

Infolettre 28 (31.10.2021)

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)

Unil

UNIL | Université de Lausanne

Faculté de droit,
des sciences criminelles
et d'administration publique

CEDEAT

Cette Infolettre présente les **principaux arrêts du Tribunal fédéral (TF)** publiés durant le mois d'octobre 2021.

Aménagement du territoire

- TF. Débats publics, inspection locale, autorisation de défrichement (SG)
- TF. Plan d'extraction de gravier, surfaces d'assolement (SDA) (GE)

Protection de la nature et du patrimoine

- TF. Protection du patrimoine bâti, inventaire ISOS (GR)
- TF. Délimitation de l'espace réservé aux eaux (SZ)

Droit de l'énergie

- TF. Énergie photovoltaïque, rétribution unique ou rétribution à l'injection, délai d'annonce.

Cette Infolettre expose en outre les **principales modifications législatives** (paquet d'ordonnances) mises en consultation en 2021 par le Conseil fédéral, dans le domaine du droit de l'énergie. Certaines d'entre elles entreront en vigueur au 1^{er} janvier 2022.

AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE

TF 1C_502/2020 du 23 sept. 2021

Construction hors de la zone à bâtir

Inspection locale

Absence d'autorisation de défrichement

L'affaire concerne un recours déposé suite à l'octroi d'une autorisation de construire hors zone à bâtir délivrée par la commune politique de Niederhelfenschwil (SG).

(c. 2) Pas de droit aux débats publics et oraux en l'occurrence

Le recourant demande une audience publique et se prévaut notamment d'une violation de l'article 6 CEDH. Le Tribunal fédéral rappelle la jurisprudence constante à cet égard et confirme en particulier que l'obligation de tenir des débats publics et oraux n'est pas absolue.

En l'espèce, la Cour suit le raisonnement tenu par l'instance précédente, soit qu'au vu des questions juridiquement pertinentes, connaître l'impression personnelle du recourant n'est pas nécessaire. En outre, on ne voit pas quels nouveaux éléments essentiels à la décision, qui ne ressortent pas déjà du dossier et du géoportail, pourraient être obtenus par l'interrogatoire oral des parties. Une audience publique ne contribuerait pas à clarifier la situation. Elle n'apparaît donc ni nécessaire ni opportune. Le grief est rejeté par la Cour.

(c. 3.1-3.3) Une inspection locale jugée non nécessaire

Le Tribunal fédéral refuse au recourant sa demande d'inspection locale dès lors que les questions juridiques pertinentes peuvent être suffisamment établies avec les moyens de preuve à disposition. L'instance inférieure a certes constaté que le plan de situation ne

correspondait pas aux exigences courantes concernant la représentation en couleur des installations à démolir et à construire. Elle a cependant considéré que la représentation (avec la description) de la construction et la description sommaire dans le formulaire de demande de permis de construire étaient suffisamment claires. Par conséquent, il n'est pas arbitraire que l'instance inférieure ait renoncé à une inspection locale, malgré une lacune dans le plan de situation. Il en va de même s'agissant des autres moyens, notamment les photos aériennes, suffisantes compte tenu des faits à établir.

(c. 4.1-4.5) Au sens de l'art. 24, let. a, LAT, une installation est liée à un site lorsque, pour des raisons techniques ou de gestion, elle doit être implantée en dehors de la zone à bâtir ou lorsque, pour des raisons déterminées, l'installation est exclue dans cette zone. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'est toutefois pas nécessaire qu'un site soit exclu de manière absolue en zone constructible. Il suffit que l'implémentation soit relativement imposée par sa destination, ce qui doit être admis lorsque des raisons importantes font apparaître un site en zone non constructible comme nettement plus avantageux.

En l'espèce, le Tribunal fédéral considère qu'il n'a aucune raison de s'écarter des explications convaincantes de l'instance précédente, qui concordent d'ailleurs avec les développements de l'OFEV. Leur conclusion, selon laquelle les installations de captage de sources sont liées à l'emplacement pour des raisons hydrauliques et de pente, semble admissible selon la Cour.

(c. 5-6) Le Tribunal fédéral rappelle dans ces considérants les dispositions applicables en matière de protection des forêts, et en particulier l'article 4 de l'ordonnance sur les forêts (OFo). En ce qui concerne les travaux de construction nécessaires à la réalisation de la nouvelle chambre de captage, la Cour relève que, selon la demande de permis de construire du 27 juin et du 27 juillet 2016, on s'attend tout de même à un défrichement d'environ 500 m³ de bois et à une excavation de 300 m³. Cela étant, la question se pose de savoir si les activités et installations liées aux travaux de

construction et de fouille nécessitent une autorisation de défrichement (y compris une éventuelle compensation du défrichement, cf. art. 7 LFo). Les autorités cantonales ne se sont pas prononcées à ce sujet.

Il n'appartient toutefois pas au Tribunal fédéral d'examiner cette question en l'espèce en première et unique instance. Selon l'art. 107 al. 2 LTF, le Tribunal fédéral peut, en cas de renvoi, décider librement s'il veut transmettre l'affaire à l'instance précédente ou à la première autorité ayant statué. Compte tenu de la situation initiale, il se justifie de renvoyer le litige au conseil communal de Niederhelfenschwil, compétent en la matière, afin qu'il examine si une autorisation de défrichement (y compris une éventuelle compensation de celui-ci) est nécessaire pour les travaux de construction et si une telle autorisation peut être accordée. Ensuite, le conseil communal devra se prononcer sur la base de cette décision et – en tenant compte des considérations du Tribunal fédéral – sur l'octroi d'un permis de construire pour la rénovation complète de l'installation de captage.

(c. 8) D'un point de vue global, le recours s'avère fondé dans la mesure où les autorités cantonales n'ont pas traité la question d'une éventuelle autorisation de défrichement nécessaire en relation avec les travaux de construction. Le recours est ainsi admis et la décision litigieuse annulée.

TF 1C_243/2020 du 8 sept. 2021

Plan d'extraction de gravier

Préservation des surfaces d'assèchement (SDA)

L'arrêt a pour objet un plan d'extraction de gravier sur la Commune de Cartigny (GE), adopté par le Grand Conseil le 12 mai 2017. Le 13 mars 2019, le Conseil d'État a rejeté l'opposition de la commune. La Cour de justice rejette le recours de la commune le 10 mars 2020. À l'occasion du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, interjeté par la commune, l'office fédéral du développement territorial, sans prendre de conclusions formelles, souligne que les terres concernées par le projet sont presque toutes des surfaces

d'assolement (SDA) ; l'arrêt attaqué est muet sur ce point. Le recours est admis et la cause renvoyée à l'instance inférieure.

(c. 4) Lorsque, dans l'accomplissement et la coordination de tâches ayant des effets sur la l'organisation du territoire, les autorités disposent d'un pouvoir d'appréciation, elles sont tenues de peser les intérêts en présence. C'est en particulier le cas lors de l'établissement des plans directeurs et des plans d'affectation et lors de l'octroi d'autorisations ayant des effets sur l'organisation du territoire.

(c. 5.1) Les surfaces d'assolement sont des parties du territoire qui se prêtent à l'agriculture et qui doivent être préservées en vertu de l'art. 3 al. 2 LAT.

(c. 5.2) Selon la jurisprudence, la protection des terres agricoles et la préservation des surfaces d'assolement revêtent une grande importance, mais cela n'exclut pas que des surfaces d'assolement puissent être utilisées à des fins autres qu'agricoles. Il convient d'effectuer une pesée des intérêts complète en tenant notamment compte du fait que la part cantonale de surface d'assolement doit être garantie de façon durable. Il y a lieu d'évaluer dans quelle mesure le terrain concerné pourrait à nouveau être cultivé, et, lorsque la surface minimale cantonale n'est pas atteinte ou ne l'est que peu, une compensation doit être opérée.

(c. 5.4) En l'espèce, les terres concernées par le projet sont pour l'essentiel des surfaces d'assolement.

(c. 5.4.1) Bien que le précédent arrêt n'ait pas traité de la question des surfaces d'assolement, le dossier de la cause renferme une série d'éléments liés à la remise en état des sols. Notamment, les sols devront présenter une épaisseur minimale non foisonnée de 70 cm, et une pente de l'ordre de 1 % est prévue après exploitation, ce qui est compatible avec les critères de qualité SDA. Toutefois, cette dernière exigence a été définie non en lien avec la réintégration dans les SDA, mais pour assurer l'écoulement des eaux. Le dossier comporte également un tableau de synthèse des conditions de remise en état, mais celui-ci

ne fournit que peu d'informations concrètes sur les mesures exigées. En particulier, il n'est pas possible de déterminer si la remise en état aboutira réellement à une situation répondant à nouveau aux critères de qualité des SDA ni le délai dans lequel un tel retour pourra être réalisé, spécialement en cas de pénurie grave.

(c. 5.4.2) Les différents éléments versés au dossier ne permettent pas non plus de conclure qu'une réelle et complète pesée des intérêts aurait été opérée dans le cadre de l'adoption du plan litigieux ni a fortiori d'en examiner la conformité au droit fédéral. Bien qu'il ressorte du dossier que le périmètre concerné figure au plan directeur cantonal des gravières, on ne discerne pas quel intérêt justifierait concrètement l'utilisation des SDA concernées à d'autres fins qu'agricoles. En particulier, les rapports établis à ce sujet par les autorités politiques cantonales ne mettent pas en évidence un intérêt prépondérant lié notamment au besoin en gravier ; celui-ci n'est en effet évoqué que de façon laconique. La nécessité d'exploiter la gravière en cause apparaît d'autant moins évidente que des « gravières d'importance vont s'ouvrir dans la région de Bernex ».

Il ressort des documents que l'exploitation de la gravière en question vise à garantir « le maintien d'un nombre d'acteurs suffisant dans la branche du gravier et ainsi d'assurer un marché équilibré ». On peut douter que le maintien de la concurrence constitue un intérêt supérieur à la préservation des meilleures terres agricoles. Cela étant, au regard des particularités de la cause – la question des SDA n'ayant été réellement soulevée qu'au stade du recours fédéral – et du large pouvoir d'appréciation dont bénéficient les autorités locales de planification, on ne saurait exclure tout intérêt justifiant une atteinte – provisoire – aux surfaces d'assolement. À ce stade, le dossier ne renferme cependant pas les éléments nécessaires à cet examen.

Le recours doit être admis et la cause renvoyée à l'autorité précédente – libre à celle-ci de retourner le dossier aux autorités de planification – pour compléter le dossier

cantonal et procéder à une pesée complète des intérêts.

PROTECTION DE LA NATURE ET DU PATRIMOINE

TF 1C_90/2021 du 15 sept. 2021

Protection du patrimoine bâti

Inventaire ISOS, pesée des intérêts

L'arrêt a pour objet la construction d'un immeuble commercial et d'habitation sur une parcelle située dans le secteur de Hofgraben faisant partie du secteur protégé de la vieille ville dans le plan général d'affectation de la ville de Coire. Ce secteur n'est en revanche pas attribué à la vieille ville dans l'inscription (provisoire) de la ville de Coire à l'ISOS ; il est décrit comme un petit quartier artisanal d'objectif de protection B. À ce sujet, le Service cantonal des monuments historiques a précisé que l'objectif de conservation se réfère aux constructions immédiatement environnantes et que la construction prévue s'adapte volontairement à la vieille ville et s'intègre très bien dans la structure en termes d'emplacement, de position, de structure, de taille et de forme. Sur la base de cet avis, l'instance précédente a donné la priorité au critère de l'intégration de la construction dans la structure architecturale de la vieille ville et maintenu l'autorisation de construire malgré son impact sur le petit quartier commercial dans le secteur du Hofgraben. Le recours est rejeté.

(c. 3.2) Les recourants soutiennent que le projet de construction litigieux porte atteinte de manière illégale au caractère historique, à l'unité architecturale et au site de la ville de Coire. Dans ce contexte, ils se plaignent principalement du fait que la procédure concernant le projet de construction n'a pas fait l'objet d'une expertise technique suffisante en ce qui concerne la protection du site et la conservation des monuments. Selon les recourants, le fait que leur demande d'une expertise à ce sujet par la Commission fédérale pour la protection de la nature et du paysage (CNFP) et la commission fédérale des mesures historiques (CFMH) ait été refusée viole leur droit d'être entendu et est constitutif d'arbitraire.

(c. 3.3) L'autorité inférieure a refusé la demande d'expertise à titre d'appréciation anticipée des preuves.

(c. 3.4) Lorsqu'un tribunal renonce à l'administration de moyens de preuve demandés parce qu'il a fondé sa conviction sur la base des preuves déjà administrées et qu'il peut admettre sans arbitraire, par une appréciation anticipée des preuves, que sa conviction ne serait pas modifiée par l'administration de preuves supplémentaires, il n'y a pas de violation du droit d'être entendu.

(c. 3.4.2) En l'occurrence, l'instance précédente s'est reposée sur l'avis du service des monuments historiques des Grisons qui s'est exprimé sur les aspects du projet litigieux pertinents du point de vue de la protection des sites et de la conservation des monuments. Dans ce cadre, le service s'est notamment penché sur l'importance que revêt l'inscription à l'ISOS du secteur Hofgraben. Les explications du service en question sont claires, et il n'apparaît pas que des aspects essentiels aient été négligés. L'instance précédente a donc pu conclure sans arbitraire qu'elle était en possession de suffisamment d'informations pour trancher le litige.

(c. 3.4.3) Le fait que l'instance inférieure ne soit pas une autorité spécialisée dans le domaine de la protection des sites et des monuments historiques n'y change rien.

(c. 4.1) Les recourants soutiennent que le projet de construction litigieux devrait être conforme, non seulement aux dispositions régissant la zone à bâtir dans laquelle se situe la parcelle, mais aussi aux dispositions s'appliquant à la zone voisine (dans laquelle se trouvent leurs immeubles), en raison de la taille du projet et de sa proximité avec cette zone. Ils invoquent à l'appui de cette position, l'ATF 145 I 156.

(c. 4.3) L'ATF 145 I 156 concerne les constructions se situant à la limite entre zone à bâtir et zone agricole. Il prévoit que lorsque les constructions en zone à bâtir, par leur proximité avec la zone agricole, sont susceptibles de porter atteinte à celle-ci, elles doivent être éloignées de la limite entre les zones de manière à ne plus avoir d'impact notable sur la zone agricole. Cette limitation repose sur

l'art. 16a LAT. Le cas d'espèce concernant la limite entre deux zones à bâtir, il ne ressort pas du droit fédéral qu'il faille tenir compte de la proximité de la construction avec la seconde zone et tenir compte des dispositions y relatives.

(c. 5) Les recourants se plaignent du risque de bruit. En l'occurrence, comme seuls 11 appartements sont prévus et qu'il existe plusieurs accès, on ne voit pas pourquoi l'utilisation résidentielle de ce bâtiment entraînerait des immissions de bruit. Il n'apparaît pas non plus que la nouvelle construction génère du bruit inutile qui, selon le principe de précaution, devrait en tout cas être évité par des mesures appropriées. La nouvelle construction prévue est un immeuble d'habitation et de bureaux conforme à l'affectation de la zone, laquelle n'est pas particulièrement bruyant.

TF 1C 453/2020, 1C 693/2020 du 21 sept. 2021

Délimitation de l'espace réservé aux eaux

Droit transitoire

Plan d'affectation et autorisation de construire

Le district de Schwyz est propriétaire d'une parcelle (36 314 m²) sur laquelle se trouvent un camping ainsi qu'une place de chargement de gravier. La parcelle fait partie de l'inventaire fédéral des paysages, sites et monuments naturels (IFP).

Le district de Schwyz souhaite rénover ce camping. Le 1^{er} décembre 2015, il dépose une première demande de permis de construire visant à démolir les bâtiments existants et réaliser un nouveau bâtiment d'exploitation (dont un bistrot, des toilettes publiques et un logement) et un bâtiment annexe (dont un local pour la lessive et un garage). Les routes, les emplacements, les installations techniques et le dispositif de sécurité doivent aussi être rénovés. À la suite de l'admission d'un recours, le district de Schwyz modifie le projet. Patrimoine suisse, WWF Suisse, Birdlife Suisse et Pro Natura Suisse, ainsi que leurs sections cantonales respectives, font opposition au projet modifié. Le conseil municipal accorde le permis. Les opposants recourent sans succès

contre cette décision après du Tribunal administratif. Un recours est déposé au Tribunal fédéral (1C_453/2020).

Parallèlement, la définition de l'espace réservé aux eaux sur la rive droite (ouest) de la Muota fait l'objet de modifications dans le plan d'affectation de la commune d'Ingenbohl. Un espace de 15 m réservé aux eaux est prévu sur la rive droite de la Muota ; dans le secteur du camping, cet espace peut atteindre 20 m. Diverses associations de protection du paysage et de la nature font conjointement opposition à ce projet. Ces oppositions sont rejetées par le conseil municipal. Les associations déposent un recours auprès du Conseil d'État, qui le rejette le 23 octobre 2018. Le 24 avril 2019, le Tribunal administratif rejette le recours des associations. Après l'acceptation en votation populaire et l'approbation par la Conseil d'État de la révision du plan d'affectation, trois associations recourent auprès du Tribunal fédéral (1C_693/2020).

(c. 2) jonction des procédures

Les procédures 1C_453/2020 et 1C_693/2020 sont liées. Dans la procédure 1C_693/2020, la procédure de révision de l'espace réservé aux eaux est contestée. Dans la procédure 1C_453/2020, les recourants font valoir que le projet de rénovation du camping ne respecte pas l'espace réservé aux eaux. Il se justifie donc de joindre les procédures.

(c. 3 et 4) Application de l'article 41a al. 1 OLEaux

L'article 36a al. 1 LEaux oblige les cantons à fixer l'espace nécessaire aux eaux superficielles (espace réservé). L'article 41a OLEaux concrétise cette obligation. Le litige porte d'abord sur la disposition applicable en l'espèce (art. 41a al. 1 OLEaux ou art. 41a al. 2 OLEaux).

L'article 41a al. 1 s'applique notamment aux sites paysagers d'importance nationale et aux sites paysagers cantonaux dont les buts de protection sont liés aux eaux. Le tronçon litigieux de la Muota se trouve dans la zone IFP n° 1606 (paysage d'importance nationale). Le Tribunal administratif est parti du principe qu'il

manquait pour la zone litigieuse des objectifs de protection spécifiques aux cours d'eau pour appliquer l'article 41a al. 1 OLEaux.

En l'espèce, les chiffres 3.2, 3.7, et 3.8 de la fiche concernée se réfèrent aux cours d'eau et à leurs habitats. D'autres objectifs de protection (par exemple 3.6 et 3.10) s'appliquent au moins aussi aux cours d'eau et à leurs rives. Ces objectifs de protection sont applicables à la zone litigieuse. L'art. 41a al. 1 OLEaux est donc applicable.

(c.5) Définition de l'espace réservé aux eaux conformément à l'article 41a al. 1 OLEaux

La largeur de l'espace réservé aux cours d'eau dont le lit est supérieur à 5 m doit mesurer au moins la largeur du fond du lit plus 30 m (art. 41a al. 1 let. a OLEaux). La détermination de l'espace réservé au cours d'eau se base sur la largeur naturelle du fond du lit. Un cours d'eau proche de l'état naturel se caractérise par une grande variabilité de la largeur du lit mouillé, tandis que la largeur des cours d'eau aménagés varie peu ou pas du tout. Pour déterminer la largeur naturelle du fond du lit d'un cours d'eau lorsque cette variabilité est limitée, voire inexistante, il importe donc d'appliquer un facteur de correction. Ce facteur équivaut à 1,5 dans le cas d'une variabilité limitée et à 2 dans le cas d'une variabilité inexistante. L'espace réservé à un cours d'eau sur la base de sa largeur naturelle ne pourra donc être déterminé qu'après multiplication de sa largeur effective par ces facteurs de correction.

En application de l'article 41a al. 1 OLEaux, le Tribunal fédéral juge que l'espace réservé aux eaux devrait être d'au moins 75 m (alors que pour les autorités précédentes, il devrait être de 60 m). De plus, le Tribunal fédéral évoque qu'un facteur de 2 devrait s'appliquer au cas d'espèce, de sorte que l'espace réservé devrait être de 110 m au total.

Pour cette seule raison, le recours doit être admis et l'affaire renvoyée à la commune d'Ingenbohl.

(c. 6 et 7) Situation particulière et application de l'article 41a al. 3 OEaux

Pour des raisons d'économie de procédure, le Tribunal fédéral examine s'il faut, en l'espèce, également tenir compte de la situation particulière du cas d'espèce et appliquer l'article 41a al. 3 OEaux, comme invoqué par les recourants.

Les facteurs de correction permettent de déduire de manière simple et standardisée la largeur naturelle du lit des cours d'eau aménagés. Toutefois, ces facteurs ne peuvent pas être appliqués tels quels à des situations particulières, comme dans le cas de l'embouchure de la Muota. Il semble en principe indiqué de tenir compte de la situation de l'embouchure et de la possibilité de formation d'un delta lors de la détermination de la largeur naturelle du lit.

Il en va de même de l'article 41a al. 3 OEaux, qui prévoit que la largeur de l'espace réservé aux cours d'eau, calculée selon les al. 1 et 2 de l'article 41a OEaux, doit être augmentée, si nécessaire, afin d'assurer l'espace requis pour une revitalisation, la protection des objets visés à l'article 41a al. 1 OEaux, ou la préservation d'autres intérêts prépondérants de la protection de la nature et du paysage.

Le Tribunal fédéral souligne à ce propos que la Muota est, avec la Reuss, le seul grand cours d'eau qui se jette dans le lac des Quatre-Cantons ; il est urgent d'agir pour préserver la truite lacustre de la Muota, menacée d'extinction. Dans la zone litigieuse, il y a en principe de la place pour rétablir un delta proche de l'état naturel. Les utilisations existantes (camping et port de chargement de gravier) ne constituent pas des obstacles insurmontables, mais peuvent être déplacées ou supprimées, même si elles bénéficient de la protection des droits acquis ; l'article 68 al. 1 et 2 LEaux prévoit différents instruments à cet effet. Par ailleurs, le terrain appartient déjà au district de Schwyz, qui est compétent pour les cours d'eau et leur revitalisation. En ce sens, les conditions pour une revitalisation semblent particulièrement favorables. La définition de l'espace réservé aux cours d'eau a pour but de

garantir l'espace nécessaire à la revitalisation. Si l'espace réservé aux eaux, calculé selon l'article 41a al. 1 OEaux sur la base de la largeur naturelle du lit de la Muota dans la zone d'embouchure, ne devait pas suffire, il faudrait augmenter sa largeur selon l'article 41a al. 3 let. b, OEaux.

Au vu de ce qui précède, les décisions attaquées doivent être annulées dans la procédure 1C_693/2020. L'affaire doit être renvoyée au conseil communal d'Ingenbohl afin qu'il redéfinisse l'espace réservé aux eaux de la Muota contesté dans le sens des considérants.

(c. 8) Rénovation du camping

Dans la procédure 1C_453/2002, les recourants contestent le permis de construire des nouveaux bâtiments d'exploitation du camping.

En principe, les dispositions de l'OEaux s'appliquent jusqu'à ce que les espaces réservés aux cours d'eau soient définitivement fixés. Selon celles-ci, pour les cours d'eau dont le lit existant a une largeur supérieure à 12 m, une bande de 20 m de large doit être maintenue libre de part et d'autre du chenal existant. On peut toutefois se demander si cette règle s'applique également après l'expiration du délai de fixation de l'espace réservé aux eaux le 31 décembre 2018 (selon l'alinéa 1 de la let. c des dispositions transitoires du 4 mai 2011 de l'OEaux), lorsque l'espace définitif réservé aux eaux pourrait être plus large que celui prévu par le droit transitoire. La question peut rester ouverte ici, car il faut déjà analyser si le projet de construction viole le droit transitoire.

La conduite d'eaux météoriques prévue pour l'évacuation des eaux des nouveaux bâtiments d'exploitation se trouve dans l'espace réservé aux eaux en vertu du droit transitoire. Il s'agit d'une nouvelle conduite et non d'un remplacement. Elle fait partie intégrante du permis de construire et donc de l'objet du litige. Selon l'article 41c al.1 OEaux, une autorisation exceptionnelle ne peut être accordée que si aucun intérêt prépondérant ne

s'y oppose. Les autorités doivent procéder à une pesée complète des intérêts. Il faut notamment s'assurer que l'octroi de l'autorisation exceptionnelle ne complique pas la future planification de l'espace réservé aux eaux.

La conduite d'eaux météoriques sert à l'évacuation des eaux des nouveaux bâtiments d'exploitation et annexes. Ceux-ci doivent être construits à 48 m de la rive existante et se situent donc dans le futur espace réservé aux eaux de la Muota (cf. consid. 5 et 6). Les nouvelles constructions limitent donc considérablement les possibilités de revitalisation. Les investissements nécessaires à cet effet rendent également difficile un futur déplacement ou une suppression du camping. Cela vaut en particulier si la rénovation du camping est financée par une personne privée (droit de superficie). Il faut également tenir compte de la responsabilité particulière du district de Schwyz pour la Muota. Selon l'article 36a al. 3 LEaux, les cantons veillent à ce que les plans directeurs et les plans d'affectation prennent en compte l'espace réservé aux eaux et à ce que celui-ci soit aménagé et exploité de manière extensive. Si la définition de l'espace réservé aux cours d'eau avait été effectuée dans les délais (avant fin 2018), le projet aurait dû être adapté en conséquence. Il serait choquant qu'en déposant une demande de permis de construire alors que la procédure de plan d'affectation est en cours, le district puisse contourner la définition de l'espace réservé aux eaux. Le recours doit être admis sur ce point et le permis de construire annulé. Jusqu'à ce que l'espace réservé aux eaux soit fixé de manière définitive, le conseil communal doit veiller à ce que la planification de l'espace réservé aux eaux soit respectée lorsqu'il autorise des projets de construction.

DROIT DE L'ÉNERGIE

TF 2C_254/2021 du 27 sept. 2021

Installation photovoltaïque

Rétribution unique ou rétribution à l'injection

Délai d'annonce

L'affaire concerne le recours d'un exploitant, A., qui se prévaut en particulier d'une mauvaise application des dispositions de la nouvelle loi sur l'énergie et de sa bonne foi. Pronovo AG a en effet accordé à A., par décision du 15 avril 2019, une rétribution unique d'un montant définitif pour son installation photovoltaïque. Elle a considéré en substance que A. n'avait pas exercé son droit d'option en faveur de la rétribution du courant injecté dans le délai fixé au 30 juin 2018, raison pour laquelle son annonce valait demande de rétribution unique.

(c. 3) Sous réserve de dispositions transitoires particulières, sont en principe applicables dans le temps les règles de droit en vigueur au moment de l'accomplissement de l'état de fait à régler juridiquement ou conduisant à des conséquences juridiques.

(c. 3.1-3.3) Le Tribunal fédéral développe le système de la nouvelle législation en matière d'énergie, et rappelle en particulier la teneur de l'article 19 LEne.

Selon cette disposition, peuvent participer au système de rétribution du courant injecté les exploitants de nouvelles installations qui conviennent pour le site concerné et qui produisent de l'électricité à partir d'énergies renouvelables, notamment à partir de l'énergie solaire (let. b). Selon le nouveau droit, seules les installations mises en service après le 1^{er} janvier 2013 sont censées en principe participer au système de rétribution de l'injection. Les exploitants autorisés en vertu de l'article 19 Lene, auxquels une décision de mise sur liste d'attente a été délivrée jusqu'au 31 juillet 2013, peuvent cependant participer au système de rétribution à l'injection (SRI), même si leur installation a été mise en service avant le 1^{er} janvier 2013 (cf. art. 72 al. 4 Lene). Avec l'article 104 Oene, le Conseil fédéral précise les dispositions transitoires relatives aux installations photovoltaïques. Pour les grandes

installations de ce type qui ont déjà été annoncées pour la rétribution à prix coûtant du courant injecté selon l'ancien droit, le droit d'option prévu à l'article 8 Oene doit être exercé jusqu'au 30 juin 2018. Si le droit d'option n'est pas exercé dans ce délai, l'annonce est considérée comme une demande de rétribution unique.

(c. 4) Le recourant conteste le fait que l'intimée ne lui ait versé qu'une rétribution unique au lieu de l'intégrer dans le système de rétribution à l'injection. Outre la critique de l'article 104 de l'ordonnance sur l'énergie, il fait ensuite valoir qu'en raison de sa décision du 26 juin 2013, Swissgrid SA a créé chez lui l'attente d'être intégré à l'avenir dans le système de la rétribution (à prix coûtant) du courant injecté.

(c. 6.1-6.5) La Cour précise que le délai de l'article 104 al. 3 Oene est un aspect de la procédure de demande en lien avec le système de rétribution du courant injecté. S'il appartient au Conseil fédéral de fixer la date à laquelle le droit d'option doit être exercé (définitivement) pour les installations nouvellement annoncées, il est également de sa compétence de fixer la date jusqu'à laquelle les installations annoncées jusqu'à présent doivent exercer le droit d'option. D'un point de vue systématique, le délai de l'article 104 al. 3 Oene (30 juin 2018) est une application par analogie de l'article 8 al. 2 phrase 1 Oene pour les nouvelles annonces concernant des installations déjà en service.

Le délai de l'article 104 al. 3 Oene n'est pas contestable en tant que tel du point de vue du principe de légalité. L'article 72 al. 4 Lene, dont se prévaut le recourant, suppose que l'exploitant soit autorisé à participer au système de rétribution du courant injecté conformément à l'article 19 Lene. Une telle autorisation fait défaut lorsque l'exploitant est exclu du système de rétribution de l'injection en vertu de l'article 19 al. 4 let. b Lene et de l'article 19 al. 6 Lene en relation avec l'article 8 Oene. Or, le recourant n'a pas exercé son droit d'option jusqu'au 30 juin 2018, raison pour laquelle sa demande est considérée comme une demande de rétribution unique sur la base de l'article 104 al. 3 Oene. Le recourant n'est

donc pas un ayant droit au sens de l'article 19 Lene, de sorte que l'art. 72 al. 4 Lene ne s'applique pas.

(c. 7.1-7.4) Le Tribunal fédéral examine la question de la protection de la bonne foi dont se prévaut le recourant en l'espèce. Le Tribunal fédéral rappelle les principes en matière de protection de la confiance légitime, particulièrement dans le cas d'un renseignement donné par une autorité.

Vu la teneur de la décision du 26 juin 2013, le Tribunal fédéral dénie un tel droit au recourant, à défaut de garantie donnée pour l'avenir quant à son admission dans le système de rétribution du courant injecté. Par ailleurs, les obligations découlant de l'article 104 al. 3 Oene sont juridiquement valables même en l'absence d'un courrier de l'intimée informant le recourant sur ce point.

(c. 9) Le recours est rejeté.

MODIFICATIONS RÉGLEMENTAIRES DANS LE DOMAINE DE L'ÉNERGIE

Paquet d'ordonnances consacrées à l'énergie, avec entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022

Le Conseil fédéral a approuvé les modifications apportées à différentes ordonnances dans le domaine de l'énergie. Leur entrée en vigueur est fixée au 1^{er} janvier 2022. Sont concernées les ordonnances fédérales suivantes : OEnE, OEEE, OEnER, OFDG, OGOM, OMBT, OSPEX¹.

Il n'est pas question de passer en revue l'ensemble des modifications réglementaires prévues. Deux d'entre elles méritent toutefois une attention particulière.

Art. 7a et 8 al. 2 OEnE

La révision de l'OEnE concerne au premier chef les obligations en matière de planification directrice et d'intérêt national s'agissant des installations hydroélectriques. Elle intervient en particulier après l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire du rehaussement du barrage du Grimsel (TF 1C_356/2019 du 4 novembre 2020, résumé dans l'Infolettre n° 17 de novembre 2020)².

La Cour avait constaté que l'inscription au plan directeur du projet en tant que coordination en cours n'était pas suffisante pour l'admettre. D'autre part, l'article 8 al. 2 LEnE devait être interprété de sorte que les valeurs limites indiquées concernaient la situation à l'issue des aménagements.

- Le nouvel article **7a al. 1 nOEnE** prend place dans une nouvelle section 1a de l'ordonnance située entre le guichet unique (section 1) et l'intérêt national (section 2). Il porte sur les projets d'utilisation des forces hydrauliques et la planification directrice cantonale. En substance, l'autorisation relative à une installation hydroélectrique n'est pas

subordonnée à un ancrage dans le plan directeur cantonal en tant que les articles 10 LPN et 8b LAT prévoient la désignation dans le plan directeur cantonal des tronçons de cours d'eau qui se prêtent à l'exploitation de l'énergie hydraulique. De la sorte, une installation hydroélectrique pourra être aménagée quand bien même elle n'est pas inscrite au plan directeur cantonal ou quand bien même le tronçon de cours d'eau exploité ne figure pas dans le plan directeur cantonal – pour autant que les autres exigences légales sont remplies. Le but est de clarifier le constat que les articles 10 LEnE et 8b LAT n'influent pas sur la réserve d'ancrage au plan directeur de l'article 8 al. 2 LAT. Dit autrement, l'obligation d'assurer la planification directrice des secteurs qui se prêtent à l'exploitation de la force hydraulique n'a pas d'effet sur l'obligation de planification directrice des installations hydroélectriques elles-mêmes ; celle-ci est régie selon les critères spécifiques de l'article 8 al. 2 LAT : avoir « des incidences importantes sur le territoire et l'environnement ». La portée de l'article 8 al. 2 LAT n'est ainsi pas étendue par l'article 10 LEnE.

- Le nouvel article **7a al. 2 nOEnE** ne fait que préciser la portée des articles 10 LEnE et 8b LAT en prévoyant que, dans l'hypothèse où une installation hydroélectrique n'a pas d'incidences « importantes » sur le territoire et l'environnement, elle n'a pas à être prévue dans le plan directeur cantonal – même si elle est d'importance nationale. Il s'agit d'insister sur le fait que le critère qui emporte l'inscription au plan directeur cantonal n'est que l'intensité des « incidences » sur le territoire et l'environnement. On note toutefois que les cantons restent toutefois libres d'inscrire au plan

¹<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-86027.html>

²Voir également THIERRY LARGEY, Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_356/2019 du 4 novembre 2020 (Barrage du Grimsel), DEP 3/2021, p. 207.

directeur cantonal les installations qui n'ont pas d'incidences importantes ; la loi fédérale ne l'exclut en effet pas, ni la nouvelle OEn.

- Avec le nouvel **article 8 al. 2^{bis} nOEn**, l'ordonnance opère une distinction entre trois catégories d'installations hydroélectriques, s'agissant de l'intérêt national : les nouvelles installations (al. 1), les installations existantes (al. 2) et les installations existantes soumises à rénovation ou agrandissement (al. 2^{bis}). Les deux dernières catégories sont soumises aux mêmes valeurs limites, puisqu'il est maintenant clair que ces valeurs concernent l'installation rénovée ou agrandie dans son ensemble et pas seulement l'agrandissement – comme l'avait déjà admis le Tribunal fédéral dans l'arrêt du Grimsel (consid. 4 ; voir *DEP*, p. 218).
- Dans l'arrêt du Grimsel (consid. 4 ; voir *DEP*, p. 218), le Tribunal fédéral avait considéré, en appliquant l'article 6 al. 2 LPN, que lorsqu'un agrandissement conduit à une grave dégradation d'un objet inventorié, il doit exister un intérêt non seulement au maintien de l'installation, mais également à son agrandissement. L'**article 8 al. 2^{ter} nOEn** vient préciser ce qu'il faut entendre par intérêt national, dans cette situation.
- Le stockage de l'énergie est un enjeu majeur de la stratégie énergétique 2050. À cet égard, le nouvel **article 8 al. 2^{quater} nOEn** établit qu'une augmentation du réservoir d'une centrale à accumulation correspondant à au moins 10 GWh de retenue supplémentaire est d'intérêt national.

Art. 4 al. 4^{bis} à 5 OFDG

La révision de l'ordonnance sur le fonds de désaffectation et sur le fonds de gestion (OFDG) a notamment pour objectif de

transposer les conclusions de l'arrêt du Tribunal fédéral du 6 février 2020 2C_440/2019. Dans cet arrêt, la Haute Cour précise que la compétence accordée au DETEC à l'article 29a al. 2 let. c OFDG de fixer le montant prévisible des coûts de désaffectation et de gestion des déchets pour chaque installation nucléaire est contraire à la loi. La modification de l'ordonnance supprime ainsi les compétences illicites du DETEC. Dorénavant, la Commission pour le fonds de désaffectation et le fonds de gestion des déchets (Stenfo) doit demander au DETEC de se prononcer sur les études de coûts et sur le rapport de contrôle établi par le comité en charge des coûts avant qu'elle ne fixe le montant prévisible des coûts de désaffectation et de gestion des déchets.

Paquet d'ordonnances consacrées à l'énergie et mises en consultation jusqu'au 25 janvier 2022

Un second paquet de modifications d'ordonnances fédérales dans le domaine de l'énergie a été mis en consultation par le DETEC le 11 octobre 2021. Le délai de consultation court jusqu'au 25 janvier 2022. Les modifications envisagées concernent l'OEEE, l'OIBT, ainsi que l'OAT³. Seule l'adaptation de cette dernière fait l'objet d'une note dans la présente Infolettre.

L'article 18a al. 1 LAT prévoit un régime dérogatoire spécial pour les installations solaires installées en toiture. Celles-ci ne sont pas soumises à autorisation de construire au sens de l'article 22 al. 1 LAT⁴, en zone agricole et à bâtir, dès lors qu'elles sont « suffisamment intégrées » au toit. Cette notion juridique indéterminée est concrétisée à l'article 32a al. 1 OAT. Le projet de modification réglementaire envisage d'introduire un **nouvel article 32a al. 1^{bis} pOAT** destiné à préciser ce qu'il faut entendre par « suffisamment adaptés », dans une zone d'activités économiques. En substance, l'installation ne doit pas dépasser le toit de plus d'un mètre et ne doit pas être

³<https://www.fedlex.admin.ch/fr/consultation-procedures/ongoing#DETEC>

⁴Une obligation d'annonce à l'autorité est toutefois exigée.

visible d'en bas avec un angle de vue de 45 degrés.

Le DETEC propose en outre l'introduction d'un nouvel **article 32c pOAT** qui énonce les circonstances dans lesquelles une installation solaire peut être considérée comme imposée par sa destination hors de la zone à bâtir au sens de l'article 24 let. a LAT. La nouvelle disposition réglementaire admet que cela peut être notamment (« en particulier ») le cas dans trois situations :

- lorsque l'installation s'intègre esthétiquement à des surfaces dont l'existence légale est vraisemblable à long terme (let. a).
- dans le cas des panneaux solaires flottants sur les lacs de barrages (let. b) – à l'exemple de l'installation sur le lac des Toules aux abords de l'entrée valaisanne du tunnel du Grand St-Bernard.
- lorsque l'installation est intégrée dans une structure apportant un avantage à l'exploitation agricole ou utile à des objectifs de recherche et d'expérimentation correspondants – pour autant qu'elle se situe à proximité de la zone à bâtir.

Ne sont visées que les installations solaires qui sont « raccordées au réseau électrique ». Il convient de relever au demeurant que, selon la formulation du projet d'article 32c pOAT, ces trois situations ne forment qu'une présomption de caractère imposé par la destination de l'installation (« peuvent être imposées par leur destination »). Ainsi, il appartient à l'autorité de démontrer de manière vraisemblable que tel n'est pas le cas lorsqu'elle envisage de refuser une autorisation de bâtir.

Le nouvel **article 42 al. 5 pOAT** exclut les installations solaires bénéficiant de l'article 18a al. 1 LAT des modifications à prendre en compte dans l'application de l'article 24c al. 4 LAT.