduction

Dans deux arrêts récents, le Tribunal fédéral examine la portée du régime de protection des biotopes, prévu à l'art. 18 Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (LPN)¹, dans la zone à bâtir. La première affaire concerne la construction d'une maison familiale à Grandfontaine (JU) ayant pour conséquence la suppression d'une portion d'une haie considérée comme digne de protection sur une longueur de 10 m.² Au terme d'une vaste pesée des intérêts, la Cour fédérale arrive à la conclusion que l'atteinte au biotope situé dans une aire fréquentée par la chouette Chevêche est admissible en cela qu'elle ne viole pas les exigences de l'art. 18 LPN. La seconde affaire porte sur la construction d'un bâtiment de quatre niveaux sur rez-de-chaussée ainsi que sur divers aménagements extérieurs à Lausanne (VD).³ Le Tribunal fédéral annule l'autorisation de construire en constatant que le projet ne prenait pas suffisamment en compte l'existence d'un biotope digne de protection d'importance régionale.

Ces deux arrêts consacrent de manière explicite l'application directe de dispositions de droit fédéral relatives à la protection des biotopes, y compris en zone constructible (II). Dans ce contexte, le Tribunal fédéral analyse plus particulièrement le régime de l'art. 18 al. 1^{er} LPN (III), ainsi que l'éventualité d'un contrôle incident des plans d'affectation (IV). L'évolution jurisprudentielle proposée par ces arrêts conduit à émettre une appréciation générale sur la portée de l'art. 18 LPN en zone à bâtir (V).

II. La protection des biotopes d'importance régionale et locale au regard de l'art. 18 LPN

La protection des biotopes dignes de protection qui ne revêtent pas une importance nationale au sens de l'art. 18a LPN ne doit pas être examinée uniquement à l'aune des dispositions de droit cantonal et communal applicables. L'obligation de protéger les biotopes d'importance régionale et locale au sens de l'art. 18b LPN découle directement et impérativement du droit fédéral. Il convient ainsi de prendre en considération les dispositions de droit fédéral qui revêtent une portée propre et qui sont d'application directe. On songe en particulier à l'art. 18 LPN.

Le premier alinéa de l'art. 18 LPN apparaît de prime abord comme une disposition de principe relative à la protection des espèces animales et végétales indigènes; cette dernière doit être assurée par la préservation («le maintien») de leurs biotopes. Il serait toutefois réducteur et contraire au sens de la norme de limiter la portée de cet alinéa à ce seul principe. Bien qu'il ne consacre pas une protection directe de tous les biotopes, l'art. 18 al. 1 LPN est néanmoins directement applicable à deux égards. D'une part, il définit directement la notion de biotope en tant qu'«espace vital suffisamment étendu», sans qu'une concrétisation ne soit nécessaire en droit cantonal.⁴ Bien que la règle de droit contienne des notions

1 RS 451.

2 Arrêt du TF 1C_653/2019 du 15 décembre 2020 (arrêt Grandfontaine).

3 Arrêt du TF 1C_126/2020 du 15 février 2021 (arrêt Lausanne).

4 Voir à ce titre ATF 133 II 220, c. 2.3. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral applique directement la notion de biotope de l'art. 18 al. 1 LPN – en l'espèce le caractère suffisamment étendu de la haie et sa valeur d'habitat. Voir également ATF 116 Ib 203, c. 4b.

juridiques indéterminés, le biotope est défini de manière «relativement claire»;⁵ de surcroît, l'indétermination des termes utilisés a pour vocation de conférer une marge de manœuvre aux cantons lors de l'identification des biotopes, non pas de leur transférer la compétence de définir dans leur droit la notion de biotope. D'autre part, il attribue un mandat de protection des espèces indigènes par celle des biotopes qui sont dignes de l'être selon les critères de l'art. 18 al. 1^{bis} LPN ou par le biais d'autres mesures appropriées; les autorités cantonales disposent en la matière d'une large marge de manœuvre, ce mandat restant néanmoins impératif et ressortant directement du droit fédéral.⁶

A l'art. 18 al. 1^{bis} LPN, complété par l'art. 14 al. 3 Ordonnance sur la protection de la nature et du paysage (OPN)⁷, le droit fédéral expose de manière détaillée les critères pour définir les biotopes soumis au régime de protection générale de l'art. 18 al. 1^{er} LPN; le régime de cette dernière disposition est lui-même décrit avec précision. Ainsi, aucune disposition de droit cantonal n'est nécessaire pour exécuter la protection prévue à l'art. 18 al. 1^{er} LPN ou pour concrétiser la notion de biotopes dignes de protection. En particulier, ces derniers n'ont pas à être formellement désignés à l'avance (dans des inventaires par exemple); leur existence et leur emplacement peuvent être déterminés dans le cadre de la procédure de planification ou d'autorisation de construire.⁸ Les alinéas 1^{bis} et 1^{er} de l'art. 18 LPN contiennent certes des notions juridiques indéterminées, qui n'ont toutefois pas pour vocation de réserver l'application du droit cantonal, mais de conférer à l'autorité la marge d'appréciation nécessaire au traitement des différentes situations rencontrées.

Dans l'affaire de Grandfontaine, et plus encore dans celle de Lausanne, le Tribunal fédéral admet que la protection des biotopes dignes de protection découle directement de l'art. 18 LPN, aussi bien hors que dans la zone à bâtir. Bien que ce point de vue ne soit pas partagé par une partie de la doctrine,⁹ nous nous y rallions. En ce sens, l'art. 22 al. 3 Loi sur l'aménagement du territoire (LAT)¹⁰ réserve les conditions posées par le droit fédéral en matière d'octroi des autorisations de construire, notamment l'art. 18 LPN – mais également les art. 18a et 18b LPN – pour ce qu'ils sont directement applicables.

Le Tribunal fédéral examine librement si les cantons remplissent correctement la tâche fédérale qui leur a été déléguée aux art. 18 et 18b LPN. S'agissant de biotopes d'importance régionale et locale, les cantons disposent toutefois d'une importante marge d'appréciation pour déterminer quels sont les «espaces vitaux suffisamment étendus» dignes de protection, sur la base des critères formulés aux art. 18 al. 1^{bis} LPN et 14 al. 3 OPN. Compte tenu des spécificités cantonales et locales, un concept uniforme de biotope digne de protection, applicable de la même manière à l'ensemble du territoire de la Confédération, ne peut être directement dégagé du droit fédéral – eu égard aux circonstances locales, techniques ou personnelles que les autorités cantonales et communales connaissent mieux.¹¹

5 ATF 116 Ib 203, c. 4b.

6 Dans ce sens ATF 116 Ib 203, c. 4b.

7 RS 451.1.

8 Arrêt Grandfontaine, c. 3.6; arrêt Lausanne, c. 6.1.

9 Voir à ce propos KARIN SIDI-ALI, La protection des biotopes en droit suisse – Etude de droit matériel, Zurich 2008, 104.

10 RS 700.

11 Arrêt Grandfontaine, c. 3.6.2. Voir également ATF 116 Ib 203, c. 4b et 5d.

Par conséquent, les juges observent une certaine retenue lorsqu'il s'agit de déterminer si l'habitat en question doit être qualifié de «biotope d'importance régionale ou locale». A notre sens, cette retenue devrait être moindre s'agissant du caractère «digne de protection» d'un biotope; les art. 18 al. 1^{bis} LPN et 14 al. 3 OPN (let. a à d pour le moins) présentent un degré d'objectivation suffisant pour offrir une certaine uniformité d'application; en substance, cette notion dépend moins de l'appréciation des circonstances locales que des propriétés intrinsèques du biotope (présence d'espèces indicatrices ou protégées, ...).

S'agissant des biotopes d'importance régionale et locale de l'art. 18b LPN, leur désignation incombe aux cantons qui doivent veiller à leur protection et leur entretien; il s'agit d'une obligation impérative qui découle du droit fédéral. Selon la jurisprudence, tant la délimitation du biotope que la portée et la teneur des mesures de protection aptes à mettre en œuvre – dans le respect du principe de proportionnalité – le mandat de protection des milieux naturels des art. 18 ss LPN doivent faire l'objet d'une balance entre les intérêts privés à l'utilisation du sol et l'intérêt public à préserver le milieu naturel. A cet égard, plus la faune et la flore présentes sont rares et importantes, plus les mesures de protection ordonnées doivent être strictes. L'autorité doit, de surcroît, prendre en considération le fait que les biotopes remplissent une importante fonction d'équilibre dans un paysage intensivement utilisé. Ainsi, dès lors que la préservation du biotope prime l'utilisation, les mesures de protection nécessaires doivent être engagées.¹² On relève que l'évaluation du caractère digne de protection d'un biotope, laquelle repose sur l'application des critères de l'art. 18 al. 1^{bis} LPN, ne saurait faire l'objet d'une balance des intérêts. En outre, la pesée des intérêts induite par l'art. 18b LPN ne se confond pas avec celle de l'art. 18 al. 1^{er} LPN dont il est question au chapitre III suivant.

III. La pesée des intérêts de l'art. 18 al. 1^{er} LPN

1. Principe

L'art. 18 al. 1^{er} LPN vise les atteintes «d'ordre technique» portées à l'espace vital d'espèces animales ou végétales indigènes. Il s'agit d'une notion juridique indéterminée qui désigne les atteintes issues d'interventions humaines résultant du recours à un procédé ou un instrument dont les impacts sont accrus par rapport à la seule présence de l'homme ou au fonctionnement propre du milieu naturel.¹³

En présence d'une atteinte d'ordre technique – impossible à éviter – affectant un biotope considéré comme digne de protection, l'art. 18 al. 1^{er} LPN prévoit une série d'étapes à suivre, selon un ordre séquentiel.¹⁴ Dans un premier temps, une pesée générale de tous les intérêts doit être effectuée – comme le précise également l'art. 14 al. 6 OPN en évoquant l'intérêt prépondérant que doit revêtir l'atteinte. Si, sur cette base, la protection du biotope ne l'emporte pas, l'atteinte est admissible. En ce cas, dans un deuxième temps, doit être assurée au biotope

12 ATF 118 Ib 485, c. 3a et 3b. Voir à ce propos PETER M. KELLER, Das heutige Naturschutzrecht – Systematik und gesetzgeberischer Handlungsbedarf, DEP 2016 155, 166.

13 THIERRY LARGEY, Le cadre juridique des atteintes licites et illicites à la nature et au paysage, RDAF 2014 I 535, 542; SIDI-ALI (note 9), 111–112.

14 Arrêt Grandfontaine, c. 3.2. SIDI-ALI (note 9), 92.

la «meilleures protection possible» ou la «reconstitution». A défaut, dans un troisième temps, le «remplacement adéquat» doit être ordonné.¹⁵

Compte tenu du caractère directement applicable de l'art. 18 al. 1^{er} LPN, une atteinte à un biotope digne de protection situé dans la zone à bâtir doit être soumise à une pesée des intérêts en présence. S'agissant du biotope, on retiendra au premier chef les critères formulés à l'art. 14 al. 6 OPN. A propos de la zone à bâtir, il convient de prendre en considération les intérêts à une utilisation des parcelles à des fins conformes au plan d'affectation en vigueur et de celui à la sécurité du droit, de même que l'importance de l'atteinte, la situation du biotope dans son environnement (naturel ou artificiel) ou encore les intérêts ayant trait à la densification du tissu bâti (art. 3 al. 3 LAT).¹⁶

Dans ce cadre, deux hypothèses peuvent être avancées. Dans une première hypothèse, illustrée par l'affaire de Grandfontaine, la pesée des intérêts penche en faveur de la construction. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a retenu la suppression limitée de la haie, laquelle se situe au demeurant dans un environnement qui n'est pas naturel, aux abords d'une route communale. Par conséquent, il a admis l'atteinte,¹⁷ suivant un raisonnement qui ne nous semble pas critiquable. En revanche, s'arrêter à ce seul constat paraît incomplet à l'aune de l'ordre séquentiel de l'art. 18 al. 1^{er} LPN. Dès lors que n'est pas remis en question le caractère digne de protection de la haie et qu'une atteinte est causée à celle-ci, le droit fédéral commande d'en assurer la meilleure protection possible, la reconstitution ou le remplacement. C'est à notre sens à tort que le Tribunal fédéral n'a pas examiné ces aspects et s'est limité à constater que le projet ne porte «pas atteinte aux objectifs de protection prévus aux art. 18 ss LPN».¹⁸

Dans une seconde hypothèse, concrétisée dans l'affaire de Lausanne, la pesée des intérêts s'oriente vers la préservation (le maintien) du biotope au détriment de la construction envisagée. Cette dernière peut alors être purement et simplement empêchée ou être contrainte à s'adapter au biotope. Dans cette situation, où l'importance régionale ou locale du biotope est telle qu'elle justifie une entorse à la sécurité du droit découlant de l'affectation de la zone,¹⁹ le Tribunal fédéral considère que la politique du tout ou rien ne convainc pas; une solution de «compromis» doit être recherchée afin de dicter ce qu'il est admissible de réaliser.²⁰

Que faut-il entendre par compromis? La Cour fédérale évoque l'obligation pour le projet de «ménager le plus possible la préservation du milieu naturel». En substance, il s'agit d'appliquer les étapes suivantes de l'ordre séquentiel de

15 A propos du remplacement adéquat et de la substitution, que l'on regroupe sous la notion de mesures compensatoires, voir LARGEY (note 13), 558–562, avec les références citées. Voir également KARL-LUDWIG FAHRLÄNDER, ad art. 18 LPN, in: P. M. KELLER / J.-B. ZUFFEREY / K.-L. FAHRLÄNDER, Commentaire LPN, Zurich/Bâle/Genève 2019, N 35 ss. On souligne que les mesures de protection et les mesures compensatoires doivent être optimales, selon l'art. 14 al. 7 OPN.

16 Arrêt Grandfontaine, c. 3.6.2; arrêt Lausanne, c. 6.2.3.

17 Arrêt Grandfontaine, c. 3.6.2.

18 Dans ce sens SIDI-ALI (note 9), 106. Cette auteure mentionne à juste titre que l'art. 18 LPN ne tolère aucune atteinte à un biotope digne de protection sans mesure compensatoire.

19 Dans l'affaire de Lausanne, le biotope est non seulement digne de protection, mais d'importance régionale. Il constitue un cas rare de nature en ville et plus particulièrement un biotope relais. Au surplus, l'affectation en zone à bâtir doit être relativisée (infra IV). Arrêt Lausanne, c. 3 et 5.2.1 in fine.

20 Arrêt Lausanne, c. 6.2.3.

l'art. 18 al. 1^{er} LPN,²¹ en garantissant la meilleure protection possible du biotope, voire sa reconstitution ou, à défaut, son remplacement adéquat. Assurer la meilleure protection consiste, dans toute la mesure du possible, à réduire efficacement et durablement les atteintes dues au projet. Concrétisant le principe de prévention, cette mesure vise la limitation effective des atteintes directes et indirectes, jusqu'aux limites de la proportionnalité et du techniquement possible – notamment adaptant ou modifiant la construction, en prévoyant des variantes ou en optimisant son exploitation.²² Concrètement, dans l'affaire lausannoise, le Tribunal fédéral a constaté que les efforts entrepris pour dimensionner le projet de façon raisonnable compte tenu de l'existence du biotope apparaissent insuffisants en l'état; si l'intérêt du propriétaire à construire doit être protégé, il lui incombe de développer un projet à l'emprise au sol réduite, tenant mieux compte du biotope d'importance régionale qui s'y trouve.²³ En substance, le projet doit être adapté (déplacé) – afin d'assurer la meilleure protection possible et de ménager le plus possible le milieu naturel. Si d'aventure l'atteinte reste impossible à éviter dans son intégralité, des mesures de remplacement doivent être ordonnées conformément à l'art. 18 al. 1^{er} *in fine* LPN afin de garantir l'équilibre biologique du projet.

Le raisonnement entrepris par le Tribunal fédéral doit être, à notre sens, soutenu en tant qu'il tire les conséquences du caractère impératif et directement applicable de l'art. 18 al. 1^{er} LPN. Il convient toutefois de ne pas conclure à la remise en question systématique de l'affectation de la zone à bâtir en vigueur, en présence de milieux naturels. Ceux-ci doivent être dignes de protection et l'intérêt à leur préservation doit apparaître prépondérant pour justifier la contestation d'une construction; dans ces domaines, les cantons jouissent d'une certaine marge de manœuvre. Au demeurant, la situation varie selon que le biotope digne de protection était connu ou non du planificateur. S'il lui était connu et qu'une pesée des intérêts était déjà intervenue au moment de l'adoption du plan d'affectation, la construction ne saurait être, à notre sens, remise en cause.²⁴ La situation en fait ou en droit n'ayant pas évolué, la sécurité du droit exclut de procéder à une nouvelle pesée des intérêts au stade de l'autorisation de construire, aucun motif ne laissant penser que son résultat serait différent par ailleurs. Néanmoins, une obligation de compenser les atteintes n'est pas exclue si cela n'a pas été entrepris au stade de la planification.²⁵ On réserve bien entendu la situation où le biotope a évolué de telle sorte que le résultat de la balance des intérêts pourrait être différente, voire que la planification devrait être revue.²⁶ En présence d'un biotope nouveau ou d'un biotope inconnu au stade de la planification, il sied en revanche de suivre le mécanisme de l'art. 18 al. 1^{er} LPN.

21 On note qu'il n'est pas question ici d'appliquer par analogie le régime de l'art. 6 LPN hors des inventaires visés à l'art. 5 LPN, comme pourrait le laisser penser l'expression utilisée par le Tribunal fédéral qui s'approche de celle de l'art. 6 al. 1 LPN («être ménagé le plus possible»). Il s'agit d'assurer au mieux la protection du biotope («ménager ... la protection») en évitant l'atteinte, en la réduisant si ce n'est pas possible, voire en la compensant.

22 LARGEY (note 13), 558.

23 Arrêt Lausanne, c. 6.2.3 *in fine*.

24 *Infra* V.

25 Dans ce sens SIDI-ALI (note 9), 95. A cet égard, il apparaît qu'une mesure de planification ne correspond pas à la définition d'une atteinte d'ordre «technique» au sens de l'art. 18 al. 1^{er} LPN.

26 Voir à ce propos *infra* IV.

2. La prise en compte des mesures compensatoires dans la pesée des intérêts

Dans l'affaire lausannoise, le Tribunal fédéral aborde une question méthodologique relative à la pesée des intérêts exigée à l'art. 18 al. 1^{er} LPN. Les mesures de protection et les mesures compensatoires, en particulier le remplacement adéquat, peuvent-elles ou doivent-elles être prises en considération à ce stade déjà? La lettre et le sens de la disposition légale plaident en faveur de la négative, dès lors que les mesures en question n'interviennent respectivement qu'en deuxième et troisième étapes de l'ordre séquentiel. Sinon, le remplacement ne serait plus une compensation, mais une justification de l'atteinte – autrement dit la contrepartie d'un droit de porter atteinte.²⁷ Nous faisons toutefois une distinction entre les mesures de protection qui visent à réduire *ab initio* l'atteinte du projet en influençant *de facto* certains aspects de la pesée des intérêts et les mesures compensatoires qui tendent à assurer *ex post* un équilibre biologique.

La Cour fédérale admet toutefois certaines exceptions permettant de prendre en considération les mesures compensatoires dans la pesée des intérêts, «dans la mesure où le résultat de l'opération n'apparaît pas biaisé et où l'atteinte portée au biotope n'est pas minimisée».²⁸ Derrière ces conditions quelque peu opaques, on croit comprendre que ces mesures peuvent être prises en considération pour autant qu'elles n'affectent ni l'évaluation de l'atteinte, ni la pesée des intérêts. Un arrêt consacré à la protection de prairies sèches dans la commune de Schmitzen (GR) permet d'y voir un peu plus clair.²⁹ Le Tribunal fédéral indique que la qualité et la quantité des mesures de remplacement (*Ersatzmassnahmen*) peuvent être prises en compte dans le cadre d'une mise en balance globale des intérêts, pour autant que celles-ci soient suffisamment précises et liées à l'approbation du projet, et qu'elles garantissent au moins une condition équivalente à celle qui existe. La formulation est pour le moins surprenante car elle laisse entendre que ces mesures compensatoires ne peuvent pas participer à définir l'admissibilité d'un projet, mais peuvent participer à la pesée des intérêts en faveur de celui-ci.

Faut-il voir une contradiction dans les propos du Tribunal fédéral? Tel n'est pas le cas si l'on se réfère notamment à la jurisprudence citée au considérant 8.2 de l'arrêt de Schmitzen.³⁰ Dans l'affaire du Schwyberg sont évoquées l'insuffisance des mesures compensatoires et l'exigence que celles-ci soient prévues et assurées au stade du plan d'affectation déjà. On comprend alors que l'insuffisance des mesures compensatoires – donc un déséquilibre biologique final prévisible – conduit à refuser une atteinte dans le cadre de la pesée des intérêts initiale. En revanche, une quantité et une qualité suffisante de mesures compensatoires permettent de ne pas exclure d'emblée l'atteinte. La compensation adéquate apparaît alors non pas comme un droit de porter atteinte, mais comme une condition nécessaire pour qu'une atteinte ne soit pas exclue sans autre analyse dans le cadre de la pesée d'intérêt initiale. Elle ne permet ainsi pas de justifier l'admissibilité d'une atteinte, mais conduit à l'exclure si elle n'est pas adéquate et suffisante. Une telle pratique est en particulier utile en présence de nombreux intérêts divergents et

27 Dans ce sens RFJ 2016 385, 402.

28 Arrêt Lausanne, c. 6.2.3 in fine.

29 Arrêt du TF 1C_528, 530/2018 du 17 octobre 2019, spécialement c. 8.2 = DEP 2020, 190–208.

30 Arrêt du TF 1C_346/2014 du 26 octobre 2016, c. 4.4 et 6 (arrêt Schwyberg).

lorsqu'il s'agit de prendre en compte les effets du projet et des mesures compensatoires sur le long terme,³¹ dans le but toutefois de vérifier qu'elles sont adéquates et optimales et non de justifier ou admettre l'atteinte. Dans ce sens, l'évaluation de l'atteinte pas plus que la pesée des intérêts ne sont biaisées.

IV. Le contrôle incident des plans d'affectation en présence d'un biotope digne de protection

Selon la jurisprudence, le contrôle incident ou préjudiciel d'un plan d'affectation dans le cadre d'une procédure relative à un acte d'application est en principe exclu. Un tel contrôle est néanmoins admis, à titre exceptionnel, lorsque les conditions d'un réexamen des plans, au sens notamment de l'art. 21 al. 2 LAT, sont réunies. Selon cette disposition, lorsque les circonstances, de fait ou de droit, se sont sensiblement modifiées, les plans d'affectation feront l'objet des adaptations nécessaires. Sont en particulier à prendre en considération le temps écoulé depuis l'entrée en vigueur du plan, la mesure dans laquelle celui-ci a été concrétisé, l'importance des motifs de révision, l'étendue de la modification envisagée du plan et l'intérêt public que celle-ci poursuit.³²

Dans l'affaire de Lausanne, la seule véritable circonstance nouvelle contraignante dont la planification en vigueur depuis le 26 juin 2006 ne tient pas compte est l'existence du biotope digne de protection au sens du droit fédéral. Ce dernier n'était pas connu du planificateur lors de l'élaboration du plan d'affectation. En conséquence, le Tribunal fédéral est d'avis qu'un contrôle incident «limité» du plan est admissible. Pour le moins, dans le cadre de l'examen de la protection du biotope, il convient de relativiser – sans la négliger complètement – la portée de l'affectation préexistante en zone constructible de la parcelle.³³

La jurisprudence n'exclut ainsi pas que la découverte d'un biotope digne de protection puisse justifier l'adaptation d'un plan d'affectation. Il nous semble toutefois que ce fait nouveau doit apparaître comme un changement sensible des circonstances répondant aux critères généraux mentionnés plus haut. Cela dépend notamment de l'intérêt public que présente la protection du biotope, en particulier au regard de son importance nationale, mais également régionale ou locale. Au demeurant, lorsqu'un biotope d'importance locale ou régionale, mais également nationale, risque d'entrer en conflit avec un plan d'affectation en vigueur, le canton est tenu de prendre les mesures appropriées selon les circonstances et les buts de protection afin de maintenir le biotope en cause; en particulier, si une adaptation du plan s'avère nécessaire, il peut créer des zones réservées au sens de l'art. 27 LAT.³⁴

31 Arrêt du TF IC_294/2017 du 4 mai 2018, c. 5.6.2.

32 Arrêt Grandfontaine, c. 4.1–4.1.1; arrêt Lausanne, c. 5.1. Voir également NINA DAJCAR, ad art. 18b LPN, Commentaire LPN, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2019, N. 24.

33 Arrêt Lausanne, c. 5.2.1.

34 ATF 116 Ib 203, c. 5e.

V. Appréciation

Les arrêts de Grandfontaine et de Lausanne établissent que le mandat de protection du droit fédéral conféré en vertu de l'art. 18 LPN peut aboutir au rejet d'une autorisation de construire, en zone à bâtir.³⁵ Sur la base de la réserve en faveur d'autres exigences du droit fédéral et cantonal de l'art. 22 al. 3 LAT, en l'espèce les art. 18 ou 18b LPN, une autorisation de construire peut être refusée si la construction envisagée compromet la préservation d'un biotope digne de protection situé en zone à bâtir. Rompant avec une ancienne jurisprudence, le Tribunal fédéral admet que l'art. 18 LPN peut conduire à des mesures de protection indépendamment d'une exécution dans le cadre du droit cantonal applicable sous la forme d'inventaires ou d'arrêtés de classement.³⁶ Plus généralement, l'art. 18 LPN est susceptible de faire obstacle à une activité portant atteinte à un biotope digne de protection, y compris l'approbation d'un plan d'affectation.³⁷

Bien que ni l'art. 18 LPN ni l'art. 18b LPN n'implique une protection directe des biotopes, le mandat de protection impératif qu'ils contiennent («doit être», respectivement «veillent à») impose aux cantons d'ordonner les «mesures appropriées» afin de prévenir la disparition d'espèces animales végétales. Ce mandat contraint ainsi les cantons à ne pas rester inactifs en présence d'un biotope digne de protection situé dans une zone constructible en vigueur,³⁸ mais à entreprendre des démarches et engager des mesures visant à prendre en considération les intérêts de la protection de la nature. Dans ce contexte, il nous paraît pertinent d'examiner plus avant la portée de ce mandat de protection, au travers de trois hypothèses différentes.

La première hypothèse vise les situations dans lesquelles le *biotope situé en zone à bâtir était connu au moment de la planification*, n'a pas sensiblement évolué depuis et avait été pris en considération dans le cadre de la pesée des intérêts lors de l'élaboration du plan.³⁹ Les circonstances ne s'étant pas sensiblement modifiées, il n'y a pas de motif, au sens de l'art. 21 al. 2 LAT, de revenir sur le plan; il en va des principes de stabilité des plans et de sécurité du droit.⁴⁰ D'autre part, le résultat de la balance des intérêts au stade de l'autorisation de

35 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les dispositions de la LPN sont également applicables à un plan d'affectation spécial (plan de quartier) à l'effet d'un permis de construire. Tel est le cas s'il concrétise de manière contraignante les possibilités de construction par des dispositions détaillées – pour le moins en partie. ATF 145 II 176, c. 4.3.

36 ATF 116 Ib 203, c. 5j.

37 Dans l'affaire d'Augst, l'approbation d'un plan de quartier a été rejetée au motif que la protection du biotope du martin-pêcheur primait le développement d'un quartier d'habitation. Bien que l'arrêt n'y fasse pas référence, il convient de relever que le Tribunal fédéral se réfère implicitement au mécanisme de l'art. 18 al. 1^{er} LPN lorsqu'il procède à une pesée initiale des intérêts, en soulignant que des mesures compensatoires n'étaient pas prévues. ATF 118 Ib 485, c. 5b et 5c.

38 Dans l'ATF 116 Ib 203, c. 5^e, le Tribunal fédéral affirmait déjà: «Sans doute, la protection d'un biotope ne doit pas d'emblée tomber du seul fait qu'il se situe en zone à bâtir».

39 La prise en considération suppose que l'élaboration du plan a tenu compte de l'existence du biotope, en incluant l'évaluation de son éventuel caractère digne de protection, ainsi que de son éventuelle importance locale ou régionale.

40 Dans ce sens DAJCAR (note 32), N. 24.

bâtir ne devrait pas différer de celle entreprise lors de l'adoption du plan.⁴¹ Ainsi, l'atteinte peut admise du point de vue de l'art. 18 LPN. Reste réservée la question des mesures de réduction des atteintes et des mesures compensatoires de l'art. 18 al. 1^{er} LPN qui devraient être prononcées à l'occasion de la construction si elles n'ont pas été elles-mêmes anticipées au stade de la planification.⁴²

Les deux autres hypothèses visent les situations dans lesquelles le biotope était inconnu au moment de la planification du territoire⁴³ ou a sensiblement évolué depuis. Le mandat de protection de l'art. 18 LPN impose aux autorités cantonales d'engager des mesures propres à prendre en considération le biotope en cause nouvellement révélé.

En principe, la coordination spatiale des activités doit intervenir le plus tôt possible, *au stade des plans d'affectation* que les cantons doivent établir en vertu des art. 2 al. 1 et 14 LAT. Dit autrement, la protection des biotopes doit être évaluée, respectivement assurée, dans le cadre de la planification du territoire, par le biais des instruments de l'art. 17 LAT (zone à protéger, classement, inventaire, ...).⁴⁴ Le mandat de protection incombant aux cantons emprunte alors la voie de l'art. 21 al. 2 LAT et du contrôle préjudiciel des plans. Selon la jurisprudence, un examen en deux étapes s'impose.⁴⁵ La première étape détermine si les circonstances se sont sensiblement modifiées en droit ou en fait au point de justifier un réexamen du plan. Dans l'affirmative – notamment en présence d'un nouveau biotope ou d'un biotope ayant fortement évolué – l'autorisation de construire devrait être refusée dans l'attente de la planification, en application de l'art. 22 al. 3 LAT; une zone réservée peut être en outre créée. Dans la seconde étape, si le besoin s'en fait réellement sentir au terme d'une pesée complète des intérêts en présence, le plan est adapté. C'est dans ce sens que va l'arrêt de Lausanne en admettant un contrôle incident «limité» du plan.⁴⁶ Une telle procédure reste toutefois lourde et à certains égards disproportionnée et inopportune; elle s'impose aux situations du «tout ou rien» ou dans lesquelles la protection et l'utilisation du sol sont difficilement conciliables. Il s'agit au premier chef des cas où la protection du biotope empêche toute construction sur une surface importan-

41 La pesée des intérêts entreprise à l'occasion de la planification – laquelle peut être contestée dans le cadre de la procédure d'adoption du plan – se comporte comme une balance des intérêts anticipée de l'art. 18 al. 1^{er} LPN. Cette dernière peut également être remise en cause dans le cadre de l'autorisation de construire, mais avec peu de chance de succès si la situation n'a pas sensiblement changé en fait ou en droit.

42 On note que l'art. 18 al. 1^{er} LPN n'exige pas la réalisation de mesures compensatoires au stade de l'adoption du plan d'affectation, dès lors que cette dernière n'induit pas elle-même d'atteintes d'ordre technique; elles doivent être exécutées au plus tard au stade de l'autorisation de construire. En revanche, il nous paraît que les mesures compensatoires doivent être prévues lors de l'établissement du plan d'affectation déjà, afin que l'autorité puisse d'emblée évaluer si la mesure d'aménagement du territoire (ouvrant sur de futures atteintes d'ordre techniques à compenser) est apte à garantir l'équilibre biologique final découlant de la mise en œuvre de l'art. 18 al. 1^{er} LPN. Voir à ce propos supra III.2.

43 La notion de biotope inconnu au stade de la planification couvre plusieurs situations: le biotope lui-même n'a pas été identifié ou n'a pas été pris en considération lors de la planification; le caractère digne de protection d'un biotope n'a pas été examiné ou pris en compte; le plan a été adopté avant l'entrée en vigueur des dispositions sur la protection des biotopes le 1^{er} janvier 1985 et le 1^{er} février 1988.

44 ATF 118 Ib 485, c. 3c.

45 Arrêt du TF 1C_190/2020 du 9 février 2021, c. 2.2.1 avec les références citées; arrêt Lausanne, c. 5.1.

46 Arrêt Lausanne, c. 5.2.1 in fine.

te, en induisant une atteinte grave à la propriété garantie à l'art. 26 Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.)⁴⁷; la base légale justifiant une mesure pouvant aboutir à une expropriation matérielle est alors l'art. 21 al. 2 LAT et non pas l'art. 18 LPN. On rappelle que lorsque les mesures de protection équivalent à une expropriation, par exemple en entraînant le dézouage de terrains à bâtir existants, une indemnité peut devoir être versée selon les principes de l'expropriation matérielle.⁴⁸

Dans l'affaire de Lausanne, le Tribunal fédéral relève que la «politique du tout ou rien» ne convainc pas, pour le moins dans les cas où la protection et l'utilisation du sol peuvent *trouver un «compromis»*, en ménageant simultanément la protection du biotope et les intérêts à la construction. Le mandat de protection de l'art. 18 LPN s'inscrit alors dans une approche pragmatique et davantage proportionnée. Cette voie est celle de l'art. 18 al. 1^{er} LPN, laquelle ne passe pas par une mesure lourde de planification générale et concrète, mais par une prise en compte individuelle et concrète des intérêts en présence. En considérant l'art. 22 al. 3 LAT, l'autorité peut envisager un refus ou une acceptation pure et simple de la construction au terme de la pesée initiale des intérêts. Elle peut également – et surtout pourrait-on dire – admettre le projet moyennant des mesures de réduction des atteintes (réduction de l'emprise ou déplacement de la construction, mesures de gestion ou de protection du biotope, ...) et des mesures compensatoires en présence d'atteintes d'ordre technique résiduelles.

Zusammenfassung

In zwei relativ neuen Entscheiden befasst sich das Bundesgericht mit dem in Art. 18 NHG geregelten Biotopschutz innerhalb der Bauzone. Im Entscheid Grandfontaine (JU) ging es um eine im Zusammenhang mit der Erstellung eines Wohnhauses teilweise Rodung einer Hecke auf einer Länge von 10m. Das Gericht kommt nach einer ausführlichen Interessenabwägung zum Schluss, dass der Eingriff in die schutzwürdige Hecke, der auch als Lebensraum des Steinkauzes dient, mit den bundesrechtlichen Vorgaben von Art. 18 NHG vereinbar ist. Dagegen entschied es im Fall einer Erstellung eines vierstöckigen Gebäudes mit Parterre und diversen Aussenanlagen innerhalb der Stadt Lausanne, dass dieses zu wenig auf den schutzwürdigen Lebensraum von lokaler Bedeutung Rücksicht nimmt.

Diese zwei Entscheide bestätigen die unmittelbare Anwendbarkeit der bundesrechtlichen Vorschriften auch innerhalb der Bauzone (II). Das Bundesgericht nahm insbesondere im Fall von Lausanne die Gelegenheit war, sich detailliert mit den Vorschriften von Art. 18 Abs. 1^{er} NHG (III) und mit den Voraussetzungen einer nachträglichen Anpassung der raumplanerischen Nutzungsordnung nach Art. 21 Abs. 2 RPG auseinanderzusetzen (IV). Diese Entwicklung der Rechtsprechung führt nach Meinung des Autors zu einer allgemeinen Bewertung des Anwendungsbereichs von Art. 18 LPN innerhalb von Bauzonen (V).

47 RS 100.

48 ATF 118 Ib 485, c. 4c.

Riassunto

In due recenti sentenze, il Tribunale federale ha esaminato la portata del concetto di protezione dei biotopi previsto dall'art. 18 LPN nella zona edificabile. Il primo caso riguarda la costruzione di una casa a Grandfontaine (JU) (decisione TF 1C_653/2019 del 15 dicembre 2020 [decisione Grandfontaine]) con la conseguente rimozione di una parte di una siepe considerata degna di protezione, su una lunghezza di 10 m. Dopo un'ampia ponderazione degli interessi, il Tribunale federale ha concluso che il danno al biotopo in una zona visitata dalla civetta era ammissibile nella misura in cui non violava i requisiti dell'articolo 18 LPN. Il secondo caso riguarda la costruzione di un edificio di quattro piani e di varie strutture esterne a Losanna (VD) (decisione del Tribunale federale 1C_126/2020 del 15 febbraio 2021 [decisione di Losanna]). Il Tribunale federale ha annullato la licenza di costruzione, constatando che il progetto non ha tenuto sufficientemente conto dell'esistenza di un biotopo di importanza regionale degno di protezione.

Queste due sentenze prevedono esplicitamente l'applicazione diretta delle disposizioni del diritto federale relative alla protezione dei biotopi, anche nelle zone edificabili (II). In questo contesto, il Tribunale federale analizza in particolare il regime definito nell'art. 18 cpv. 1^{ter} della LPN (III), nonché la possibilità di un controllo incidentale dei piani regolatori (IV). L'evoluzione della giurisprudenza suggerita da queste sentenze consente di formulare una valutazione generale della portata dell'art. 18 LPN nella zona edificabile (V).