

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

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

Cette newsletter présente les **principaux arrêts du Tribunal fédéral (TF)** publiés durant le mois de novembre 2020. S'ajoute un arrêt du **Tribunal cantonal du canton du Valais** relatif au droit foncier rural.

Aménagement du territoire

- Autorisation de construire, article 24e LAT (TL)
- Ordre de remise en état des lieux, contrôle concret de l'art. 57 al. 3 et 4 LC-VS (TL)
- Contrôle incident d'un plan d'affectation, zone réservée (FF)
- Notion de terrain « largement bâti » (art. 36 al. 3 LAT) (FF)
- Obligation de planifier pour une installation de biogaz (AL)
- Rehaussement du lac du Grimsel, insuffisance du plan directeur cantonal (TL)

Protection de la nature et du patrimoine

- Espace réservé aux eaux, garantie de la situation acquise (TL)
- Protection contre le bruit, espace réservé aux eaux et garantie de la situation acquise (TL)

Énergie

- Contrôle des tarifs de l'électricité, bonne foi des gestionnaires de réseau (TL)

Droit foncier rural

- Acquisition de parcelles agricoles par des personnes non exploitantes à titre personnel, protection du hibou petit duc (art. 64 al. 1 let. e LDFR) (AL)

AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE

TF 1C_79/2020 du 22 octobre 2020

Autorisation de construire

Art. 24e LAT

A. a déposé une demande de permis de construire pour la mise en conformité du changement d'affectation d'un hangar agricole pour la détention d'animaux à titre de loisir, de la pose de portes coulissantes, du bétonnage du fond et de l'aménagement de l'accès, sur territoire de la commune de Misery-Courtion (FR) – en zone agricole.

L'autorité cantonale a refusé l'autorisation de construire hors de la zone à bâtir, et le Préfet a refusé l'autorisation de bâtir. Ces décisions ont été confirmées par Tribunal cantonal fribourgeois.

Le recours en matière de droit public de A. est rejeté par le Tribunal fédéral.

(c. 3) Art. 24e LAT

Selon l'art. 24e al. 1 LAT, des travaux de transformation sont autorisés dans les bâtiments et les parties de bâtiments inhabités et conservés dans leur substance s'ils permettent aux personnes qui habitent à proximité d'y détenir des animaux à titre de loisir dans des conditions respectueuses. La portée de cette disposition est précisée à l'art. 42b OAT.

L'exigence de proximité entre le bâtiment d'habitation et celui destiné à la garde d'animaux a été introduite par le législateur lorsqu'il a étendu la possibilité de réaliser des travaux dans des parties de bâtiments inhabités attenants aux habitations, à des bâtiments

inhabités distincts, qualifiés de locaux annexes. Aussi les bâtiments doivent-ils se trouver dans une relation spatiale étroite. La distance géographique admissible ne saurait donc dépasser celle qui peut être parcourue à pied en quelques minutes. La distance usuelle est fixée à 50 m par les praticiens.

En l'espèce, le recourant habite en zone en bâtir, sa parcelle étant entourée de zones à bâtir et séparée de la parcelle sur laquelle se trouve la construction litigieuse par plusieurs autres parcelles. Les deux biens-fonds ne sont pas attenants ; les bâtiments sont distants de 250 m à vol d'oiseau ou 400 à 520 m (selon les allégations des parties) par la route.

L'art. 24e LAT n'implique pas que les bâtiments d'habitation et de garde d'animaux soient situés sur des parcelles attenantes ; ils doivent être situés à proximité. Selon le Tribunal fédéral, il doit exister un lien particulier entre les deux bâtiments ; qu'il soit fonctionnel, historique (de l'ancienne exploitation agricole) ou d'une autre nature, ce lien doit être d'autant plus important que les bâtiments en cause sont éloignés. Ainsi, le caractère quasi indissociable de l'habitation et du bâtiment destiné à la garde d'animaux met en évidence que l'exception légale à l'interdiction de construire hors zone à bâtir ne peut bénéficier non à tout habitant de chaque village alentour qui pourrait se rendre sur le site à pied ou à vélo, mais bien à un cercle restreint de résidents proches.

TF 1C_50/2020 du 8 octobre 2020

Ordre de remise en état des lieux

Effet anticipé positif des plans

Notions de constructions et d'installations

À Massongex (VS), A. a obtenu diverses autorisations de construire sur ses parcelles depuis 1995. La Commission cantonale des constructions (CCC) a constaté que des travaux et des changements d'affectation avaient été entrepris sans autorisation valable.

Par décision du 16 mars 2017, la CCC a ordonné plusieurs remises en état, notamment la restitution de l'affectation en tant qu'atelier d'une remise, avec la suppression des cuisines et sanitaires. A. conteste la décision de l'autorité cantonale auprès du Conseil d'État,

puis du Tribunal cantonal. Ce dernier lui donne partiellement raison, s'agissant de la suppression des graves ; il rejette le recours pour le reste. Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral le rejette.

(c. 5) Effet anticipé positif d'un plan d'affectation

Le recourant invoque le fait que sa parcelle se situe dans le périmètre d'urbanisation au sens de l'art. 21 al. 2 LcAT-VS. À ce titre, il affirme qu'il est très probable que sa parcelle sera colloquée en zone à bâtir lors de la prochaine révision du plan d'affectation.

Outre que A. ne démontre pas l'existence d'une future révision du plan d'affectation, le Tribunal fédéral rappelle que l'effet anticipé positif d'un plan – à savoir l'application du droit futur qui n'est pas encore en vigueur en lieu et place du droit actuel – est en principe inadmissible. Il se heurte à l'impératif de la sécurité du droit et au principe de la légalité. Le grief est ainsi rejeté.

(c. 6) Article 22 LAT

Le recourant prétend que les travaux entrepris dans l'atelier (kitchenette et sanitaires) et le local de rangement n'étaient pas soumis à autorisation de construire.

Le Tribunal fédéral précise les notions de constructions et d'installations figurant à l'art. 22 LAT. Sont ainsi considérés comme des constructions ou des installations tous les aménagements durables et fixes créés par la main de l'homme, exerçant une incidence sur l'affectation du sol par le fait qu'ils modifient sensiblement l'espace extérieur, qu'ils ont des effets sur l'équipement ou qu'ils sont susceptibles de porter atteinte à l'environnement. La procédure d'autorisation doit permettre à l'autorité de contrôler, avant la réalisation du projet, sa conformité aux plans d'affectation et aux diverses réglementations applicables. Pour déterminer si l'aménagement prévu est soumis à cette procédure, il faut évaluer si, en général, d'après le cours ordinaire des choses, cet aménagement entraînera des conséquences telles qu'il existe un intérêt de la

collectivité ou des voisins à un contrôle préalable.

En l'espèce, le local de rangement a une incidence directe sur l'affectation du sol ; quant au changement d'affectation de l'atelier litigieux – en tant qu'il augmente la capacité d'habitation de la parcelle –, il a un impact sur l'équipement et l'environnement.

(c. 7) Art. 16a LAT, art. 24 ss LAT

Le recourant considère que le changement d'affectation de l'atelier ainsi que d'autres travaux entrepris dans la halle existante devaient être autorisés *a posteriori*, en application des art. 16a LAT et 34 al. 3 OAT, pour le moins en application des art. 24, 24a, 24c, 24d LAT et 39 OAT.

(c. 7.1) En l'espèce, A. n'est pas un exploitant agricole, et l'atelier en cause n'a pas de fonction agricole. Une autorisation en vertu des art. 22 al. 2 et 16a LAT est ainsi exclue.

(c. 7.2) Est de même exclue une autorisation fondée sur l'art. 24a LAT, en cela que le changement d'affectation de l'atelier nécessite des travaux.

(c. 7.3) L'art. 24d LAT n'est pas non plus applicable dans le cas d'espèce, le bâtiment en cause n'étant ni une habitation agricole ni une construction placée sous protection par l'autorité.

(c. 7.4) Le recourant échoue également à invoquer l'application de l'art. 24c LAT. L'annexe au hangar construite en 1998 ainsi que le changement d'affectation de l'atelier intervenu après 2003 ne sont pas devenus contraires à l'affectation de la zone à la suite d'une modification des plans d'affectation ou de la législation.

(c. 7.5) Enfin, il apparaît que l'annexe au hangar n'est pas imposée par sa destination dans la zone agricole, de sorte qu'une dérogation au sens de l'art. 24 LAT est exclue. Les propos du recourant sont insuffisants pour établir que l'emplacement hors de la zone à bâtir repose sur des motifs techniques, des impératifs liés à l'exploitation d'une entreprise ou par la nature du sol.

(c. 8) Proportionnalité et bonne foi

Lorsque des constructions ou des installations illicites sont réalisées en dehors de la zone à bâtir, le droit fédéral exige en principe que soit rétabli un état conforme au droit. Le principe de la séparation de l'espace bâti et non bâti, qui préserve différents intérêts publics, est de rang constitutionnel ; il fait partie intégrante de la notion d'utilisation mesurée du sol de l'art. 75 al. 1 Cst. La remise en état poursuit en outre d'autres intérêts publics, à savoir la limitation du nombre et des dimensions des constructions en zone agricole.

Selon la jurisprudence, l'autorité peut renoncer à un ordre de démolition, conformément au principe de la proportionnalité, si les dérogations à la règle sont mineures, si l'intérêt public lésé n'est pas de nature à justifier le dommage que la démolition causerait au maître de l'ouvrage, si celui-ci pouvait de bonne foi se croire autorisé à construire ou encore s'il y a des chances sérieuses de faire reconnaître la construction comme conforme au droit. Celui qui place l'autorité devant un fait accompli doit s'attendre à ce que celle-ci se préoccupe plus de rétablir une situation conforme au droit que d'éviter les inconvénients qui en découlent pour lui. En outre, selon la jurisprudence, la compétence pour exiger le rétablissement d'une situation conforme au droit est soumise en principe à un délai de péremption de 30 ans.

(c. 8.2.1) S'agissant de la proportionnalité, le Tribunal fédéral relève que les dérogations à la règle ne sont pas mineures dans le cas d'espèce. Au demeurant, les intérêts publics majeurs que constituent la préservation des zones non constructibles et la distinction fondamentale entre espace bâti et non bâti l'emportent sur l'intérêt du recourant à maintenir les travaux effectués qui ne sont pas conformes à l'affectation de la zone. L'obligation de remettre en état est ainsi proportionnée.

(c. 8.2.2) Le recourant ne peut pas non plus se prévaloir de sa bonne foi, dans la mesure où il a effectivement déposé 7 demandes d'autorisation de construire entre 1996 et 2013

et ne pouvait dès lors ignorer qu'une autorisation cantonale était requise pour pouvoir effectuer des travaux hors de la zone à bâtir. N'étant pas lui-même de bonne foi, le recourant ne saurait se plaindre d'une assurance donnée par la commune quant à la légalité des travaux entrepris et du changement d'affectation de l'atelier.

(c. 8.3) À propos d'une éventuelle régularisation

S'agissant d'une éventuelle régularisation des travaux illégaux, le Tribunal cantonal valaisan s'est fondé sur l'art. 57 al. 3 LC-VS.

Le Tribunal fédéral rappelle que le droit fédéral ne permet de renoncer à un ordre de remise en état que lorsque le maître de l'ouvrage a des chances sérieuses de faire reconnaître la construction comme conforme au droit. Hors de la zone à bâtir, le droit des constructions est régi (en principe) exclusivement par le droit fédéral. Autrement dit, le droit cantonal ne peut être plus souple que le droit fédéral ; il peut en revanche prévoir des restrictions hors de la zone à bâtir, en vertu de l'art. 27a LAT.

En l'espèce, l'art. 57 al. 3 LC-VS, moins restrictif dans sa formulation, ne saurait trouver application hors de la zone à bâtir.

(c. 8.4) Délais de péremption de 30 ans

Le délai de péremption de l'obligation de remettre en état repose sur le droit fédéral ; le droit cantonal n'est pas habilité à l'assouplir. Par conséquent, l'art. 57 al. 4 LC-VS ne s'applique pas hors de la zone à bâtir.

(c. 9) À propos de l'égalité de traitement

Le recourant invoque enfin une prétendue violation du principe de l'égalité de traitement, en cela que de nombreux habitants de la commune auraient bénéficiés d'une pratique illégale constante de la commune et de la CCC.

Rappelant la maxime « pas d'égalité dans l'illégalité », le Tribunal fédéral relève que le principe de la légalité de l'activité administrative prévaut en principe sur celui de

l'égalité de traitement. Cela présuppose cependant, de la part de l'autorité, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en question.

Note :

Dans les considérants 8.3 et 8.4 de cet arrêt, le Tribunal fédéral procède à un contrôle concret de l'art. 57 al. 3 et al. 4 LC-VS (loi cantonale sur les constructions). Il arrive à la conclusion que cette disposition est inapplicable hors de la zone à bâtir en cela qu'elle est contraire au droit fédéral (principe de hiérarchie des normes, force dérogatoire du droit fédéral de l'art. 49 al. 1 Cst.).

L'art. 57 al. 3 LC-VS est formulé de la sorte : « Si une régularisation est manifestement exclue d'emblée, l'autorité compétente rend une décision de remise en état des lieux conforme au droit... ». Selon la jurisprudence fédérale, une éventuelle régularisation n'est envisageable que « lorsque le maître de l'ouvrage a des chances sérieuses de faire reconnaître la construction comme conforme au droit ». Selon le Tribunal fédéral, la portée des exceptions à l'obligation de remise en état est plus restrictive que le droit cantonal valaisan.

La différence réside notamment dans le point de vue adopté par le droit cantonal valaisan qui le rend plus souple que le droit fédéral (et plus favorable au maître de l'ouvrage). Il part du principe que la régularisation constitue l'option de base (présomption en faveur de la régularisation) ; ce n'est que si la régularisation est manifestement exclue que la remise en état doit être ordonnée. Autrement dit, s'il n'est pas certain que la régularisation soit inenvisageable, la remise en état doit être ordonnée ; en cas de doute, une procédure de régularisation doit ainsi être engagée. La jurisprudence fédérale instaure, quant à elle, une présomption en faveur de la remise en état (option de base) qui peut être remise en cause lorsque la construction litigieuse a des chances sérieuses d'être conforme au droit. La présomption du droit fédéral repose sur l'intérêt public prépondérant que représente la séparation du bâti et du non-bâti (art. 75 Cst.).

L'art. 57 al. 4 LC-VS est formulé de la sorte : « Dix ans après le jour où l'état de fait contraire au droit était reconnaissable, la remise en état des lieux ne peut être exigée que si elle est commandée par des intérêts publics impératifs. La prescription absolue est de 20 ans dès l'achèvement des travaux. » Tel que formulé, le droit cantonal valaisan contredit le

délai de péremption de 30 ans (en principe) du droit fédéral applicable hors de la zone à bâtir.

TF 1C_450/2019 du 13 octobre 2020

Contrôle incident d'un plan d'affectation

Zone réservée

L'arrêt a pour objet la possibilité de contrôle à titre préjudiciel d'un plan d'affectation et la possibilité de prévoir une exception – dans une disposition réglementaire – à l'art 79 al. 1 LATC (qui prévoit que « dès l'ouverture d'une enquête publique concernant un plan ou un règlement d'affectation, la Municipalité refuse toute autorisation de construire allant à l'encontre du plan »).

Le 29 juin 2016, K. SA ainsi que la commune de L. ont déposé une demande de permis de construire auprès de la commune d'Oron-la-Ville. En septembre 2017, la Municipalité a mis à l'enquête la création d'une zone réservée au sens de l'art 46 LATC sur l'ensemble des zones constructibles du territoire. Le règlement relatif à la zone réservée prévoit à son article 6 que les procédures de projets dont l'enquête publique a été publiée avant le 10 novembre 2016 seront poursuivies en vue de la délivrance des permis de construire et se baseront sur les réglementations communales en vigueur lors de leur publication.

Le 7 février 2018 la municipalité a levé les oppositions au permis de construire et délivré celui-ci. La délivrance du permis a été confirmée sur recours par le Tribunal cantonal Vaudois le 5 décembre 2018. Selon ce dernier, l'art 79 LATC ne permet pas de refuser la délivrance d'un permis de construire pour un projet dont la mise à l'enquête a été publiée avant celle de la zone réservée. Les opposants recourent contre cet arrêt auprès du TF par la voie du recours en matière de droit public.

Le recours est rejeté.

(c. 2) Les recourants affirment que la planification cantonale est obsolète. Le plan d'affectation partiel et le plan d'extension communal datent, respectivement, de 1993 et de 1981.

(c. 2.1) Le TF rappelle que selon la jurisprudence, le contrôle préjudiciel d'un plan

d'affectation dans le cadre d'une procédure relative à un acte d'application est en principe exclu, sous réserve des cas dans lesquels les conditions d'un réexamen des plans au sens de l'art. 21 al. 2 LAT sont réunies (ATF 121 II 317 c. 12c). Cette disposition érige en condition au réexamen une modification sensible des circonstances. Cette modification peut être factuelle ou juridique. Sont en particulier à prendre en compte, le temps écoulé depuis l'entrée en vigueur du plan, l'étendue de sa concrétisation, l'importance des motifs de révision, l'étendue de la modification envisagée et l'intérêt public poursuivi par la modification.

(c. 2.2) Le TF souligne que l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions de la LAT ne constitue pas en elle-même une modification sensible des circonstances au sens de l'art. 21 al. 2 LAT ; d'autres circonstances doivent faire apparaître la planification actuelle comme manifestement inadaptée. En l'espèce, l'ancienneté du PGA (1993) n'a rien d'exceptionnel, et on ne saurait affirmer de manière générale que la zone à bâtir a été définie de manière incongrue. Son surdimensionnement a été pris en compte puisqu'une révision est en cours. Au surplus, le secteur ne fait l'objet d'aucune mesure de protection particulière, et la construction de 8 villas a été autorisée récemment sur une parcelle se trouvant dans le même secteur. En l'état actuel, maintenir les parcelles en cause libres de construction aurait pour effet de créer une brèche dans le tissu bâti. Le contrôle préjudiciel ne se justifie pas et doit être écarté.

(c. 3-3.2) Les recourants relèvent ensuite que selon l'art 79 al. 1 LATC, la municipalité doit refuser toute autorisation de construire allant à l'encontre d'une planification mise à l'enquête. S'agissant de l'application du droit cantonal, le TF restreint son pouvoir d'examen à l'arbitraire.

L'art. 79 al. 1 LATC a pour but d'éviter toute autorisation mettant en péril une planification en cours. Le projet de zone réservée fait expressément une exception à ce principe en prévoyant à l'art. 6 al. 2 du règlement que toutes les procédures de projets mis à l'enquête publique antérieurement au

10 novembre 2016 seront poursuivies en vue de la délivrance du permis de construire et se baseront sur les réglementations communales en vigueur lors de leur publication. En l'espèce, le permis accordé correspond à cette exception et ne met donc pas la planification en péril.

(c. 4) Les recourants affirment enfin que les parcelles concernées par le permis seraient des surfaces d'assolement. Les surfaces d'assolement sont des parties du territoire qui se prêtent à l'agriculture (art. 6 al. 2 let. a LAT). En l'espèce, les deux parcelles sur lesquelles le projet vient prendre place sont déjà colloquées en zone à bâtir et ne sont pas inventoriées comme SDA. L'examen préjudiciel du plan d'affectation étant exclu, le déclassement des parcelles en cause n'est pas examiné. Au surplus, elles sont enclavées dans le milieu bâti, de sorte qu'elles ne sauraient être considérées comme des terres ouvertes au sens de l'art. 26 OAT.

TF 1C_231/2019 du 30 octobre 2020

Notion de terrain « largement bâti »

Art. 36 al. 3 LAT

L'arrêt a pour objet l'art. 36 LAT en présence d'un plan d'affectation particulièrement ancien et la notion de terrain « largement bâti » au sens de l'alinéa 3 de cette disposition.

La municipalité de Vevey a délivré, le 5 décembre 2017, un permis de construire un bâtiment scolaire ainsi que 30 places de parc sur une parcelle de plus de 32 000 m² (dont elle est propriétaire) servant actuellement de centre sportif (stade de Coppet).

La CDAP a rejeté le recours des opposants le 14 mars 2019, considérant que même si la planification cantonale datait de 1964, le périmètre concerné pouvait être considéré comme étant pour l'essentiel bâti : il comportait 1117 m² de bâtiments (vestiaires, buvette, temple) et trois terrains de sport. La parcelle était donc largement bâtie au sens de l'art. 36 al. 3 LAT. Les opposants agissent par la voie du recours de droit public et demandent au TF l'annulation de l'arrêt attaqué ainsi que du permis de construire.

(c. 2-2.2) Comme le soulèvent les recourants, le plan d'affectation date de 1952, et la mise à jour de 1964 ne concerne que des points de détail sans pertinence pour la présente cause. L'ancienneté du PGA peut être qualifiée « d'aussi extraordinaire qu'incompréhensible ». Selon l'art 35 de la LAT, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1980, les cantons devaient veiller à ce que les plans d'affectation soient établis à temps, mais au plus tard dans un délai de 8 ans à compter de l'entrée en vigueur de la LAT, soit jusqu'au 1^{er} janvier 1988.

Lorsqu'un plan d'affectation a été établi sous l'empire de la LAT, il existe une présomption qu'il est conforme aux buts et principes de cette loi, alors que les plans d'affectation qui n'ont pas encore été adaptés ne bénéficient pas de cette présomption. En l'espèce, au vu de l'ancienneté du plan, il n'existe aucune présomption que cette planification satisfasse aux exigences de la LAT, en particulier s'agissant de la définition des zones à bâtir. La désignation de la zone à bâtir doit donc être opérée sur la base de la norme de substitution transitoire de l'art. 36 al. 3 LAT, et seules les parties largement bâties du territoire communal peuvent être réputées zones à bâtir.

(c. 2.3) La notion de « terrains déjà largement bâtis » figurant à l'art 36 al. 3 doit être comprise de manière étroite. Il faut que l'on soit en présence d'un milieu bâti cohérent, qui présente les caractéristiques d'une agglomération, avec les infrastructures habituelles. Les critères à prendre en compte sont notamment le caractère compact de l'ensemble construit, les équipements, les liaisons avec les autres zones à bâtir ou l'infrastructure publique.

La jurisprudence distingue entre la notion de « brèche ou d'espace vide dans le tissu bâti » et celle de « surface non bâtie plus étendue à l'intérieur du milieu bâti ».

La notion de « brèche dans le milieu bâti » s'apprécie en fonction de critères quantitatifs tels qu'une surface peu étendue et le fait de jouxter directement le territoire construit. Ces critères ne sont pas les seuls déterminants, une appréciation qualitative est indispensable. Lorsque la parcelle non bâtie joue un rôle

propre – notamment lorsqu'elle peut faire l'objet de mesures d'aménagement indépendantes –, elle ne fait pas partie du tissu déjà largement bâti. Sont en particulier concernées les surfaces visant à introduire une rupture dans le tissu bâti ou à créer des aires de loisir et de détente.

(c. 2.5) En l'espèce, la surface est trop étendue (3 ha) pour admettre l'existence d'une brèche dans le milieu bâti. Au surplus, d'un point de vue qualitatif, elle est constituée pour l'ensemble de terrains de sport sans aucun bâtiment comparable à ceux qui se trouvent dans le voisinage ni aucune construction marquante, à l'exception du temple situé à son extrémité nord, mais qui n'est pas touché par le projet. Par conséquent, tant du point de vue quantitatif que du point de vue qualitatif, le périmètre ne saurait être considéré comme faisant partie intégrante du territoire largement bâti au sens de l'art 36 al. 3 LAT. L'affectation d'une surface aussi importante à la zone à bâtir doit être décidée par le biais d'un plan d'affectation ordinaire permettant une participation démocratique.

(c. 3) Le recours est admis, l'arrêt attaqué ainsi que le permis de construire du 5 décembre 2017 sont annulés.

TF 1C_321/2019 du 27 octobre 2020 **Obligation de planifier pour une installation de biogaz**

L'affaire concerne F., détenteur d'une exploitation agricole, qui souhaite réaliser une installation de biogaz sur sa parcelle.

Suite à l'octroi d'un permis de construire pour ladite exploitation, située sur le territoire de la commune de Basadingen-Schlattingen, un recours est déposé devant le Tribunal administratif du canton de Thurgovie, puis devant le Tribunal fédéral, en invoquant en particulier la nécessité d'une planification pour le projet litigieux.

Le recours est admis.

(c. 2-2.4) La question est celle de l'obligation d'une planification, s'agissant de l'installation de biogaz qui, selon les recourants, ne pouvait faire l'objet d'une simple procédure

d'autorisation de construire, notamment au vu de la taille de l'installation et de l'incidence éventuelle sur l'environnement.

(c. 2.5) Le droit fédéral exige des instruments de planification appropriés dans l'accomplissement des tâches d'aménagement du territoire. Le Tribunal fédéral rappelle dans ce considérant les principes relatifs à l'obligation de planifier (en particulier pour des projets non conformes à la zone avec des effets importants sur le territoire), qui découlent de la LAT (notamment de l'art. 2 LAT, qui prévoit cette obligation, et des art. 1 et 3). La Cour se réfère ensuite à deux arrêts précédemment rendus, en considérant qu'il n'y a pas d'obligation générale de planifier pour des installations conformes à la zone.

Cela étant, en se basant notamment sur l'arrêt 1C_892/2013 du 1^{er} avril 2015, le Tribunal fédéral considère que même en présence d'un projet conforme à la zone, il existe une obligation de planifier lorsqu'une construction ou une installation déploie des effets spatiaux tels qu'ils ne peuvent être évalués que dans le cadre d'une planification (et cela vaut en particulier dans les zones non constructibles). En revanche, la Cour précise que les critères élaborés en ce qui concerne les projets de construction non conformes à la zone ne peuvent être appliqués sans distinction aux projets de construction conformes, ou du moins ne devraient pas s'appliquer plus strictement à ces derniers. Le Tribunal fédéral précise également qu'il convient de les appliquer avec retenue dans le cas d'espèce, compte tenu du fait que les critères législatifs sont particulièrement détaillés s'agissant des installations de biogaz (cf. articles 16a al.1 LAT et 34a OAT).

(c. 2.6) Selon la jurisprudence fédérale, le fait qu'une étude d'impact sur l'environnement (EIE) soit requise constitue un indice pour n'autoriser le projet que sur la base d'un plan d'affectation. Au vu de la capacité de traitement de l'installation (plus de 5000 tonnes de substrat) dans le cas d'espèce, une telle étude est nécessaire en application du chiffre 21 let. a OEIE.

Compte tenu des dimensions de l'installation et des autres constructions sur la parcelle ainsi que des nuisances probables (de bruit, d'odeurs), le Tribunal fédéral estime que le projet ne peut pas être évalué d'une manière adéquate dans le cadre d'une simple procédure d'autorisation de construire. Il relève aussi qu'admettre une obligation de planifier en l'espèce permet une appréciation globale, qui inclut non seulement l'installation de biogaz, mais également une installation géothermique (en phase d'essai) présente sur le terrain (au vu des synergies probables entre les deux installations). Dès lors, compte tenu de ce qui précède, une planification s'impose.

(c. 3) Le recours est admis par le Tribunal fédéral.

TF 1C_356/2019 du 4 novembre 2020

**Inscription au plan directeur cantonal
Notion d'intérêt national (art. 12 LEne)
Protection des biotopes d'importance
nationale (art. 29 al. 1 let. a OPN)**

Destiné à la publication

La société Kraftwerke Oberhasli AG (KWO) exploite de nombreuses centrales hydroélectriques interconnectées qui utilisent 8 réservoirs, dont le lac du Grimsel. Ce lac est entouré ou fait partie d'un objet inscrit à l'inventaire fédéral des paysages d'importance nationale (IFP n° 1507) et d'une zone protégée d'importance cantonale (n° 5, Grimsel). Au nord du lac se situent plusieurs bas-marais d'importance nationale au sens de l'art. 78 al. 5 Cst.

KWO a l'intention de surélever les barrages Spitallamm et Seeuferegg afin de rehausser le niveau d'eau du lac du Grimsel de 23 m et d'augmenter son volume de stockage de 75 millions de m³ pour atteindre un total de 170 millions de m³. Cet aménagement devrait permettre la production de 240 GWh d'énergie supplémentaires. Le 17 septembre 2010, KWO a déposé une demande visant à modifier et à compléter la concession du 12 janvier 1962 courant jusqu'au 31 décembre 2041. La modification de la concession a été approuvée par le Grand Conseil bernois le 5 septembre 2012. Une partie du paysage d'importance

nationale devant être inondée avec la modification de la concession, l'affaire a fait l'objet d'un premier arrêt du Tribunal fédéral (ATF 143 II 241). Ce dernier a admis le recours de KWO et renvoyé la cause à l'instance inférieure en constatant que le Conseil fédéral n'avait pas excédé son pouvoir d'appréciation à l'occasion de la détermination de la limite sud du paysage marécageux.

Le Tribunal cantonal bernois a requis des expertises de l'Office cantonal de l'eau et des déchets, ainsi que de l'OFEN. Il a rejeté les recours des organisations contestant le rehaussement du lac du Grimsel. Aqua Viva ainsi que la Greina Stiftung ont saisi le Tribunal fédéral d'un recours en matière de droit public. Ce dernier a été admis.

(c. 2) Prise en considération de nouvelles pièces

KWO et l'OFEV ont versé de nouvelles pièces au dossier. Le Tribunal fédéral fonde sa décision sur les faits établis par l'instance précédente, à moins que ceux-ci ne soient manifestement inexacts. Des faits et preuves nouveaux ne peuvent être présentés, à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF).

L'avis de l'OFEV provient d'une autorité habilitée à former un recours selon l'art. 102 al. 1 LTF ; il doit en principe être pris en compte dans la procédure devant le Tribunal fédéral. Dès lors qu'il s'agit d'un nouveau document, les parties doivent être entendues ; il convient ainsi de tenir également compte des critiques formulées par KWO.

Les nouveaux moyens de droit sont en principe recevables devant le Tribunal fédéral, pour autant qu'ils s'inscrivent dans le cadre de l'objet du litige et qu'ils se fondent sur les faits établis de l'affaire ou sur des faits connus du tribunal.

(c. 3) Insuffisance du plan directeur cantonal (PDc)

(3.1) Selon les recourants, le projet litigieux ne repose pas sur un PDc suffisant, en cela qu'il ne

figure qu'en tant que coordination en cours (art. 5 al. 2 let. b OAT). Cette dernière caractérise les activités ayant des effets sur l'organisation du territoire qui ne sont pas encore coordonnées et les dispositions qu'il convient de prendre pour parvenir à la coordination en temps utile.

Conformément à l'art. 8 al. 2 LAT, les projets ayant des effets importants sur le territoire et l'environnement doivent être fondés dans le PDc. Par effets importants au sens de cette disposition, il faut notamment comprendre le besoin de grandes surfaces, l'induction de grands flux de trafic ou la création d'une forte atteinte à l'environnement ou au paysage.

Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a exigé un fondement dans le PDc pour les projets dont les effets de grande portée nécessitaient au préalable une pesée globale des intérêts au niveau du plan directeur. Tel est le cas pour un circuit de voitures ou un parc d'innovation de 70 ha sur l'ancienne base militaire de Dübendorf. En revanche, le Tribunal fédéral a estimé qu'il était possible d'y renoncer pour une petite centrale hydroélectrique en raison de ses dimensions réduites, même lorsqu'elle se situe dans un paysage d'importance cantonale. Un fondement dans le PDc n'était pas non plus nécessaire pour le quartier des musées de Lausanne parce que ses incidences spatiales ne s'écartaient pas de l'utilisation déjà prévue dans le plan d'aménagement cantonal. Une centrale de cogénération exploitée avec du bois résiduel et des déchets de bois d'importance purement régionale n'est pas soumise à l'obligation d'être inscrite dans le PDc ; au contraire, le parc éolien du Schwyberg y est soumis – compte tenu de son étendue spatiale et des écarts à l'utilisation actuelle qu'il présente.

(3.2) Selon l'art. 8b LAT et l'art. 10 LEne, le PDc désigne les zones et les tronçons de cours d'eau qui se prêtent à l'utilisation d'énergies renouvelables. Il n'est pas clair si l'art. 8b LAT étend la réserve de l'art. 8 al. 2 LAT. Selon le message relatif à la LEne, l'utilisation des énergies renouvelables doit être intégrée dans les PDc, au moins pour les technologies qui ne

sont pas pertinentes à petite échelle, autrement dit principalement pour l'énergie hydraulique et éolienne. Selon le Tribunal fédéral, en principe, ces considérations plaident en faveur d'une inscription dans le PDc de tous les projets éoliens et hydroélectriques, afin de garantir que les compromis obtenus au niveau cantonal ne soient pas remis en cause par l'octroi de concessions pour de petites installations.

Dans le cas d'espèce, le projet aboutit à une extension importante de l'installation, du volume de stockage d'eau et de la capacité de production. Au demeurant, il implique un impact sérieux sur un site IFP. Par conséquent, la réserve du PDc s'applique pleinement au projet litigieux.

(c. 3.3) Un fondement dans le PDc au sens de l'art. 8 al. 2 LAT exige que l'activité en cause atteigne le stade de coordination réglée selon l'art. 5 al. 2 let. a OAT. Bien que l'évaluation des incidences sur l'environnement ne soit effectuée qu'au stade de l'octroi d'une concession ou de la planification d'affectation, des éclaircissements doivent être apportés au niveau du PDc déjà. Il s'agit d'exclure les sites qui ne devraient pas être utilisés en raison de graves conflits avec les préoccupations de conservation de la nature, mais également de choisir le ou les sites les plus appropriés parmi les sites restants.

(c. 3.4-3.5) Le rehaussement du barrage du Grimsel est inscrit en tant que coordination en cours ; une coordination complète n'a ainsi pas eu lieu au stade du PDc. D'autre part, il n'y a pas eu non plus de coordination avec la centrale électrique prévue à Trift ; il appartient au PDc de coordonner ces deux projets ayant des incidences spatiales et environnementales importantes. À ce titre, la base du PDc s'avère insuffisante. Les recours doivent être admis pour ce seul motif.

(c. 4) Notion d'intérêt national de l'art. 12 LEne

(c. 4-4.2) Le projet aura de graves incidences sur l'objet IFP n° 1507 en raison de l'inondation qu'il provoque. Selon l'art. 6 al. 2 LPN, les atteintes graves à un objet inventorié ne sont

autorisées que si elles peuvent être justifiées par un intérêt d'importance nationale plus important que l'intérêt de la protection de l'objet. Selon la jurisprudence, l'évaluation de l'intérêt national s'opère en deux étapes : premièrement, la tâche en tant que telle doit servir un intérêt public d'importance nationale ; deuxièmement, le projet à évaluer doit contribuer suffisamment à la réalisation de cette tâche.

Selon l'art. 12 LEné, l'utilisation des énergies renouvelables et leur développement revêtent un intérêt national. Les centrales hydroélectriques présentent un intérêt national dès lors qu'elles atteignent une certaine taille et importance. Ces seuils sont précisés à l'art. 8 OEné. L'interprétation de cette disposition réglementaire est contestée au regard des exigences de l'art. 12 LEné.

(c. 4.3) La formulation de l'art. 8 al. 2 LEné indique que les valeurs exposées sont des valeurs cibles et non des valeurs d'augmentation de la production.

(c. 4.4-4.6) La Cour fédérale précise qu'il est nécessaire d'interpréter l'art. 8 al. 2 et 3 OEné en ce sens que non seulement la production totale après extension doit être supérieure aux valeurs seuils, mais aussi que l'extension entraîne une augmentation significative de la production ou du volume des capacités de stockage. Une telle interprétation découle de l'application de l'art. 12 al. 5 LEné.

(c. 4.7) Si le projet devait présenter un intérêt national au terme d'une analyse selon les seuils de l'art. 8 OEné, cet intérêt doit être considéré comme ayant la même priorité que d'autres intérêts nationaux conformément à l'art. 12 al. 3 LEné. Dans une telle situation, on peut alors notamment envisager une dérogation à la conservation de l'objet inscrit à l'IFP (art. 6 al. 2 LPN). Cela n'est toutefois envisageable qu'au terme d'une nouvelle balance des intérêts.

En substance, la question de savoir si l'intérêt (national) à la réalisation du projet l'emporte ou non sur l'intérêt (national) à la protection de la nature doit être examinée sur la base d'une pesée globale des intérêts – avec l'importance que mérite chaque intérêt. Dans ce contexte, les aspects quantitatifs et qualitatifs du projet

qui ne sont pas retenus à l'art. 8 OEné (pour déterminer l'intérêt national) peuvent être pris en compte en faveur du projet. En outre, tous les intérêts de protection doivent être pris en compte, même s'ils sont « seulement » d'importance cantonale ou locale.

(c. 5) Protection d'un potentiel biotope d'importance nationale au sens de l'art. 18a LPN

(c. 5.1-5.2) Les recourants ont produit une expertise tendant à démontrer que le front glaciaire touché par le projet remplit désormais tous les critères d'un biotope d'importance nationale. Cela étant, son inclusion dans l'inventaire des zones alluviales d'importance nationale doit être envisagée ; le site doit en outre être protégé à titre de précaution.

L'art. 29 al. 1 let. a OPN oblige les cantons à prendre immédiatement les mesures appropriées pour que l'état des biotopes estimés d'importance nationale sur la base des connaissances et de la documentation existantes ne se détériore pas avant que le Conseil fédéral ait désigné les biotopes d'importance nationale ou que les différents inventaires aient été réalisés. L'interdiction de détérioration prévue à l'art. 11a de l'ordonnance sur les zones alluviales (OZAIN) à propos des objets dont l'examen n'est pas terminé reste également applicable aux objets ne figurant pas à l'annexe 2 OZAIN, pour autant qu'ils soient d'importance nationale selon les connaissances et les documents disponibles.

(c. 5.3-5.5) Il reste à examiner si l'objet en cause est potentiellement une zone alluviale d'importance nationale.

En vertu de l'art. 12 al. 3 LEné, les nouvelles installations destinées à l'utilisation d'énergies renouvelables dans les biotopes d'importance nationale selon l'art. 18a LPN – notamment les zones alluviales d'importance nationale – sont exclues. Dans cette situation, le législateur a donné la priorité à la protection des biotopes par rapport à l'utilisation des énergies renouvelables. Cette disposition ne s'applique toutefois qu'aux nouvelles installations, de sorte que l'extension d'une installation

existante n'est pas exclue d'emblée dans une zone alluviale d'importance nationale (ou plus largement dans un biotope d'importance nationale au sens de l'art. 18a LPN). N'en reste pas moins que la grande importance du biotope en question exige que la protection de ce dernier soit prise en compte dans la pesée des intérêts. Il appartient à l'OFEV d'engager la procédure d'inventaire et de clarifier rapidement les points litigieux afin de fournir aux autorités cantonales les bases nécessaires à leur décision.

Note :

Compte tenu de l'expertise transmise par la recourante faisant état de la présence d'un biotope remplissant les conditions pour être qualifié d'importance nationale, il incombe à l'OFEV d'entreprendre les démarches nécessaires afin de préciser si le site en question peut être ou non qualifié d'importance nationale. Si tel est le cas, la protection provisoire offerte par l'art. 29 al. 1 let. a OPN contraint les cantons à interdire toute activité susceptible de détériorer l'objet – ceci jusqu'à sa désignation en tant que site d'importance nationale par le Conseil fédéral (autrement dit, jusqu'à son inscription dans l'inventaire correspondant, ici celui des zones alluviales).

Le Tribunal fédéral précise qu'il n'est pas nécessaire que le site considéré figure à l'annexe 2 OZAIN ; il suffit que les connaissances actuelles et les documents disponibles conduisent à admettre l'importance nationale. En l'espèce, l'expertise des recourants n'est pas une simple prétention de leur part, mais une expertise biologique soutenant l'importance nationale du front glaciaire. Elle rend suffisamment vraisemblablement l'existence d'un biotope d'importance nationale (en tant que document et source de connaissances actuelles) pour activer la protection de l'art. 29 al. 1 let. a OPN. Cette situation n'en reste pas moins transitoire, dans le sens où l'OFEV est invitée par la Cour fédérale à clarifier la situation et le statut du biotope. Dit autrement, le Tribunal fédéral semble admettre une protection (super-)provisoire du biotope sur la base de l'expertise des recourants, ceci jusqu'à l'établissement de connaissances plus précises et actuelles de l'OFEV qui permettront de confirmer ou d'infirmer l'importance nationale du biotope.

Pour la suite, deux situations peuvent être envisagées :

- Dans une première hypothèse, peu vraisemblable dans le cas d'espèce, que se passerait-il si l'OFEV devait ne pas se prononcer sur le statut du biotope ? À suivre le raisonnement du Tribunal fédéral, la protection de l'art. 29 al. 1 let. a OPN devrait être accordée au biotope sur la base des documents et des connaissances scientifiques présentées par les recourants. Le canton devrait ainsi prendre les mesures pour éviter toute détérioration ; il ne pourrait pas de son propre chef déterminer si le biotope en question revêt une importance nationale ou non, cette tâche relevant de la compétence de la Confédération selon l'art. 18a LPN.
- Dans une seconde hypothèse, quelle serait la situation si le biotope devait être qualifié d'importance nationale à la suite des investigations de l'OFEV ? L'art. 29 al. 1 let. a OPN exigerait du canton qu'il prenne les mesures pour que l'objet ne se détériore pas jusqu'à son inscription dans l'inventaire par le Conseil fédéral. Pour sa part, la LEné n'exclurait pas d'emblée la réalisation du projet dès lors qu'il s'agit de l'extension d'une installation existante. Sans épuiser la question, le Tribunal fédéral se limite à préciser qu'une pesée des intérêts devrait être entreprise, les autorités devant être conscientes de la valeur biologique du site (c. 5.5). Reste que l'art. 29 al. 1 let. a OPN exclut une pesée des intérêts en présence d'un projet susceptible de détériorer le biotope d'importance nationale ; par cette disposition, le législateur a lui-même procédé à une pesée des intérêts en faveur de la protection accrue du biotope durant la période transitoire qui précède l'inscription à l'inventaire. L'autorité cantonale devrait ainsi examiner dans quelle mesure le projet conduit à une détérioration ou non de l'objet – en excluant cette détérioration le cas échéant. On peut ajouter au surplus que la protection offerte par l'art. 29 al. 1 let. a OPN n'est pas contraire au régime de l'art. 6 LPN et à l'exigence de pesée des intérêts du second alinéa de cette disposition. En effet, l'art. 6 LPN n'est applicable qu'aux objets d'importance nationale inscrits dans un inventaire fédéral – ce qui n'est précisément pas le cas des objets visés à l'art. 29 OPN.

(c. 6) Délai de mise en œuvre d'une concession hydroélectrique

L'art. 54 let. h LFH prévoit que la concession fixe les délais pour le commencement des travaux et la mise en service. Le concessionnaire est tenu d'utiliser sa concession en temps voulu, faute de quoi le pouvoir adjudicateur peut déclarer le concessionnaire déchu de ses droits (art. 65 let. a LFH).

La pesée des intérêts doit être entreprise au moment de l'octroi de la concession. Sur le plan matériel, il faut toutefois tenir compte du moment où la centrale concédée doit être construite et mise en service. Plus le moment de la réalisation est éloigné, plus les prévisions nécessaires à l'évaluation deviennent difficiles et incertaines. À ce titre, un délai de réalisation très éloigné dans le temps rendrait très difficile l'évaluation de l'impact sur l'environnement du projet et l'effet de celui-ci sur les objectifs énergétiques du pays – les circonstances pourraient être très différentes de celles d'aujourd'hui, tant du point de vue de la protection de la nature et du paysage que dans la perspective de la stratégie énergétique 2050.

La date de réalisation prévue doit ainsi être prise en compte dans le PDc, la procédure de concession et celle d'autorisation.

(c. 7) Synthèse

Compte tenu de ce qui a été dit, la décision attaquée doit être annulée pour la simple raison que le PDc n'a pas été établi. Il ne s'agit pas d'une simple formalité. Le PDc est d'une importance capitale en tant qu'instrument de coordination des projets ayant des incidences importantes sur le territoire et l'environnement et en tant qu'instrument de planification pour l'extension de l'énergie hydraulique. Cela s'applique en particulier si – comme dans le cas présent – il existe des intérêts contradictoires d'utilisation et de protection d'importance nationale.

En outre, la pesée des intérêts effectuée par le Grand Conseil et le Tribunal cantonal souffre

également d'une lacune considérable, car l'importance nationale potentielle du front glaciaire n'a pas été prise en compte.

Enfin, la question se pose de savoir si une concession pour l'exploitation du lac du Grimsel peut être accordée à l'heure actuelle si la réalisation effective de son rehaussement est reportée indéfiniment.

PROTECTION DE LA NATURE ET DU PATRIMOINE

ATF 146 II 304

Espace réservé aux eaux (ERE)

Garantie de la situation acquise

Art. 41c al. 2 OEaux / art. 24c LAT

La Commission cantonale des constructions (CCC) du canton du Valais a ordonné l'arrêt des travaux relatifs au stockage, par A., de déchets de construction sur le territoire de la commune de Saas-Balen. Par la suite, elle a rendu une décision de rétablissement de la situation conforme au droit, impliquant la démolition d'un bâtiment et l'élimination des matériaux inertes et des matériaux d'excavation propres encore présents.

A. recourt successivement auprès du Conseil d'État, du Tribunal cantonal et du Tribunal fédéral (TF 1C_22/2019), sans succès. A. a déposé une demande de révision du jugement du Tribunal cantonal en invoquant l'existence d'un permis de construire, lequel n'a été découvert que postérieurement au prononcé du jugement. La Cour cantonale rejette la demande de révision ; l'intéressé interjette alors un recours au Tribunal fédéral (TF 1C_476/2019). Les deux affaires sont jointes.

Regeste

Protection de la situation acquise s'agissant de constructions sises dans l'espace réservé aux eaux, hors de la zone à bâtir et non conformes à l'affectation de la zone (art. 41c al. 2 OEaux ; art. 24c LAT). La garantie de la situation acquise prévue par l'art. 41c OEaux s'applique de manière autonome par rapport à l'art. 24c LAT (contrairement à ce que relève l'arrêt 1C_345/2014 du 17 juin 2015 c. 4). Elle s'inspire de la garantie constitutionnelle de la situation acquise et permet le maintien de constructions, la poursuite de leur utilisation et leur entretien ainsi que des modifications qui n'affectent pas les fonctions de l'espace réservé aux eaux. En revanche, elle ne permet pas l'agrandissement ou la reconstruction de bâtiments sis dans l'espace réservé aux eaux,

hors de la zone à bâtir et non conformes à l'affectation de la zone (c. 9).

Note :

Cette affaire a fait l'objet d'un résumé dans la Newsletter 11 du CEDEAT du 29.05.2020 – accompagné de plusieurs commentaires.

<https://www.unil.ch/droitpublic/home/menuinst/recherche/cedeat/newsletters.html>

https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_5498237B/DDE7.P001/REF

TF 1C_13/2020 du 13 octobre 2020

Espace réservé aux eaux (ERE)

Garantie de la situation acquise

Art. 41c al. 2 OEaux / art. 24c LAT

Protection contre le bruit

Cette affaire concerne la demande pour la construction d'un auvent sur une terrasse de restaurant existante, sur le territoire de la commune de Stansstad (NW). La construction est prévue en partie hors de la zone en bâtir et dans l'espace réservé aux eaux (ERE).

Le recours à l'encontre du projet est admis par le Tribunal fédéral, s'agissant de la protection contre le bruit.

(c. 4.3.4) Espace réservé aux eaux et garantie de la situation acquise

Le site d'implantation du projet (*Harrisenbucht*) est situé de manière périphérique, tant dans le cadre d'une approche couvrant l'ensemble du territoire communal que du point de vue de la vision locale. La propriété porteur du projet est essentiellement bordée par des terrains non bâtis et à des forêts. Il n'est ainsi pas densément bâti au sens de l'art. 41c OEaux.

L'art. 41 al. 2 OEaux prévoit que les installations situées dans l'ERE bénéficient en principe de la garantie de la situation acquise si elles ont été mises en place légalement et peuvent être utilisées conformément à leur destination. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la protection des ouvrages existants dans les cours d'eau en vertu de l'art. 41c al. 2 OEaux doit être comprise de manière plus étroite que

celle de l'art. 24c LAT ; elle ne couvre en principe que l'existence, l'utilisation continue et l'entretien des ouvrages.

Note :

Le Tribunal fédéral renvoie à l'ATF 146 II 304 résumé plus haut dans cette Newsletter (ainsi que de manière plus détaillée dans la Newsletter 11 du CEDEAT du 29.05.2020).

Dans cet arrêt de principe, le Tribunal fédéral a précisé que les modifications d'installations existantes qui n'affectent pas les fonctions de l'ERE sont admissibles, compte tenu de l'objectif de la norme et du principe de la proportionnalité. Tel est le cas de panneaux solaires sur un bâtiment existant. La situation à évaluer dans le cas d'espèce est semblable dès lors qu'il s'agit d'un auvent prévu pour une terrasse existante au bord du lac, qui a déjà été utilisée à des fins de restauration. Cette installation n'entrave pas davantage les fonctions du plan d'eau, car le bord du lac au niveau du restaurant est déjà fortement aménagé.

(c. 5) Protection contre le bruit

Le Tribunal fédéral relève que l'arrêt attaqué n'a pas établi pleinement les faits, s'agissant de l'application des art. 25 LPE et 7 OPB et de l'existence d'une installation approuvée au 1^{er} janvier 1985 (installation nouvelle). Pour ce motif, la cause doit être renvoyée à l'instance précédente afin qu'elle complète l'état de fait.

Le Conseil fédéral n'a fixé aucune valeur limite d'exposition pour le bruit quotidien ou le bruit des restaurants. Les immissions qu'ils provoquent doivent donc être évaluées par l'autorité d'exécution directement sur la base du droit, en application de l'art. 15 LPE, en lien avec l'art. 19 et l'art. 23 LPE (art. 40 al. 3 OPB). Dans le cadre de l'évaluation de chaque cas, il faut tenir compte de la nature du bruit, du moment et de la fréquence de son apparition, ainsi que de la sensibilité au bruit ou de l'exposition au bruit. Pour une considération objective, des lignes directrices privées fondées sur des critères techniques peuvent être prises en compte comme aide à la

décision. Tel est notamment le cas du guide d'exécution publié par l'Association des experts cantonaux en protection contre le bruit (Cercle Bruit) pour la détermination et l'évaluation des nuisances sonores liées à l'exploitation des lieux publics.

ÉNERGIE

TF 2C_109, 115/2020 du 7 octobre 2020

Contrôle des tarifs de l'électricité Bonne foi des gestionnaires de réseau

La Commission fédérale de l'électricité (ElCom) a examiné les tarifs de l'électricité de trois gestionnaires de réseau de distribution (GRD) dans le canton de Berne (années 2009 et 2010). Elle a constaté que les coûts étaient conformes à la législation.

Par la suite, les GRD concernés ont transmis à l'ElCom les tarifs pour l'année suivante ainsi que les coûts effectifs de l'année précédente. Après examen, la Commission a établi en 2017 que des tarifs appliqués aux consommateurs captifs étaient sensiblement plus élevés que la moyenne pondérée des coûts de production et d'achat internes. Ils pouvaient ainsi ne pas correspondre à la méthode du prix moyen. À ce stade, l'ElCom a toutefois décidé de ne pas ouvrir d'enquête à ce sujet, mais se réserve le droit de le faire.

En 2018, l'ElCom a demandé aux GRD de recalculer les tarifs à partir de 2013 en utilisant la méthode du prix moyen, conformément aux instructions de l'ElCom et à la règle des 95 francs*. Constatant des divergences entre les méthodes de calcul, l'ElCom a ouvert une procédure administrative concernant les tarifs de l'électricité pour les années 2013-2018. Les GRD ont demandé un classement sans suite de la procédure pour les années 2013 à 2015 compris. Ils prétendent que la Commission n'avait jamais émis de réserves (explicites) sur les tarifs durant ces années et qu'ils auraient donc pu s'attendre à ce que la situation soit réglée et les tarifs admis. L'ElCom a rejeté cette demande par décision du 7 février 2019.

Les trois GRD ont déposé un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF). Celui-ci a admis partiellement le recours en reconnaissant la protection de la bonne foi des recourants pour les années 2013 et 2014 ; l'ElCom aurait dû déjà intervenir dans le cadre du retour d'information annuel.

Le DETEC a déposé un recours au Tribunal fédéral (TF) à l'encontre du jugement du TAF en demandant l'annulation de l'arrêt s'agissant des années 2013 et 2014 – de sorte que la procédure de contrôle des tarifs par l'ElCom s'étende également à ces deux années (TF 2C_109/2020). Pour leur part, les GRD déposent également un recours auprès du Tribunal fédéral en requérant que le contrôle tarifaire ne s'étende pas non plus à 2015 (TF 2C_115/2020).

Le recours du DETEC est admis ; celui des GRD est rejeté.

***Note :**

La règle dite des 95 francs a été élaborée par l'ElCom dans les premières années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la LApEl afin de permettre de manière simple une évaluation des coûts de gestion (coûts administratifs et coûts de vente, ainsi que autres coûts) appropriés et du bénéfice des gestionnaires de réseau pour la fourniture d'énergie avec approvisionnement de base (consommateurs captifs).

Cette règle a été abandonnée à partir du 1^{er} janvier 2020 au profit de la règle des 75 francs, dès lors que l'ancienne conduisait à des tarifs de l'énergie inappropriés.

Directive 5/2018 de l'ElCom du 5 juillet 2018. Règle dite des 75 francs : nouvelles valeurs limites dans l'évaluation des coûts et bénéfices appropriés pour la fourniture d'énergie dans l'approvisionnement de base à partir du 1^{er} janvier 2020.

En substance, cette règle concerne la détermination des coûts de gestion (bénéfice inclus) des gestionnaires de réseau ; elle détermine également la portée de la surveillance de l'ElCom en la matière. À titre d'exemple, lorsque les coûts déclarés par le GRD par client final est inférieur ou égal à 75 francs, les coûts de gestion (bénéfice inclus) ne sont pas plus analysés ; s'ils excèdent 120 francs, la limite des coûts est ramenée à cette valeur.

(c. 3) Bonne foi (art. 9 Cst.), positionnement de la question

(c. 3-3.3) Les recourants font valoir que, selon les informations reçues par l'ElCom, ils devaient comprendre que celle-ci n'ouvrirait pas de procédure en révision des tarifs pour les années 2013 à 2015. Le DETEC, pour sa part,

considère que le retour d'information annuelle de l'EiCom n'est pas suffisant pour justifier la protection de la bonne foi des gestionnaires de réseau.

Selon le principe dit de l'année de base (art. 7 al. 7 OApEI), les tarifs pour une année donnée sont basés sur la comptabilité analytique du dernier exercice clos (année de base) précédant la période de calcul. En ce sens, les GRD présentent leur comptabilité analytique pour l'année tarifaire suivante (année t-1) avant la fin août de chaque année (année t-1) sur la base des valeurs réelles de l'année de base (année t-2). Par exemple, les tarifs de 2015, qui doivent être calculés en 2014, sont basés sur le calcul des coûts de l'année de base 2013.

Le secrétariat de l'EiCom procède en premier lieu à des tests automatisés des calculs de coûts et adresse un retour d'information aux GRD concernés. L'objet du litige est de savoir si les retours annuels après les tests automatisés peuvent donner lieu à la protection de la bonne foi des recourants ; ceux-ci étaient-ils en droit de supposer que l'EiCom n'engagerait pas par la suite une procédure de révision des tarifs pour les années tarifaires 2013-2015 ?

(c. 3.4-3.6) Le Tribunal fédéral expose les motifs développés par le TAF dans l'arrêt litigieux ainsi que les principaux arguments des parties.

(c. 4) Bonne foi (art. 9 Cst.), analyse

(c. 4-4.1) L'EiCom contrôle le respect de la LApEI, prend les décisions et édicte les directives nécessaires à l'application de cette loi et de ses dispositions d'exécution (art. 22 al. 1 LApEI). La fixation des tarifs n'incombe pas à l'EiCom, mais aux GRD. L'EiCom dispose toutefois d'une compétence de surveillance étendue dans le domaine de l'approvisionnement de base, en particulier en contrôlant d'office ou sur demande les tarifs de l'électricité (fourniture et utilisation du réseau). Le contrôle de l'EiCom est limité à l'examen de la légalité des tarifs.

La tâche de surveillance de l'EiCom est prévue dans la LApEI, de sorte que la Commission ne peut pas approuver à l'avance les tarifs des GRD, mais peut et doit (par la suite) les

examiner en détails et, dans ce cadre, en établir la légalité, ordonner des réductions ou interdire des augmentations.

(c. 4.2-4.3) Dans le cas d'espèce, l'EiCom n'a pas explicitement informé les GRD dans son retour d'information, à savoir si les tarifs avaient été approuvés ou si elle renoncerait à une future procédure de révision des tarifs. L'EiCom n'a pas non plus exprimé de réserves explicites ni donné d'indications sur une éventuelle future procédure de révision des tarifs.

Selon le Tribunal fédéral, il ne découle pas des circonstances que l'EiCom ait indiqué qu'elle ne mènera pas de future procédure de révision des tarifs pour les années tarifaires 2013-2015.

Au demeurant, les recourants devaient savoir que le retour d'information annuel n'était pas fondé sur un examen aussi approfondi que celui que permet la procédure de révision tarifaire. Ils avaient fait l'objet d'une telle procédure en 2009 et 2010. L'examen standardisé de la comptabilité analytique standardisée constitue simplement un contrôle de plausibilité. L'EiCom, disposant d'une compétence de contrôle étendue dans l'approvisionnement de base, ne saurait être limitée à un seul contrôle de plausibilité dans le cadre d'un examen préliminaire.

La formulation du retour d'information de l'EiCom peut sembler trompeuse. Toutefois, compte tenu des connaissances et de l'expertise des recourants, elle ne peut pas conduire à admettre une protection de la bonne foi. Les GRD devaient pouvoir se rendre compte que l'information reçue de l'EiCom était fondée sur une analyse sommaire et qu'elle ne permettait pas d'exclure une procédure de révision ultérieure.

**Tribunal cantonal du canton du Valais
Arrêt A1 20 18 du 5 novembre 2020
Acquisition de parcelles agricoles par des
personnes non exploitantes à titre personnel
Art. 64 al. 1 let. e LDFR
Protection du hibou petit-duc**

L'affaire a trait à un refus d'autorisation d'acquérir deux parcelles agricoles prononcé par le Service juridique des affaires économiques (SJAE) à l'encontre de la Station ornithologique suisse de Sempach (ci-après : la Station) en vertu de la loi fédérale sur le droit foncier rural (LDFR). Le Conseil d'État confirme la légalité du refus, dès lors que la Station n'est pas une exploitante agricole au sens de la LDFR et considérant qu'il n'existe pas de justes motifs permettant l'octroi d'une dérogation selon l'article 64 al. 1 LDFR.

La Station recourt contre ladite décision devant le Tribunal cantonal valaisan, en soutenant en particulier que l'acquisition de ces deux parcelles permet de protéger efficacement le hibou petit-duc et d'améliorer son habitat naturel, ce qui doit, à son avis, être considéré comme un juste motif au sens de la loi.

Le recours est admis par le Tribunal cantonal. Conformément à l'art. 88 al. 2 LDFR, l'arrêt est transmis au Département fédéral de Justice et Police qui est susceptible de recourir en vertu de l'art. 89 al. 2 let. a LTF.

(c. 3-3.2) La Cour rappelle les principes relatifs à l'acquisition d'immeubles dans le cadre de la LDFR (ainsi que les objectifs de cette loi, en particulier le maintien de la propriété foncière rurale). En l'occurrence, il est incontesté que la recourante n'est pas une exploitante à titre personnel (autrement dit, elle n'exploite pas elle-même les terres agricoles), ce qui constitue en principe un motif de refus d'acquisition au sens de l'article 63 al.1 let. a LDFR. Cela conduit ainsi la Cour à examiner la possibilité d'une exception au sens de l'article 64 al.1 LDFR.

(c. 3.3) Le Tribunal cantonal cite la liste non exhaustive de justes motifs permettant à un acquéreur qui n'est pas exploitant à titre

personnel d'obtenir une autorisation pour acquérir un immeuble agricole.

(c. 4.1-4.2) La question est celle de l'interprétation de l'article 64 al.1 let. e LDFR, notamment de ce qui constitue un « objet relevant de la protection de la nature » et s'il faut, comme le considère l'autorité précédente, que le site naturel concerné fasse l'objet d'une mesure de protection formelle.

(c. 4.3) À ce sujet, le Tribunal cantonal estime que « [...] cette disposition est en soi susceptible de s'appliquer même si les parcelles qui font l'objet de la demande d'autorisation ne sont pas juridiquement mises sous protection, du moment qu'y ont été mises en évidence des caractéristiques naturelles particulières et dignes de protection, ce qui est le cas en l'occurrence avec la présence d'une espèce d'oiseau nicheur rare et menacée ». La Cour relève également que le Service des forêts et du paysage (actuellement, Service des forêts, des cours d'eau et du paysage, SFCEP) a attesté la valeur et le potentiel exceptionnels des parcelles (et a recommandé leur acquisition par la recourante). Cela étant, compte tenu de la valeur écologique des parcelles, peu importe que l'habitat du hibou petit-duc ne soit pas limité aux surfaces des biens-fonds.

(c. 4.4) La Cour précise que « l'article 64 alinéa 1 lettre e LDFR n'exige pas que l'acquisition par le non-exploitant agricole soit le seul moyen de conserver l'objet relevant de la protection de la nature ». Il n'y a pas non plus de « rang préférable » pour un exploitant à titre personnel dès lors que la Station dispose d'un juste motif pour l'acquisition.

(c. 4.5) Lorsque l'un des justes motifs cités à l'article 64 al. 1 let. a à f LDFR est réalisé, l'autorité ne dispose alors plus de marge d'appréciation et doit délivrer l'autorisation. Le Tribunal cantonal rappelle également que « [...] le souhait du législateur consiste dans le fait que les règles de la LDFR ne doivent pas empêcher la protection de la nature, du patrimoine et du paysage (cf. références citées) ». En revanche, le SJAE peut assortir l'autorisation d'acquisition de charges afin de prendre en considération les intérêts liés à l'agriculture.

(c. 4.6) Au vu de ce qui précède, la Cour reconnaît l'existence d'un juste motif au sens de l'art. 64 al.1 let. e LDFR.

(c. 5.1) Le recours est admis et la décision attaquée est annulée. L'affaire est renvoyée au SJAE afin qu'il autorise l'acquisition des deux parcelles par la recourante.