

**Droit de l'aménagement du territoire**  
**Droit de la protection de la nature et du patrimoine**  
**Droit de l'énergie**

Thierry Largey (professeur à l'Université de Lausanne)  
Florian Fasel (MLaw)  
Alexandre Laurent (MLaw)  
Pauline Monod (MLaw)

Cette Infolettre présente les **principaux arrêts du Tribunal fédéral (TF) et du Tribunal cantonal vaudois (CDAP)** publiés durant le mois d'avril 2021.

**Aménagement du territoire**

- TF. Établissement d'une zone réservée (VD)
- TF. Autorisation de construire avec obligation de produire un certificat Minergie (SG)
- CDAP. Antenne de téléphonie mobile, autorisation spéciale du canton (VD)
- TF. Rétablissement de l'état conforme au droit, établissement des faits (ZG)
- TF. Autorisation de construire dérogoire selon les art. 24 ss LAT (GR)
- TF. Qualification d'un acte juridique, plan d'affectation (TG)

**Protection de la nature**

- TF. Pesée des intérêts en secteur de protection des eaux (SZ)

**Droit de l'énergie**

- CDAP. Parc éolien Eoljoux, réserve du plan directeur et principe de coordination (VD)
- TF. Parc éolien de Sainte-Croix, protection contre le bruit et intérêt national (VD)
- Contributions à l'investissement pour une installation hydroélectrique (BE)

---

## AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE

---

### TF 1C\_576/2020 du 1<sup>er</sup> avril 2021

#### Plan d'affectation

#### Zone réservée

#### Inspection locale

---

A. est propriétaire d'une parcelle constructible dans la Commune de Croy (VD). Le 3 mars 2016, la Municipalité lui a délivré un permis d'implantation pour la construction de trois immeubles et d'un parking souterrain. Début 2018, la municipalité a mis à l'enquête publique un projet de zone réservée, comprenant la parcelle de A., pour une durée cinq ans, prolongeable de trois ans aux conditions de l'art. 46 LATC. A. a formé opposition contre cette zone réservée. En février 2018, A. a déposé deux demandes de permis de construire, toutes deux refusées par la Municipalité.

Le 1<sup>er</sup> octobre 2018, le Conseil général de Croy a adopté le plan de zone réservée ainsi que son règlement ; cette décision a été approuvée, par le Département compétent. Le 21 janvier 2019, A. a recouru contre cette décision d'approbation au Tribunal cantonal, qui a rejeté son recours. Contre cette décision, A. recourt au Tribunal fédéral.

#### (c. 3) Inspection locale

Le recourant reproche à l'instance précédente d'avoir refusé de mettre en œuvre une inspection locale. Selon lui, la localisation et l'implantation de sa parcelle au sein du territoire communal constitueraient des éléments d'appréciation importants pour déterminer si et dans quelle mesure sa collocation en zone réservée serait justifiée. Les éléments de fait que le recourant entend démontrer par la mise en œuvre d'une inspection locale ne sont pour l'heure toutefois

pas pertinents. Ce n'est qu'au stade ultérieur de la révision du PGA que devront être définis les biens-fonds à dézoner, respectivement le sort de la parcelle du recourant.

#### **(c. 4) Violation des art. 15 et 27 LAT**

(c. 4) Le recourant se plaint d'une violation des art. 15 et 27 LAT. Selon lui, sa parcelle répondrait aux conditions d'un classement en zone à bâtir de sorte qu'elle n'aurait pas dû être englobée dans le périmètre de la zone réservée. L'instauration d'une zone réservée est selon lui, contraire au principe de la proportionnalité.

Pour le Tribunal fédéral, une adaptation de la planification au sens de l'art. 27 LAT s'impose, compte tenu du surdimensionnement de la zone à bâtir communale. Lors de l'adoption d'une zone réservée, il n'est pas nécessaire que l'autorité ait déjà arrêté précisément la manière dont sera redéfinie sa zone à bâtir. Les réflexions sur l'affectation définitive de la parcelle et, plus largement, sur le sort du secteur concerné, devront être menées séparément, dans le cadre de la révision du plan d'affectation. La jurisprudence ne condamne de surcroît pas, en particulier s'agissant de surfaces situées hors centre, l'institution d'une zone réservée s'étendant à l'ensemble de la zone à bâtir communale. L'option d'englober l'ensemble de la zone à bâtir destinée à l'habitat apparaît en l'espèce d'autant moins critiquable qu'elle a été prise en vue d'assurer une égalité de traitement entre l'ensemble des propriétaires. Une délimitation ciblée aurait engendré des choix subjectifs favorisant ou défavorisant certains propriétaires. En soutenant que sa parcelle ne devrait manifestement pas être concernée par le remaniement de la zone à bâtir, le recourant se plaint à tout le moins indirectement d'une inégalité de traitement. Il n'apparaît toutefois pas d'emblée exclu que son bien-fonds puisse être concerné par le remaniement de la zone à bâtir communale, en particulier au regard de sa situation au sein du milieu bâti.

Selon les constatations cantonales, sa parcelle se situe en bordure de la zone à bâtir, au sud-est du territoire communal. Même si elle est équipée et entourée pour partie de parcelles

construites, elle est relativement grande, ne supporte pour l'heure qu'un bâtiment agricole et demeure pour l'essentiel non construite. Or une telle configuration ne permet pas d'emblée d'exclure nécessairement tout déclassement, dans le cadre de la révision générale du PGA en cours.

Le Tribunal fédéral rappelle qu'en règle générale une zone réservée satisfait à l'exigence d'aptitude découlant du principe de la proportionnalité puisqu'il s'agit de préserver la liberté de planification de l'autorité compétente. La règle de la nécessité est également respectée lorsque la zone réservée correspond au périmètre concerné par l'obligation de planifier, ce qui est le cas dans le cas d'espèce. Dans le cas d'une zone à bâtir largement surdimensionnée, l'autorité doit en effet étendre sa zone réservée à tous les terrains susceptibles d'être dézonés afin de se ménager une marge de manœuvre suffisante dans le cadre de la révision de son plan d'affectation à l'échelle de tout le territoire communal.

Enfin, l'existence d'un permis préalable d'implantation pour la réalisation d'immeubles d'habitation ne garantit pas la délivrance d'une autorisation de construire définitive, spécialement lorsqu'intervient, dans l'intervalle, l'institution d'une zone réservée adoptée pour répondre à l'intérêt public majeur lié au remaniement des zones à bâtir surdimensionnées.

La zone réservée apparaît ainsi proportionnée aux objectifs d'intérêt public poursuivis, à savoir la préservation de la marge de manœuvre de l'autorité communale nécessaire à la redéfinition et au redimensionnement d'une zone à bâtir conforme au droit fédéral. Elle est ainsi conforme au droit fédéral et doit être confirmée.

#### **TF 1C\_118/2020 du 17 mars 2021**

##### **Autorisation de construire**

##### **Suspension de travaux**

##### **Bonus Minergie**

---

La commission des constructions de la commune de Wil (SG) a accordé à A. une autorisation de construire un deuxième

immeuble de cinq appartements sur sa parcelle. L'autorisation de construire lui octroyait une augmentation de l'utilisation du sol de 5 % à condition qu'une copie du certificat Minergie provisoire soit présentée au plus tard avant le début de la construction et que le certificat Minergie définitif soit présenté avant l'occupation de l'immeuble (chiffre 4 de l'autorisation de construire). En mai 2014, Energieagentur St. Gallen a accordé à A. un certificat provisoire valable trois ans. En avril 2017, le certificat a été prolongé jusqu'au 19 mai 2019. Par une lettre du 21 mai 2019, Energieagentur a informé A. que le délai avait expiré et que le certificat Minergie serait résilié. Elle a également informé A. que le certificat définitif ne serait pas accordé, mais qu'il était libre de soumettre à nouveau les documents de demande conformément aux règlements Minergie en vigueur.

Sur cette base, la Commission des constructions a ordonné la suspension des travaux avec effet immédiat. A. a recouru contre cette décision, successivement auprès du service des constructions du canton de Saint-Gall et auprès du tribunal administratif, qui ont tous deux rejeté son recours. A. forme un recours en matière de droit public, ainsi qu'un recours constitutionnel subsidiaire.

### **(c. 1) Recevabilité**

L'arrêt attaqué est une décision de dernière instance cantonale en matière de droit public. Elle a le caractère d'une décision finale, car elle a été prise dans le cadre d'une procédure indépendante. La décision de suspension de travaux est une décision de mesures provisionnelles. Seule la violation des droits constitutionnels peut être invoquée (art. 98 LTF).

### **(c. 2) Violation de l'interdiction de l'arbitraire et du principe de la bonne foi**

La commission des constructions a estimé que le recourant ne remplissait plus la condition du chiffre 4 prévue par l'autorisation de construire. Cette condition n'était plus remplie, car le certificat Minergie provisoire n'était plus

valable. Un risque de surutilisation du sol existait, raison pour laquelle la commission a ordonné la suspension des travaux. Pour le recourant, cette suspension constitue une violation de l'interdiction de l'arbitraire et du principe de la bonne foi. Selon l'autorisation, il avait droit de procéder aux travaux. Seul un certificat Minergie provisoire devait être présenté avant les travaux. Pour le Tribunal fédéral, même si l'autorisation de construire indiquait qu'un certificat provisoire devait être présenté avant le début de travaux, il ne s'agissait pas d'une exigence ponctuelle. Le certificat Minergie doit être valable durant toute la durée des travaux. Sinon, il y a un risque de surutilisation du sol. Si les certificats requis ne sont plus disponibles, on peut supposer sans arbitraire que l'arrêt de la construction était licite. La commission de construction était donc en droit d'ordonner l'arrêt des travaux sur la base de l'art. 159 al. 1 lit. a PBG/SG, selon lequel l'arrêt des travaux peut être ordonné si un état illicite est créé par la construction de bâtiments ou d'installations sans autorisation ou de toute autre manière.

### **(c. 3) Violation de la garantie de la propriété**

Le recourant se plaint en outre d'une violation de la garantie de la propriété. Le Tribunal fédéral rappelle que la garantie de la propriété (art. 26 Cst.) ne protège que l'exercice licite de la propriété. Elle ne garantit la propriété que dans les limites imposées par l'ordre juridique. Les exigences de l'aménagement du territoire doivent être respectées. En raison du non-respect de la condition prévue par le chiffre 4 de l'autorisation de construire, il existe un risque de surutilisation de la propriété et donc d'une situation illicite. Cette dernière n'est pas protégée par la garantie de la propriété, raison pour laquelle ce grief doit également être rejeté.

## CDAP AC.2020.0063 du 18 décembre 2020

### Antenne de téléphonie mobile Autorisation hors de la zone à bâtir Nullité de la décision

---

L'arrêt a pour objet un permis de construire une antenne de téléphonie mobile sur une parcelle située en zone « habitations-hameau », délivré le 6 février 2020 par la Municipalité du Mont-sur-Lausanne. La demande de permis de construire a été déposée en septembre 2017. La Centrale des autorisations CAMAC a rendu son rapport de synthèse le 5 juin 2019. Dans la synthèse CAMAC, le SDT (actuellement DGTL) a indiqué que le projet ne nécessitait pas d'autorisation spéciale de sa part au sens de l'art. 120 al. 1 let. a LATC. Elle a toutefois indiqué, dans sa réponse au recours des opposants, que sa pratique avait depuis lors changé et que si le projet lui était soumis aujourd'hui, elle rendrait une décision formelle à son sujet retenant une situation hors zone à bâtir. Le recours est admis.

(c. 1) En matière d'installation de téléphonie mobile, la qualité pour agir est reconnue à toute personne qui se trouve à l'intérieur du périmètre au sein duquel le rayonnement non ionisant atteint 10 % ou plus de la valeur limite de l'installation. Ces personnes ont la qualité pour agir même si le rayonnement concret sur leur immeuble, compte tenu de l'atténuation de puissance dans la direction principale de propagation, s'élève à moins de 10 % de la valeur limite de l'installation. Elles sont non seulement habilitées à se plaindre du dépassement des valeurs des immissions, mais peuvent aussi remettre en question la légalité du projet de construction.

(c. 3) Les recourants soutiennent que le projet aurait dû faire l'objet d'une autorisation spéciale de la DGTL dans la mesure où il se situe hors de la zone à bâtir. En l'occurrence, la demande de permis de construire indique que les travaux litigieux sont situés hors de la zone à bâtir et que le projet a été soumis à la centrale des autorisations CAMAC. Dans la synthèse CAMAC, le SDT (actuellement DGTL) a indiqué que le projet ne nécessitait pas d'autorisation spéciale de sa part au sens de l'art. 120 al. 1

let. a LATC. On ne saurait assimiler cette déclaration à une décision au sens de l'art. 3 LPA-VD, dès lors que l'autorité se limite à indiquer qu'il n'y a pas lieu de délivrer une autorisation spéciale, on en infère qu'elle n'a tout simplement pas statué dans ce cas.

La DGTL a expliqué que lors du dépôt de la demande de permis de construire, elle avait considéré que le caractère bâti du hameau l'empêchait de retenir que la parcelle concernée se trouvait hors zone à bâtir. Elle a toutefois affirmé dans sa réponse au recours qu'elle considérait dorénavant les zones de hameau litigieuses comme étant situées hors des zones à bâtir et que « si le projet lui était soumis aujourd'hui, [elle] considérerait qu'elle est compétente pour rendre une décision au sens des art. 25 al. 2 LAT et 4 al. 3 let. a LATC ».

Force est de constater que la DGTL semble aujourd'hui reconnaître que c'est à tort qu'elle n'a pas examiné le projet litigieux. Son appréciation initiale de 2017 ne saurait être maintenue dès lors qu'au moment où la synthèse CAMAC a été délivrée, soit en 2019, cette autorité indique avoir changé de pratique alors que les décisions relatives au permis litigieux n'étaient pas encore définitives. En l'absence d'une décision au sens de l'art. 120 LATC, le permis de construire est par conséquent nul ou doit à tout le moins être annulé.

## TF 1C\_250/2020 du 25 mars 2021

### Rétablissement de l'état conforme au droit Parking forestier Établissement des faits

---

Le 16 novembre 2018, A. a demandé à la Direction de l'intérieur du canton de Zoug d'examiner le parking forestier de la parcelle n° 1869 au regard de la législation forestière, en demandant qu'il soit fermé et que son utilisation ultérieure soit empêchée par des mesures appropriées. Par décision du 9 août 2019, l'Office des forêts et de la chasse du canton de Zoug a rejeté la demande au motif qu'il n'était plus possible de déterminer exactement quand ledit parking avait été créé, mais qu'on pouvait supposer qu'il avait plus de 30 ans et que par conséquent, un

rétablissement de l'état conforme au droit n'était pas justifié, conformément la jurisprudence du Tribunal fédéral. Le Tribunal administratif du canton de Zoug a rejeté le recours de A. Le Tribunal fédéral a admis le recours et renvoyé l'affaire au Tribunal cantonal pour un nouvel établissement des faits.

(c. 2) Trois des cinq juges du Tribunal cantonal ayant statué sur l'affaire ont grandi dans la région proche du parking en question et ont affirmé, à l'appui de leur décision, qu'ils se souvenaient que le lieu concerné était déjà utilisé comme parking dans les années 1960, 1970 et 1980. Ce parking est particulièrement utilisé les jours de beau temps. Au fil des ans, de plus en plus de voitures ont été garées à cet endroit. Selon le Tribunal administratif, cela est dû à l'augmentation de la population dans la région de Zoug.

(c. 3.-3.3) On distingue les faits évidents, qui sont des faits généralement connus ou en tout cas largement connus à l'endroit où se trouve le Tribunal, des connaissances du juge accumulées dans le cadre de son expérience professionnelle, notamment en cas de procédures antérieures entre les mêmes parties. En l'espèce, le Tribunal s'est fondé sur les connaissances acquises à titre privé des juges et du greffier sur l'objet du litige, et non sur des faits qu'ils auraient appris dans d'autres procédures. Contrairement à l'avis de l'intimée, il ne s'agit pas non plus d'un fait évident : il est vrai que toutes les personnes habitant Zoug et ses environs peuvent être au courant de l'existence actuelle du parking forestier ; en revanche, on ne peut pas supposer sans autre que l'existence de ce parking à Zoug depuis plus de 30 ans est connue de tous. La Cour administrative ne cite pas non plus de source généralement accessible dont on pourrait déduire cela.

Les constatations litigieuses ne peuvent pas non plus être fondées sur les photographies aériennes du siècle dernier qui figurent dans le dossier : bien que l'on puisse en déduire qu'il existait déjà une zone déboisée en 1970-1971, il ne ressort pas clairement des photographies que celle-ci était déjà utilisée comme parking.

Il en va de même pour l'intensité de l'utilisation : le Tribunal administratif a souligné qu'au fil des ans, de plus en plus de voitures avaient été garées sur le parking en raison du développement démographique de la région de Zoug, sans toutefois le quantifier. Les chiffres relatifs au nombre de passagers fournis par Zugerbergbahn AG ne concernent que les années 2015-2018. Il n'y a pas d'informations sur l'étendue et la fréquence de l'utilisation du parking il y a 30 ans. On ne peut pas se fier aux souvenirs personnels des juges concernant l'occupation du parking forestier.

## **TF 1C\_416/2019 du 2 février 2021**

### **Autorisation dérogatoire selon l'art. 24 ss LAT Zone verte**

---

L'affaire concerne un recours interjeté à l'encontre d'une autorisation de construire, délivrée par la commune de Malans, dans le canton des Grisons.

Les recourants étant voisins de la construction litigieuse, la recevabilité ne pose pas de problème particulier, contrairement à ce que prétend la partie intimée.

(c. 2) Le Tribunal fédéral confirme l'affirmation des recourants selon laquelle les faits ont été établis de manière manifestement inexacte lors de l'instance inférieure. En effet, une surface d'exploitation de 25 % inférieure à la réalité a été retenue par la Cour cantonale, soit un écart de 315 m<sup>2</sup>.

(c. 3) Le Tribunal fédéral examine si la correction des erreurs de calcul a une influence sur le sort de la cause.

(c. 3.2-3.3) Dès lors qu'il ne peut être exclu que la Cour cantonale aurait procédé à une balance des intérêts différente en tenant compte des surfaces d'exploitation réelles, le Tribunal fédéral retient que le grief des recourants – concernant la constatation manifestement inexacte des faits – est fondé.

(c. 4) Par économie de procédure, la Cour suprême se prononce sur la question de la qualification de la « zone verte », que la commune de Malans classe dans ses zones à bâtir. Le Tribunal rappelle à ce sujet que seule importe la finalité de la zone compte tenu de

l'article 15 LAT, et cela peu importe la désignation qui en est faite.

(c. 4.3) En l'occurrence, « la zone verte » de la commune de Malans, constituée en grande partie de vignobles, n'est pas destinée en premier lieu à être construite, mais, au contraire, à être maintenue libre afin de protéger le site. Il ne s'agit dès lors pas d'une zone à bâtir. La question de savoir si l'on se trouve en présence d'une zone agricole ou de protection est en revanche laissée ouverte.

(c. 4.4) Partant, au vu des caractéristiques du projet, une exception au sens des articles 24 ss LAT ne se justifie pas ; le hangar existant, d'une superficie de 105 m<sup>2</sup>, doit être remplacé par un nouveau bâtiment d'une superficie de 650 m<sup>2</sup>, soit plus de six fois plus grand.

(c. 5) Le recours est admis, et l'autorisation de construire est annulée.

## **TF 1C\_351/2020 du 18 mars 2021**

### **Qualification des actes juridiques**

#### **Plan d'affectation**

---

Suite à l'adoption par le gouvernement de Thurgovie d'un acte désigné comme une ordonnance sur les petites localités (« Kleinsiedlungsverordnung », KSV, RB 700.3), un administré dépose un recours devant le Tribunal fédéral. La question principale est celle de la qualification dudit acte.

(c. 1) Dès lors que le canton de Thurgovie ne prévoit pas d'instance de recours à l'encontre des actes normatifs cantonaux, l'article 87 al. 1 LTF permet en principe un recours direct devant le Tribunal fédéral. Il convient cependant de qualifier plus précisément l'« ordonnance sur les petites localités », afin de vérifier s'il s'agit bien d'un acte normatif au sens de l'article 82 lit. b LTF.

(c. 2) La Cour fédérale procède à un rappel des différentes catégories d'actes juridiques, en distinguant les normes générales et abstraites des décisions individuelles et concrètes, tout en mentionnant les décisions collectives.

(c. 2.3) Elle s'attarde plus en détail ensuite sur la question des plans d'affectation, qui constituent une catégorie à part se situant

entre la norme et la décision. Ce sont des actes juridiques par lesquels la collectivité règle de manière détaillée et contraignante l'utilisation admissible du sol (selon le type, la localisation et l'étendue de celui-ci), les différentes parties d'un territoire se voyant attribuer une affectation spécifique.

Selon l'article 33 LAT, les plans d'affectation doivent être mis à l'enquête publique, et le droit cantonal doit prévoir au moins une instance de recours à leur encontre (al. 2). Une autorité de recours doit en outre disposer d'un plein pouvoir d'examen (al.3 lit. b). En dernière instance cantonale, un tribunal doit statuer (86 al.2 LTF).

(c. 2.4) Le Tribunal fédéral rappelle une partie de la jurisprudence relative aux recours à l'encontre d'actes désignés comme des ordonnances cantonales. Dans l'arrêt 135 II 328, c. 2.2, il a considéré que malgré la dénomination formelle d'un acte en tant qu'ordonnance, celui-ci constituait matériellement un plan d'affectation au sens de l'article 33 LAT.

(c. 3.1) La Cour examine la situation en l'espèce et relève que l'acte en question ne vise pas toutes les petites agglomérations ou zones de village du canton, mais uniquement celles désignées dans les annexes 1 et 2. Même s'il ne contient pas de plan à proprement parler, il permet d'identifier par des coordonnées les parcelles concernées. Par ailleurs, cette « ordonnance sur les petites localités » se réfère aux règlements d'affectation sur les zones agricoles et de protection. Elle équivaut à une zone réservée au sens de l'article 27 LAT ou à une planification provisoire et permet de garantir une période transitoire jusqu'à la révision de la planification.

(c. 3.2) Au vu de ce qui précède, l'« ordonnance sur les petites localités » doit être considérée comme étant matériellement un plan d'affectation au sens de l'article 14 LAT. Elle doit faire l'objet d'un recours au niveau cantonal (33 al. 2 LAT) et le recours direct devant le Tribunal fédéral n'est dès lors pas possible.

(c. 4) Le recours est irrecevable, et l'affaire doit être transmise à la juridiction cantonale.

---

---

## PROTECTION DE LA NATURE

---

**TF 1C\_460/2020 du 30 mars 2021**

**Secteur de protection des eaux**

**Autorisation de construire**

---

L'affaire concerne le recours déposé par des propriétaires à l'encontre d'une autorisation de construire délivrée dans le canton de Schwytz et confirmée par la Cour cantonale. La parcelle en question est située dans un secteur de protection des eaux.

(c. 3.1) Le Tribunal fédéral rappelle qu'en vertu de l'article 19 al. 2 de la loi sur la protection des eaux (LEaux), la construction de bâtiments dans les secteurs particulièrement menacés est soumise à autorisation cantonale s'ils peuvent mettre en danger les eaux. Dans le secteur de protection des eaux, on ne mettra pas en place d'installations qui sont situées au-dessous du niveau moyen de la nappe souterraine. L'autorité peut accorder des dérogations lorsque la capacité d'écoulement des eaux du sous-sol est réduite de 10 % au plus par rapport à l'état non influencé par les installations en question (Cf. annexe 4 par. 211 al. 2 OEaux).

(c. 3.2-3.3.5) Les recourants invoquent une violation de l'annexe 4 par. 211 al. 2 OEaux et considèrent, outre une erreur de calcul, que l'autorité n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire (consistant à octroyer ou non une dérogation) dès lors qu'elle n'a pas procédé à une pesée des intérêts. L'intimée considère, s'agissant de ce dernier point, que ce grief sort de l'objet du litige. L'OFEV estime qu'il n'y avait pas d'intérêt prépondérant empêchant l'octroi d'une dérogation.

(c. 4) Le Tribunal fédéral rappelle qu'il applique le droit d'office, et qu'il peut accepter ou rejeter un recours pour un autre motif que celui retenu lors de l'instance inférieure. Cela étant, le grief des recourants selon lequel l'autorité n'aurait pas procédé à une pesée des intérêts dans le cadre de l'octroi d'une autorisation exceptionnelle est recevable, dès lors qu'il constitue une question juridique.

(c. 4.2.2) Ni la loi ni l'ordonnance ne précisent explicitement les critères que doit appliquer l'autorité compétente lors de l'octroi

d'autorisations exceptionnelles au sens de l'annexe 4 par. 211 al. 2 OEaux. Toutefois, l'autorité doit exercer ce pouvoir discrétionnaire conformément à son devoir. Outre le droit supérieur, elle doit notamment tenir compte de la systématique, ainsi que du sens et du but de la disposition applicable. Le Tribunal fédéral considère en l'espèce qu'une pesée des intérêts n'a pas été réalisée par le Tribunal cantonal. Il en va de même s'agissant de la décision du gouvernement du canton. Ce dernier a également supposé que le permis devait être accordé si la capacité d'écoulement des eaux souterraines n'était pas réduite de plus de 10 % et qu'il n'y avait pas de bonnes raisons de s'y opposer, ce qui constitue ainsi une violation de la législation (c. 4.2.6).

(c. 4.3) Au vu de ce qui précède, la décision attaquée viole les articles 19 al. 2 et 43 al. 4 de la LEaux, en lien avec l'annexe 4 par. 211 al. 2 de l'OEaux. Il convient de renvoyer l'affaire en première instance, laquelle devra également traiter l'objection des recourants s'agissant de la détermination du niveau moyen de la nappe souterraine.

(c. 5) Le recours est admis.

---

---

## DROIT DE L'ÉNERGIE

---

---

### **AC.2016.0221 du 16 mars 2021**

#### **Plan d'affectation – Parc éolien d'Eoljoux**

#### **Principe de réserve de la planification**

#### **directrice**

#### **Principe de coordination**

---

En 2005, le Conseil d'administration et la Direction de la Société électrique de la Vallée de Joux (SEVJ) ont décidé d'étudier les possibilités de produire dans la vallée une électricité renouvelable. Une pré-étude a montré que le potentiel de vent à la Vallée de Joux semblait intéressant. La SEVJ a décidé de réaliser une étude de faisabilité d'éoliennes à la Vallée de Joux. Le projet de parc éolien finalement élaboré (projet Eoljoux) est localisé aux lieux-dits « Les Grands Plats de Bise » et « Les Grands Plats de Vent » (sur des parcelles de la Commune du Chenit, respectivement propriétés des Communes de Bursins, du Chenit et de Morges). Les parcelles sont attribuées à l'aire forestière et figurent dans le périmètre de l'IFP n° 1022 « Vallée de Joux et Haut-Jura vaudois ». Le projet Eoljoux permettrait l'implantation de sept éoliennes d'une hauteur maximale de 210 m.

Le PPA Eoljoux, le projet routier et les défrichements nécessaires à la réalisation du PPA et du projet routier, ont été mis à l'enquête du 26 novembre au 26 décembre 2014 par la commune. Dans ce cadre, neuf oppositions ont été déposées dans le délai par des personnes privées et des associations, dont notamment l'Association suisse pour la protection des oiseaux (ASPO/BirdLife CH), la Fondation suisse pour la protection et l'aménagement du paysage (FP), Stiftung Helvetia Nostra (Helvetia Nostra), Pro Natura – Ligue Suisse pour la protection de la nature (Pro Natura), Pro Natura Vaud – Ligue vaudoise pour la protection de la nature (Pro Natura Vaud) et Paysage Libre Vaud.

Par décision du 23 novembre 2015, le Conseil communal du Chenit a décidé d'amender le RPPA, de lever les oppositions formulées à l'encontre du PPA et du projet routier, d'adopter le PPA et le RPPA amendé.

Par décision rendue le 23 mai 2016, la Cheffe du Département du territoire et de l'environnement a préalablement approuvé le PPA Eoljoux sous certaines conditions. ASPO/BirdLife CH, FP, Helvetia Nostra, Pro Natura, Pro Natura Vaud et Paysage-Libre Vaud (ci-après : les recourantes ou ASPO/BirdLife CH et consorts) ont recouru contre ces décisions devant la CDAP (AC.2016.0221).

Par lettre du 27 août 2018, le DTE a informé la CDAP qu'une décision sur le défrichement avait été rendue le 31 juillet 2018. Contre cette dernière, l'OFEV a recouru auprès de la CDAP (AC.2018.0339). ASPO/BirdLife CH, FP, Helvetia Nostra, Pro Natura, Pro Natura Vaud, et Paysage-Libre Vaud en ont fait de même (AC.2018.0341).

Sans que les parties ne s'y opposent, les trois causes AC.2016.0221, AC.2018.0339 et AC.2018.0341 ont été jointes pour l'instruction sous la référence AC.2016.0221.

#### **(c. 1) Objet du recours**

La contestation porte principalement sur le PPA Eoljoux et le RPPA y relatif ; accessoirement, elle porte sur le projet d'aménagement des accès et le transfert partiel de la route existante au domaine public ainsi que sur le défrichement. Les différentes décisions relatives à la planification ont été notifiées simultanément aux opposants déboutés, conformément à l'art. 60 aLATC. Elles peuvent ensemble faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal cantonal.

#### **(c. 2) Réserve de la planification directrice**

Le Tribunal cantonal commence par examiner le cadre légal dans lequel le plan d'affectation s'inscrit, étant rappelé que la politique énergétique en Suisse est une politique publique dont les bases constitutionnelles et légales figurent dans des normes fédérales et cantonales. Il rappelle que l'art. 8 al. 2 LAT réserve, de manière générale, un ancrage dans le plan directeur cantonal pour tout projet qui a des incidences importantes sur le territoire et l'environnement. Il convient ainsi d'examiner si les autorités cantonales et communales



pouvaient entamer les procédures de planification au sens des art. 14 ss. LAT et d'autorisation du parc Eoljoux.

Le projet Eoljoux consiste en la réalisation d'un parc éolien de sept éoliennes dans le périmètre de l'objet IFP n° 1022. Ce projet implique notamment des défrichements tant définitifs que temporaires ; il dépasse le cadre local ou régional et revêt un intérêt national (art. 12 LEné). Il n'est pas contesté que ce projet aura des incidences importantes et durables sur le territoire et l'environnement, ce qui impose son intégration dans le PDCn (art. 8 al. 2 et art. 8b LAT ; art. 10 al. 1 LEné), conformément à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral concernant les parcs éoliens. Selon la jurisprudence fédérale, le respect de cette « réserve du plan directeur » impose que le projet soit inscrit en « coordination réglée » dans le PDCn, ce qui requiert l'approbation des autorités fédérales. Or, le parc Eoljoux demeure à ce jour au stade de la « coordination en cours » et n'a pas fait l'objet d'une « coordination réglée ». Dès lors que la coordination est toujours en cours, le parc Eoljoux ne dispose pas d'une base suffisante dans le PDCn, contrairement à ce qu'impose l'art. 8 al. 2 LAT. Aussi longtemps que cette exigence n'est pas remplie, il n'est pas possible d'approuver un plan partiel d'affectation relatif au projet Eoljoux. Sauf à violer la réserve du PDCn et le système pyramidal de l'aménagement du territoire (« Stufenbau »), le PPA ne pouvait être adopté ni approuvé préalablement, cette planification n'étant pas conforme au PDCn en l'absence de « coordination réglée ». Ce constat justifie l'annulation des décisions relatives au PPA ainsi que celles concernant les accès routiers et le défrichage qui lui sont liées. Au sujet de l'autorisation de défricher, le tribunal relève qu'elle suppose un intérêt prépondérant, primant l'intérêt à la conservation de la forêt (article 5 al. 2 LFo). Une dérogation à l'interdiction de défricher n'est possible que si l'ouvrage satisfait, du point de vue matériel, aux conditions posées par l'aménagement du territoire (art. 5 al. 2 let. b LFo). Or, tel n'est pas le cas aussi longtemps que le site Eoljoux ne

figure pas en « coordination réglée » dans le plan directeur.

### **(c. 3) Violation du principe de coordination**

Les recourantes se plaignent également d'une violation du principe de coordination. La décision cantonale d'approbation du PPA Eoljoux a été rendue le 23 mai 2016 par le DTE. Son dispositif mentionnait expressément que « [l]'approbation définitive et l'entrée en vigueur [du PPA étaient] subordonnées à la réalisation [de certaines] conditions ».

Concernant la première condition, soit la modification du périmètre de l'objet IFP n° 1022 ou, alternativement, la constatation de la compatibilité du projet avec la présence d'un site porté à l'IFP, il ressort du dossier que la modification de l'IFP telle qu'envisagée n'est jamais intervenue, et il est désormais acquis qu'elle n'interviendra pas. Partant, l'approbation définitive du PPA et son entrée en vigueur ne pouvaient avoir lieu sur cette base. La seconde condition, à savoir la délivrance d'une autorisation de défricher, est réalisée. Normalement, lorsque l'établissement d'un PPA nécessite un défrichage, l'autorité cantonale d'approbation du plan ne peut pas statuer avant que cette décision ne soit rendue, ou à tout le moins avant que l'autorité forestière (la DGE) ne se soit formellement engagée à autoriser le défrichage. C'est seulement ainsi qu'une véritable coordination peut être garantie. Dans le cas particulier, la dissociation de la procédure d'établissement du PPA et de la procédure de défrichage est problématique au regard des principes de la coordination.

Par ailleurs, le projet Eoljoux est soumis à la réalisation d'une étude d'impact sur l'environnement. Dans le cas d'une installation soumise à EIE, le droit fédéral exige une analyse globale, sur la base d'un dossier complet, car l'autorité doit déterminer si le projet répond en tous points aux prescriptions de la LPE et des autres lois concernant la protection de la nature, du paysage, des eaux, des forêts, etc. (art. 3 al. 1 OEIE). Si l'EIE est effectuée sans une autorisation de défricher reposant sur un préavis de l'OFEV, il y a une

violation des règles de coordination de l'OEIE et des principes de coordination de l'art. 25a LAT. En l'espèce, l'autorité communale, à qui il incombait d'effectuer l'EIE comme autorité compétente dans la procédure décisive (art. 5 OEIE), ne disposait pas du préavis positif valable des autorités forestières et de l'autorisation de défricher cantonale lorsqu'elle a établi l'EIE, en violation des règles de coordination de l'OEIE.

Les décisions litigieuses ne respectent ainsi ni la réserve de la planification directrice ni le principe de coordination applicable dans la procédure d'affectation. Le recours est admis et les décisions entreprises sont annulées.

## **TF 1C\_657/2018 du 18 mars 2021**

### **Parc éolien de Sainte-Croix**

#### **Protection contre le bruit**

#### **Intérêt national**

---

L'arrêt a pour objet l'implantation d'un parc éolien à Sainte-Croix.

Les considérants 3 à 3.2 examinent la composition de la cour cantonale (absence de spécialiste en avifaune en son sein) et le droit d'être entendu des recourants. Le grief est écarté.

Les considérants 4 à 4.3 traitent d'un potentiel conflit d'intérêts, nié en l'espèce.

Les considérants 5 à 5.2 expliquent pourquoi le Canton était autorisé à mener simultanément une procédure de planification et d'autorisation de construire.

Les considérants 6 à 6.4 concernent le principe de coordination en lien avec l'annulation d'une seule des autorisations de défrichement mises à l'enquête.

Les considérants 7 à 7.2 traitent de la notification et de la motivation d'une des décisions de défrichement.

Les considérants 8 à 9.9 portent sur la protection de l'avifaune nicheuse en lien avec les spécificités du cas d'espèce. Le Tribunal fédéral déclare que la limite de 20 GWh fixée à l'art. 9 al. 2 OEne est conforme à l'art. 12 al. 4 et 5 LEne (c. 8.4-8.4.3). Il est constaté qu'il convient d'élargir la période durant laquelle la

circulation doit être limitée sur la route de l'Aiguillon (c. 9.3-9.5). En ce sens, les recours sont partiellement admis, et l'arrêt attaqué est réformé.

Les considérants 10 à 10.4 traitent de la protection des oiseaux migrateurs au regard des spécificités du cas d'espèce.

(c. 11-11.5) Sur la base de l'art. 11 al. 1 LPE, les recourants affirment que les seuils fixés par l'annexe 6 de l'ordonnance sur la protection contre le bruit (OPB) ne seraient pas adéquats pour la détermination des immissions de bruit des éoliennes. Les types de bruits dont la nature s'écarte de celle du bruit industriel et artisanal, tel que le bruit des restaurants, des installations de sport et de loisir, des postes de collecte de matériaux usagers ou encore d'autres bruits quotidiens ne peuvent pas être déterminés et évalués sur la base de l'annexe 6 OPB. Ces immissions sont évaluées au cas par cas. En l'espèce, les recourants soutiennent qu'il existe une grande différence entre les valeurs calculées selon le rapport « Évaluation des émissions de bruit et mesures de limitation des émissions pour les installations éoliennes » de l'EMPA (établi le 22 janvier 2010) et celles qui sont mesurées sur place. Comme le relève l'arrêt cantonal, cet écart-type ne correspond pas à une marge d'erreur, mais il y a lieu d'en tenir compte dans la justification et la proportionnalité des mesures préventives fondées sur l'art. 11 al. 2 LPE afin d'obtenir une réduction des immissions et, par conséquent, une diminution du risque de dépassement.

(c. 11.6) Les mesures préventives de limitation des émissions sont en l'espèce la renonciation à une éolienne, le choix d'emplacements de machines qui, tout en assurant une optimisation de la puissance, permettent un éloignement suffisant des zones d'habitation et de secteurs à bâtir les plus sensibles. Par ailleurs, les turbines choisies sont parmi les moins bruyantes, et les pales seront équipées du système TES. Malgré cela, un dépassement de 3 dB est encore constaté. Le respect des valeurs doit être assuré par des mesures à la source ou par des mesures de protection sur le chemin de propagation, cette dernière mesure n'entrant pas en considération compte tenu de

la hauteur des sources en l'espèce. La CDAP a considéré que l'apposition d'écrans acoustiques mobiles placés derrière les volets pouvait constituer une mesure complémentaire permettant le respect des valeurs de planification. Une telle mesure doit être assimilée à une isolation acoustique du bâtiment au sens de l'art. 32 al. 2 OPB. Elle est sans influence sur les émissions de l'installation au sens de l'art. 7 al. 1 OPB et ne peut donc être prise en compte dans l'évaluation du respect des valeurs de planification. D'autres mesures pourraient être envisagées, comme une réduction de puissance (bridage), voire un arrêt de l'éolienne concernée pendant la nuit. Le bridage nécessaire impliquerait une réduction de production de 6 à 10 % pour l'éolienne concernée, ce qui n'est pas admissible au regard de l'intérêt national poursuivi. Un allègement au sens de l'art. 7 al. 2 OPB devra en conséquence être accordé, nécessitant une pesée complète des intérêts en présence.

(c. 12.1) Le Tribunal examine les impacts du projet sur le paysage. Bien que le site d'implantation des éoliennes ne figure pas dans un inventaire fédéral, il est certain que l'impact paysager de celui-ci ne sera pas négligeable, en particulier depuis la ville de Sainte-Croix et les villages de L'Auberson et de La Chaux. Ceux-ci sont, quant à eux, inscrits à l'ISOS. Il est certain que de grandes éoliennes implantées à l'écart des agglomérations ont un impact important sur le paysage, mais cela ne permet pas d'exclure, en quelque sorte par principe comme le voudraient les recourants, de tels projets dans des sites non construits méritant protection. Il n'est pas rare que d'autres projets servant à la production d'énergie doivent eux aussi être réalisés dans des sites naturels méritant d'être préservés, sans pour autant qu'une protection absolue soit prescrite, et sans que l'intérêt public à la conservation du site ne l'emporte. Tel est particulièrement le cas si l'on tient compte de l'adoption de l'art. 12 al. 2 et 3 LEné, lequel déplace l'intérêt public en faveur de la production d'énergie renouvelable.

(c. 12.2) La Cour fédérale procède à l'examen de la demande de défrichement. Selon l'art. 5

LFO, les défrichements sont en principe interdits. Les crêtes du jura, soumises dans leur quasi-totalité au régime forestier, sont particulièrement favorables à l'éolien ; de la sorte, l'implantation d'un parc éolien nécessite inévitablement un défrichement. Le nouvel art. 5 al. 3<sup>bis</sup> LFO prévoit que l'intérêt national attaché à la réalisation de ces projets doit être considéré comme « équivalent à d'autres intérêts nationaux ». Cette disposition influence ainsi la pesée des intérêts que doit entreprendre l'autorité. En l'espèce, le choix de l'emplacement est justifié par le fait qu'il permet d'assurer une vitesse moyenne du vent de 5,9 et 5,6 m/s pour les deux sites. Les mesures compensatoires sont quantitativement (compensation en nature correspondant à la surface couverte par les arbres) et qualitativement (création d'enclos boisés de 64 m<sup>2</sup>) sont suffisantes.

(c. 13) Les recours sont partiellement admis s'agissant de la fermeture de la route du col de l'Aiguillon entre le 1.12 et le 31.3. La route en question reste toutefois ouverte pour l'exploitation forestière et la préparation des alpages en vue de l'estivage. Les autres griefs des recourants sont rejetés. Un allègement doit être en outre accordé au sens de l'art. 7 al. 2 OPB pour le Chalet du Mont-des-Cerfs.

**Note :** *Au considérant 8.4, le Tribunal fédéral examine la conformité de l'art. 9 OEné à la Constitution et à l'art. 12 LEné – s'agissant de l'importance nationale d'une installation de production d'électricité. Les recourants contestent particulièrement la conformité de la limite de 20 GWh/an prévue dans l'ordonnance, en cela qu'elle ne se fonderait que sur un critère de production et que la limite serait trop basse.*

*Le raisonnement exposé par le Tribunal fédéral concernant ces deux griefs particulièrement importants est pour le moins lapidaire. Il est à certains égards curieux et mériterait d'être détaillé et précisé.*

*En ce qui concerne le niveau du seuil, le Tribunal fédéral relève qu'il est bas et peut être atteint avec seulement trois éoliennes de grande taille. Toutefois, ce seuil permet d'exclure les projets concernant des éoliennes isolées, et d'inclure les parcs comprenant un nombre réduit de machines, situation qui constitue une grande part des projets. La fixation d'un seuil plus élevé rendrait*

*pratiquement impossible la réalisation de parcs éoliens en Suisse, compte tenu de l'exiguïté du territoire et de la densité des constructions (c. 8.4.3).*

*Telle que formulée, la justification par le Tribunal fédéral ne semble pas pleinement convaincante. Selon l'art. 12 LEne, il s'agit de définir dans quelle mesure une installation destinée à utiliser les énergies renouvelables revêt un « intérêt national » – autrement dit un intérêt à l'échelle du pays entier et non pas seulement un intérêt régional ou local. Le raisonnement emprunté par la Cour ne paraît toutefois pas directement lié à l'importance du projet au regard de la politique énergétique suisse, mais semble procéder d'une pesée des intérêts, évaluant ce qui peut être, sur le principe, admissible ou non dans un inventaire de l'art. 5 LPN et ce qui peut être techniquement réalisable en Suisse. Ce point de vue peut être à notre sens défendu, mais réduit l'intérêt national d'une installation non pas à la capacité et l'efficacité énergétiques d'importance nationale du projet (comme cela devrait être le cas), mais à des considérations techniques permettant d'exclure un minimum de projets.*

*S'agissant de la détermination du seul critère de la puissance figurant à l'art. 9 al. 2 OEne, le Tribunal fédéral considère, par principe, que toutes les installations éoliennes d'une production supérieure ou égale à 20 GWh/an satisfont d'office aux autres critères de l'art. 12 al. 5 LEne : la puissance, la flexibilité en fonction du temps et des besoins du marché.*

*À suivre le Tribunal fédéral, les critères de puissance et de flexibilité sont implicitement et automatiquement satisfaits par la production de l'installation. On se demande alors pourquoi le législateur a expressément formulé trois critères à l'art. 12 al. 5 LEne alors qu'un seul d'entre eux permettrait de couvrir tous les autres selon la Cour fédérale.*

*Le Tribunal fédéral semble pour le moins confondre puissance et production d'une éolienne. Le premier critère caractérise l'installation, le second ses effets et sa contribution à l'objectif de production d'énergie renouvelable au niveau suisse. Si, dans une même situation, une puissance accrue permet de produire en principe plus, ces deux critères ne vont pas forcément de pair lorsque les conditions d'espèce changent d'un projet à l'autre (conditions de vent, etc.).*

*La lettre de l'art. 12 al. 5 LEne est au demeurant claire : le Conseil fédéral doit tenir compte de « critères » (Kriterien) au pluriel ; il doit au moins en prévoir deux.*

## TF 1C\_409/2020 du 24 mars 2021

### Contribution à l'investissement Barrage du Grimsel

---

La société Kraftwerke Oberhasli AG (KWO) exploite plusieurs centrales hydroélectriques interconnectées dans la haute vallée de l'Aar. Celles-ci sont alimentées par huit réservoirs, notamment celui du Grimsel. Le réservoir du Grimsel comprend deux barrages, Seeuferegg et Spitallamm, retenant un volume utilisable de 94 millions de m<sup>3</sup>.

Le barrage de Spitallamm présente une fissure d'un centimètre environ qui se fonde dans une fissure horizontale à 10 m environ de la couronne de l'édifice. Il apparaît également une réaction de gonflement dans le béton. L'état du barrage se dégrade ainsi continuellement. L'OFEN a donc exigé de KWO qu'il établisse un projet de réhabilitation à approuver d'ici 2017. Le projet prévoit la construction d'un nouveau barrage à double courbure situé du côté vallée du barrage actuel ; le volume utilisable resterait identique.

Par courrier du 4 juin 2018, l'OFEN a indiqué à KWO que si le projet n'était pas mis en œuvre dans un avenir prévisible, un abaissement du niveau d'eau serait ordonné jusqu'à réhabilitation du barrage existant. Le 29 juin 2018, KWO a déposé auprès de l'OFEN une demande de contribution à l'investissement pour une grande centrale hydroélectrique (22 591 000 fr.) pour le remplacement du barrage de Spitallamm; cette contribution correspond au 20 % des investissements prévus. Trois versions, différentes en termes de flux de trésorerie, d'installations et de niveau d'eau, ont été transmises à l'OFEN. La version B entraîne des coûts supplémentaires non amortissables de 27 100 180 fr par rapport à la version A ; la version C, 37 790 843 fr. Des ajustements mineurs ont été demandés à KWO.

Le 22 janvier 2019, l'OFEN a rejeté la demande de contribution d'investissement pour une grande centrale hydroélectrique. Le recours introduit par KWO auprès du TAF n'a pas abouti (TAF A-4864/2019 du 15 septembre

2020, résumé dans l'Infolettre du CEDEAT n° 15 de septembre 2020). Selon ces instances, le projet présenté serait une rénovation importante d'une centrale hydroélectrique dont le flux de trésorerie devait être calculé selon la variante A ; aucun coût supplémentaire non amortissable ne devait être admis. Ainsi, KWO n'a droit à aucune contribution d'investissement.

Le recours en matière de droit public de KWO est admis ; l'arrêt du TAF est annulé, et l'affaire est renvoyée à l'OFEN pour qu'il évalue à nouveau la demande de contribution conformément aux considérants qui suivent.

(c. 2.3) Droit applicable. La décision de l'OFEN a été rendue le 22 janvier 2019. Selon le Tribunal fédéral, il n'existe pas de raison impérieuse exigeant d'appliquer les modifications de droit matériel intervenues postérieurement à cette date. Par conséquent, le droit applicable est la LEnE et l'OEne en vigueur au moment où l'OFEN a statué.

(c. 4) Le litige porte sur le mode de calcul des entrées de trésorerie, pour les variantes A, B et C, dans le cadre de la détermination du droit à la contribution d'investissement en cas de renouvellements importants. Autrement dit, le Tribunal fédéral se demande si l'OFEN pouvait fonder sa décision sur la variante A.

L'art. 24 al. 1 let. b LEnE prévoit que les exploitants de nouvelles centrales ou installations hydroélectriques d'une puissance supérieure à 10 MW et les exploitants d'une installations existantes d'une puissance d'au moins 200 kW peuvent prétendre à une contribution à l'investissement pour des extensions ou des rénovations importantes. En l'espèce, l'installation du Grimsel constitue une installation hydroélectrique au sens de l'annexe 1.1 al. 1.1 OEne. Selon l'art. 29 al. 1 let. d LEnE avec l'art. 47 al. 2 OEne, le renouvellement d'une installation est significative si au moins un composant principal de l'installation est remplacé ou complètement rénové et que l'investissement d'élève au moins à 7 ct./kWh par rapport à la production nette moyenne atteinte au cours d'une année des cinq dernières années d'exploitation complète. Tel est le cas du projet en cause.

La contribution d'investissement est déterminée de cas en cas par l'OFEN (art. 24 al. 1 let. b LEnE avec l'art. 48 al. 1 OEne). Pour les installations dont la puissance est supérieure à 10 MW, la contribution s'élève au plus à 20 % des coûts éligibles ; lors de la détermination des coûts, il faut veiller à ce que la contribution ne dépasse pas les coûts supplémentaires non amortissables (art. 29 al. 2 LEnE). Autrement dit, seuls les projets qui ne sont pas eux-mêmes économiquement viables peuvent bénéficier de contributions d'investissement – de sorte à éviter les effets d'aubaine. Les coûts supplémentaires non amortissables résultent de la différence entre les coûts capitalisés pour la production d'électricité et le prix du marché capitalisé réalisable (art. 29 al. 2 LEnE) ; ils correspondent à la valeur actuelle nette de toutes les sorties de fonds imputables et de toutes les entrées de fonds imputables (art. 63 al. 1 OEne). Les exploitants peuvent demander une contribution lorsque la différence est négative. Pour le calcul des coûts supplémentaires non amortissables, les rentrées d'argent réalisables provenant de la production nette totale de l'installation sont déterminantes en cas de rénovation d'installations existantes (art. 63 al. 4 OEne, dans la version valable jusqu'au 31 mars 2019).

(c. 5) La recourante se plaint que l'application de l'art. 63 al. 4 OEne dans son cas particulier conduit à la violation du droit supérieur.

(c. 6) La question se pose de savoir si, pour mesurer les revenus nets futurs dans le cadre de l'art. 63 al. 4 OEne (dans la version valable jusqu'au 31 mars 2019), il faut tenir compte du fait qu'une installation peut encore être exploitée dans une mesure réduite, le cas échéant, sans le remplacement. Le sens de la disposition réglementaire en question doit être déterminé par voie d'interprétation.

Le Tribunal fédéral procède à une interprétation littérale de la disposition litigieuse de l'ordonnance, puis à une interprétation systématique et téléologique. Il arrive au constat que, du point de vue factuel, il faut d'abord déterminer la situation des dommages au barrage et son évolution prévue

dans le temps afin de déterminer si la situation des recettes est plus proche de la version d'application A ou C. Cette étape constitue la base de la comparaison entre les deux versions d'application. Ce n'est que sur celle-ci qu'il est possible d'évaluer le droit demandeur à une contribution d'investissement.

(c. 7) Compte tenu de ce qui précède, le recours doit être admis. L'OFEN doit d'abord déterminer la capacité résiduelle au moment du dépôt de la demande de contribution à l'investissement en raison de la dégradation du barrage. L'OFEN doit également définir l'éventuelle réduction supplémentaire de la capacité de stockage sur la durée d'utilisation restante obtenue par le renouvellement de l'installation, compte tenu de l'évolution prévue de la fissure et du gonflement du béton. En fonction de la capacité de stockage réelle du barrage existant, le calcul des coûts supplémentaires non amortissables doit être basé sur la variante A ou la variante C.