

Droit de l'aménagement du territoire

Droit de l'énergie

Droit de la protection de la nature et du patrimoine

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 d'octobre 2020.

Aménagement du territoire

- Plan d'affectation et protection de biotopes (domaine d'Isenau) (AL)
- Construction de serres en zone agricole, notion de développement interne (AL)
- Port Christoffel à Meilen (ZH) (FF)

Protection de la nature et du patrimoine :

- Répartition des coûts des fouilles archéologiques (TL)
- Protection du patrimoine bâti, pouvoir d'examen du juge (TL)
- Protection des eaux souterraines (TL)
- Protection du patrimoine bâti, qualité pour agir d'une association (FF)

Energie :

- Rétribution à l'injection : droit applicable / formalisme excessif / droit dans le temps (TL)

AMENAGEMENT DU TERRITOIRE

TF 1C_274/2019 du 28 sept. 2020

Plan partiel d'affectation

Protection des biotopes

Domaine d'Isenau

La commune d'Ormont-Dessus (VD) a adopté un nouveau plan partiel d'affectation (PPA) relatif au domaine d'Isenau. Il a reçu l'approbation du Département du territoire et de l'environnement (DTE) le 20 décembre 2017. A. A. et B. A., propriétaires de deux parcelles (n° 3012 et n° 3014) sur le territoire communal, recourent contre l'approbation du plan auprès de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois, puis devant le Tribunal fédéral. Le recours est admis.

(c. 1.1-1.6) Dans l'analyse de la recevabilité, se pose notamment la question de la qualité pour agir des recourants, dans le sens de l'article 89

LTF (c. 1.3). Elle leur est reconnue dans une mesure limitée (c. 1.6). En particulier, s'agissant de la protection du bas-marais, le Tribunal fédéral n'admet un intérêt pratique que pour la remise en cause de la délimitation des portions de marais comprises au sein même de leurs parcelles (et non pour la contestation de l'ensemble du périmètre des bas-marais tel que défini par le PPA).

(c. 5 à 5.3) Le Tribunal fédéral se penche plus en détail sur les exigences en matière d'équipement et de coordination en lien avec la protection des biotopes. Il rappelle à ce sujet (c. 5.1) que « Lorsqu'un plan d'affectation est à ce point précis qu'il permet d'appréhender les problèmes de trafic, il est conforme au principe de la coordination (art. 25a LAT) que la question de l'équipement soit résolue au stade de l'adoption du plan d'affectation et non au stade ultérieur de l'autorisation de construire (cf. références citées) ».

(c. 5.4) La Cour confirme, en l'espèce, la nécessité d'examiner la question de l'équipement, au vu de la précision du plan et du règlement. Elle précise « que le périmètre du PPA se situe hors de la zone à bâtir et renferme des milieux naturels bénéficiant d'une protection stricte ».

(c. 5.4.2-5.4.4) Le Tribunal fédéral relève un manque d'analyse s'agissant de l'accès aux différentes zones d'activités et d'infrastructures prévues par le PPA (en particulier par rapport à l'équipement nécessaire pour garantir un tel accès). Il mentionne, entre autres, des incertitudes quant au projet d'une nouvelle télécabine retenu par l'autorité précédente, tant concernant l'aboutissement dudit projet que de la capacité de celui-ci à garantir un accès suffisant aux parcelles concernées (c. 5.4.2). La problématique est particulièrement importante dès lors que le plan a une incidence sur du terrain non constructible (et qui englobe des marais d'importance nationale, c. 5.4.3). La Cour considère également à ce sujet que le rapport 47 OAT ne montre pas qu'un examen suffisant a été réalisé s'agissant des questions en lien avec le droit de l'environnement, malgré le risque de conflit entre les exigences en matière d'équipement et la protection dont jouissent les bas-marais d'importance nationale présents dans le périmètre du PPA (c. 5.4.4, cf. références citées). Tout cela induit notamment « un risque de multiplications de routes hors zone à bâtir » et l'analyse de ces questions (qui suppose une pesée des intérêts) est ainsi insuffisante en l'occurrence.

(c. 5.5) Au vu de ce qui précède, le Tribunal fédéral admet le premier grief des recourants, en renvoyant la question des accès aux zones concernées par le PPA à l'autorité communale, pour un examen plus approfondi.

(c. 6 à 6.3) La Cour donne dans ces considérants à nouveau raison aux recourants, dans le sens où les restrictions à la circulation « en amont de la route des Moilles (Retaud-Isenau) », fondées sur la loi sur la circulation routière (LCR), sont jugées insuffisantes, au vu notamment de l'article 5 al. 2 de l'ordonnance sur les bas-marais (OBM). En effet, il faut que

l'autorité communale prenne des mesures de protection des bas-marais dans le cadre de la planification ; elles bénéficieront ainsi du principe de la stabilité des plans (c. 6.3, avec les références citées). Le Tribunal fédéral rappelle également que l'adoption d'un plan présuppose une pesée des intérêts, et que de simples restrictions basées sur la LCR ne prévoient pas une consultation de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV) sur ces questions, contrairement à ce qu'impose l'ordonnance sur la protection de la nature et du paysage (OPN) à l'article 17 (c. 6.3).

(c. 6.4) Cela étant, la cause doit être renvoyée pour ce motif à l'autorité communale afin que celle-ci prenne des mesures supplémentaires sur ce point.

(c. 7.1-7.7) Le Tribunal fédéral les règles relatives à la protection des bas-marais d'importance nationale. Ces derniers sont inventoriés au niveau fédéral et les cantons ne disposent que d'une faible marge de manœuvre, prévue à l'article 3 al. 1 de l'OBM. En l'occurrence, la Cour relève notamment que « la comparaison entre le plan au 1:25'000 annexé à l'objet fédéral n° 1618 « Les Moilles » et les surfaces finalement définies par le PPA laissent apparaître des divergences notables ». Cela étant et vu l'absence de justification de ces écarts dans le rapport 47 OAT (par exemple pour des motifs d'ordre biologique), la cause est sur ce point également renvoyée à la commune pour une adaptation du plan litigieux dans le sens du droit fédéral ou une justification des contradictions de celui-ci avec l'inventaire susmentionné (c. 7.7). Une consultation de l'OFEV sera à cet égard nécessaire compte tenu de l'article 17 OPN. Le Tribunal fédéral précise cependant à nouveau que son « pouvoir de cognition » ne vaut que pour les portions de bas-marais d'importance nationale comprises dans les parcelles des recourants (cf. également *supra* la question de la recevabilité et le c. 7.6).

(c. 8) Le recours est admis par le Tribunal fédéral. La cause est renvoyée à la commune pour de nouvelles décisions dans le sens des considérants et à la Cour cantonale pour une

décision sur les frais et dépens relatifs à la procédure cantonale.

TF 1C_631/2019 du 2 octobre 2020

Permis de construire

Construction de serres

Développement interne (art. 37 al. 1 OAT)

L'affaire concerne deux exploitants agricoles qui ont conclu un bail à ferme pour l'exploitation d'une surface de 5000 m² à Vuillierens. Cette convention prévoit que B. sera autorisé à construire une serre de plus de 4000 m² sur la parcelle n° 159 (colloquée en terrain agricole) dont A. est le propriétaire. Il est à noter que ce dernier dispose déjà d'une serre sur ledit terrain.

Suite à cet accord, ils ont déposé une demande de permis de construire auprès de la commune de Vuillierens, afin notamment de réaliser (conformément à leur convention) une serre chapelle multi-tunnels d'une surface totale de 4665 m².

Le 30 juillet 2018, le Service du développement territorial (SDT) refuse d'accorder l'autorisation spéciale nécessaire. Il considère que la surface des serres existant sur le bien-fonds, ajoutée à la surface de celles projetées, porte la surface totale à 9092 m². Ceci dépasse le cadre de ce qui peut être admis au titre de développement interne au sens des art. 16a LAT et 34 al. 1 et 37 de l'OAT.

A. et B. recourent contre la décision devant le Tribunal cantonal vaudois (CDAP), puis devant le Tribunal fédéral. Ce dernier rejette leur recours en confirmant le jugement du 31 octobre 2019 rendu par l'instance précédente.

(c. 2 et 2.1) La question est celle de l'interprétation par la Cour cantonale de l'article 37 al.1 OAT, dont la teneur est la suivante : « L'édification de constructions et installations destinées à la culture maraîchère et à l'horticulture selon un mode de production indépendant du sol est réputée développement interne (art. 16a, al. 2, LAT) si la surface de production indépendante du sol

n'excède pas 35 % de la surface maraîchère ou horticole cultivée et n'est pas supérieure à 5000 m² ».

(c. 2.2-2.4.1) Le Tribunal fédéral rappelle les principes relatifs à l'interprétation et relève que le texte de la norme donne lieu à une incertitude, celle « de savoir s'il y a lieu d'inclure dans le calcul de la limite de 5000 m², la surface des serres déjà existantes sur le terrain destiné à accueillir la construction litigieuse » (c.2.4.1).

(c. 2.4.2-2.4.5) Le Tribunal fédéral procède dans ces considérants à une interprétation historique et systématique de la disposition, en la mettant en relation avec la LAT (en particulier les articles 16, 16a et 22 de la loi) que l'OAT concrétise. Il rappelle également la pesée des intérêts exigée dans le cadre de l'article 34 al. 4 let. b OAT (c. 2.4.5), celle-ci devant se faire « à l'aune des buts et principes de l'aménagement du territoire énoncés aux art. 1 et 3 LAT. Elle doit prendre en compte tous les intérêts publics ou privés concernés conformément à l'article 3 al.1 OAT, ceux poursuivis par la LAT elle-même ainsi que par les lois spéciales.

(c. 2.5) S'agissant de l'article 37 OAT, le Tribunal fédéral considère, contrairement à l'avis des recourants, que même en présence de deux exploitations agricoles distinctes, il faut « procéder à une appréciation globale du projet litigieux en tenant compte des autres constructions déjà implantées sur le terrain concerné ». Il explique que dans le cas contraire l'on aboutirait à « une multiplication des constructions en lien avec des développements internes sans coordination, d'une ampleur incompatible avec la volonté du législateur ». Ainsi, tant du point de vue de l'aménagement du territoire que de la protection du paysage, il y a lieu de considérer les deux serres présentes sur la parcelle dans leur ensemble pour apprécier la limite de 5000 m² prévue par l'article 37 OAT. La Cour précise également que si l'on résonnait à la manière des recourants, cela reviendrait à contourner les règles de protection des zones de non-bâti (c. 2.5).

(c. 2.7-3) Au vu des éléments qui précèdent, le Tribunal fédéral confirme le jugement de la CDAP et rejette le recours.

TF 1C_346, 358/2019 du 9 juillet 2020

Construction du port Christoffel

Protection des eaux

Le recours a pour objet la décision du Tribunal cantonal zurichois concluant à l'annulation de l'octroi d'une concession, d'une autorisation de construire et de diverses autorisations exceptionnelles en vue de la réalisation d'un port pour bateaux à Meilen (Port Christoffel) initialement délivrées par l'Office des déchets, des eaux, de l'énergie et de l'air du canton de Zurich (AWEL).

Les recourants sont la Commune de Meilen et la « coopérative portuaire Christoffel » (en tant que sous-concessionnaire).

(c. 2.2) La question de la qualité pour agir du sous-concessionnaire est laissée ouverte car le recours de la commune est recevable et les deux plaingnants soulèvent les mêmes griefs.

(c. 3.) Le Tribunal cantonal a refusé l'octroi de la concession et des autorisations exceptionnelles au motif que le projet d'élargissement du port était contraire au plan directeur cantonal. Ce dernier n'autorise l'augmentation du nombre de places d'amarrage que dans des cas exceptionnels (point 4.8.3 let. a du plan directeur) ; le projet entraînerait une augmentation de 43 places (62 nouvelles places dans le port et retrait de 19 bouées à l'extérieur de celui-ci) et, selon le Tribunal cantonal, une dérogation au plan directeur cantonal selon l'art. 16 § 2 (faible importance de la dérogation) de la loi zurichoise sur l'aménagement du territoire n'était pas objectivement justifiée car il ne s'agissait pas non plus d'une dérogation de moindre importance.

(c. 3.2) Les recourants contestent uniquement l'interprétation du plan directeur cantonal, par conséquent le contrôle du Tribunal fédéral est limité à l'arbitraire.

(c. 4.) Les recourants reprochent au Tribunal cantonal une interprétation arbitraire du point 4.8.3 let. a du plan directeur cantonal. Selon le point 4.8.3, il n'est pas possible – sauf circonstances exceptionnelles – de prévoir plus de places d'amarrage que celles faisant déjà partie du « stock actuel ». Selon les recourants, le « stock actuel » renvoie non seulement aux places qui existent déjà, mais aussi à celles qui étaient déjà prévues dans les plans directeurs régionaux. En effet, la limitation du nombre de places d'amarrage au « stock actuel » a été décidée pour la première fois lors de la révision du plan directeur cantonal, et celle-ci s'est faite dans le cadre d'un accord intercantonal (des cantons de Zurich, Saint-Gall et Schwytz) du 15 mai 1998, selon lequel aucune nouvelle place d'amarrage ne pouvait être prévue si elle n'existait pas en 1998 ou n'était pas déjà prévue par les plans directeurs régionaux. Or, le port Christoffel avait déjà été inscrit au plan directeur régional en 1998.

(c. 4.2) Selon les défendeurs, le plan directeur régional ne contenait aucune information quant aux nombre de places autorisées dans les « installations prévues », et il n'est par conséquent pas possible de se reposer sur les installations prévues pour déterminer l'étendue du « stock actuel ». L'inscription du port Christoffel dans le plan directeur régional signifie simplement qu'un nouveau port peut y être construit s'il respecte le plan directeur cantonal, c'est-à-dire s'il n'entraîne pas une intensification de l'utilisation.

(c. 4.4.1) Selon le Tribunal fédéral, il est au mieux possible de considérer comme « installations prévues » déterminantes pour établir le « stock actuel » les installations qui avaient déjà été légalement autorisées. Cette interprétation restrictive est justifiée selon le point 4.8.1 du plan directeur cantonal qui exprime clairement que le but est d'éviter l'intensification de l'utilisation du lac afin de protéger les masses d'eau.

(c. 4.4.3) Le Tribunal fédéral rappelle que selon l'art. 16 § 1 de la loi zurichoise sur l'aménagement du territoire, le plan directeur régional doit être conforme au plan directeur

cantonal et non, à l'inverse, être utilisé pour en déterminer le contenu. Il n'est donc pas arbitraire d'avoir considéré que les places d'amarrage prévues dans le port Christoffel ne faisaient pas partie du « stock actuel ».

(c. 5) Examen de l'existence d'une exception au sens du point 4.8.3. let. a du plan directeur cantonal.

(c. 5.1) Le but d'une dérogation et d'éviter des effets manifestement non désirés de l'application de la norme au cas d'espèce. Le texte du plan directeur cantonal vise avant tout la reconversion de zones industrielles lacustres ; d'autres cas exceptionnels seraient envisageables, mais le cas d'espèce ne semble pas en faire partie.

(c. 5.2) Les recourants soutiennent que l'interprétation du Tribunal cantonal est trop restrictive sur ce point en raison, d'une part, des efforts déployés depuis de nombreuses années pour construire ce port et, d'autre part, de l'amélioration prévue de la rive, non seulement dans la zone Christoffel, mais aussi dans la zone de Seehalden en amont (surcompensation).

(c. 5.3) les défendeurs soutiennent que l'autorisation exceptionnelle devrait être refusée car le plan cantonal n'interdit pas en soi la construction du port, mais la rend seulement dépendante du retrait, ailleurs, d'un nombre de bouées égal au nombre de places d'amarrages créées dans le port.

(c. 5.4) Selon le Tribunal fédéral : Bien que le point 4.8.3 let. a du plan directeur cantonal n'énumère pas de manière exhaustive les exceptions possibles, une interprétation restrictive de cette disposition n'est pas arbitraire au regard de l'objectif du plan directeur cantonal (éviter l'intensification de l'utilisation des eaux). Il n'est pas non plus arbitraire d'avoir considéré que l'amélioration des zones proposée par les recourants ne soit pas considérée comme une compensation valable à la création de nouvelles places d'amarrages, car cela risquerait de permettre la création de places d'amarrages

supplémentaires à d'autres endroits sur le lac de Zurich sur la base de la même justification. En troisième lieu, il n'est pas arbitraire de ne pas tenir compte de la longue histoire de planification du port Christoffel comme circonstance particulière ; le fait que des projets antérieurs aient échoué n'est pas un motif justifiant l'octroi d'une dérogation exceptionnelle.

(c. 6-6.3) Examen de la possibilité d'une dérogation sur la base de l'art. 16 § 2 de la loi zurichoise sur l'aménagement du territoire (importance mineure de la dérogation). Selon les recourants, la création de 43 places d'amarrage doit être considérée comme étant de faible importance au regard des 8600 places d'amarrage existant déjà sur le lac de Zurich. Les défendeurs soutiennent que l'art. 16 § 2 n'est pas applicable à cette situation car elle est déjà réglée par le point 4.8.3 let. a du plan directeur cantonal. Selon le Tribunal fédéral, il n'est pas arbitraire que le Tribunal cantonal ait interprété l'art. 16 § 2 de la loi susmentionnée sur la base du point 4.8.3 let. a du plan directeur cantonal et souligne, pour le surplus, qu'il n'est pas arbitraire de considérer que la création de 43 nouvelles places d'amarrage comme n'étant pas d'importance mineure.

(c. 7) Le recours est rejeté.

PROTECTION DE LA NATURE ET DU PATRIMOINE

TF 1C_632/2019 du 18 sept. 2020

Fouilles archéologiques

Répartition des coûts

En 2013, une demande d'autorisation de construire a été déposée à Avenches (VD) pour la construction de trois immeubles d'habitation, deux bâtiments de service et un garage souterrain hors des secteurs archéologiques répertoriés par le canton.

L'autorité cantonale délivre l'autorisation spéciale au sens de l'art. 67 LPNMS-VD assortie de la condition d'entreprendre des sondages préalables à charge du propriétaire ; ceux-ci doivent être entrepris avant les travaux d'excavation proprement dits. La Municipalité délivre quant à elle l'autorisation de construire ainsi que le permis de fouilles.

Les sondages préalables ont montré la nécessité de mener des fouilles de sauvetage sur pratiquement toute la parcelle, ceci avant la construction. L'autorité cantonale impute en outre les frais de ces fouilles au propriétaire. Une nouvelle décision du canton impose à celui-ci de prendre en charge 50 % des frais de fouilles, la part du canton étant également fixée à 50 %, mais plafonnée à 542'800 fr.

Le propriétaire introduit un recours à l'encontre de cette décision auprès du Tribunal cantonal vaudois (CDAP). Ce dernier admet partiellement le recours s'agissant des surcoûts, dans le sens où le montant de la part cantonale ne saurait être plafonné. Pour le reste, la part de 50 % à charge du propriétaire est confirmée.

Le Tribunal fédéral admet le recours en matière de droit public du propriétaire. L'intégralité des frais de fouilles de sauvegarde sont mis à la charge du canton.

(c. 2.1) Principe de la légalité et consentement de l'administré

Le principe de la légalité est une maxime fondamentale de l'État de droit. La pratique reconnaît, dans certaines circonstances, que le consentement de l'administré à la relation juridique peut pallier l'absence d'une base légale. Tel est notamment le cas en matière de relation contractuelle ou lorsqu'il est question de l'utilisation d'installations d'infrastructures publiques.

Le consentement de l'administré ne peut en principe assouplir l'exigence de la sécurité du droit et se substituer à la loi que si au moment de ce consentement, son objet est déterminé à l'avance ou du moins suffisamment prévisible de bonne foi compte tenu de l'ensemble des circonstances. L'administré doit avoir conscience qu'il s'engage sans y être obligé par la loi et que l'autorité ne pourrait l'y contraindre par une action souveraine unilatérale. Les particuliers sont en outre liés par le principe de la bonne foi dans leurs rapports avec les autorités (art. 5 al. 3 Cst.).

(c. 2.2) Violation du principe de la légalité

Dans le cas d'espèce, la Cour cantonale a constaté qu'il n'existait pas de base légale, en droit vaudois, permettant de mettre à la charge du propriétaire les frais de fouilles hors des secteurs archéologiques.

La Cour cantonale a considéré néanmoins que la recourante avait « en quelque sorte accepté de se soumettre aux conditions fixées par le SIPAL quant à une éventuelle participation financière à des frais de fouilles de sauvetage ». Cela ressortait du fait qu'il ne s'agissait pas de trouvailles fortuites au sens de l'art. 39 RLPNMS-VD. Se pose alors la question de savoir si l'autorité cantonale pouvait prendre une décision en défaveur de la recourante sans base légale, en se fondant sur le seul rapport de confiance établi avec celle-ci.

Autrement dit, peut-on admettre un consentement tacite que la recourante aurait accordé en ne recourant pas à l'encontre de la

décision d'autorisation de construire et de l'autorisation spéciale lui imposant de réaliser des fouilles préalables? Selon la Cour cantonale, en ce cas, une interprétation desdits permis conforme au principe de la bonne foi devait conduire à ce que la recourante prenne à sa charge une partie des frais de fouilles de sauvetage.

Le Tribunal fédéral considère que le fait que la constructrice se soit abstenue de recourir contre ces décisions ne saurait équivaloir à un consentement de sa part de participer au frais de fouilles. Ces décisions, muettes non seulement sur la prise en charge des frais d'opérations ultérieures, mais également sur les opérations ultérieures elles-mêmes, ne peuvent fonder la base d'un accord clair qui permettrait de se passer de base légale pour mettre à la charge de la constructrice des frais de fouilles imposés par la suite seulement.

Note :

Dans cette affaire, il convient de distinguer les sondages préalables des fouilles de sauvetage. Les premiers interviennent avant l'excavation nécessaire à la réalisation des bâtiments prévus ; ils consistent à examiner si des vestiges archéologiques sont enfouis dans le sous-sol de la parcelle en cause. Dans le cas d'espèce, la recourante ne conteste pas la prise en charge de ces mesures. Les secondes interviennent en cas de découverte de vestiges suite aux sondages préalables. Dans le cas d'espèce, la recourante conteste devoir prendre en charge les frais liés aux fouilles de sauvegarde.

Le Tribunal fédéral donne raison à la recourante. Il constate l'absence de base légale s'agissant de l'imputation des frais de mesures archéologiques hors des secteurs archéologiques (l'art. 38 RLPNMS-VD n'est pas applicable et l'art. 39 RLPNMS-VD ne dit rien à propos de la répartition des coûts). Il établit que la recourante n'avait pas consenti à prendre en charge les frais des fouilles de sauvetage, dès lors que les décisions cantonales ne le prévoyaient pas et ne précisaient pas les mesures à prendre. Au demeurant, on ne saurait reprocher à la recourante de ne pas avoir recouru à l'encontre de décisions qui lui étaient favorables (notamment l'autorisation de construire), alors que les conséquences juridiques et pratiques d'une découverte lors des sondages préalables n'étaient clairement pas précisées dans lesdites décisions.

On apprend de l'arrêt de la Cour cantonale que les sondages préalables ont été ordonnés afin « d'éviter toute découverte fortuite de vestiges ». La mesure est ainsi prononcée hors d'un secteur archéologique, de sorte que le régime de l'art. 39 RLPNMS (qui ne prévoit aucune répartition des frais) ne puisse pas s'appliquer ; en misant sur une éventuelle lacune proprement dite de la loi (découverte non fortuite hors du secteur archéologique), il serait alors possible d'introduire en équité une répartition des frais de fouilles que le législateur n'a pas envisagée. Le raisonnement du Tribunal fédéral permet de déduire que la RLPNMS-VD ne contient pas de lacune proprement dite en la matière.

Il est à ce titre douteux qu'il existe une base légale en droit vaudois justifiant l'obligation de sondages préalables n'importe où sur le territoire cantonal, hors des secteurs où les vestiges souterrains ont la plus grande probabilité de se situer – voire à proximité ou en limite de régions archéologiques. La mise en œuvre des seuls principes figurant aux articles 3 LPN, 46 LPNMS-VD et 3 al. 2 let. d LAT n'est pas suffisante.

Le Tribunal fédéral précise au passage, et entre parenthèses, que la base légale cantonale permettant d'exiger du propriétaire de prendre des mesures archéologiques et d'en assumer les coûts n'est pas suffisante. Elle figure dans un texte réglementaire et non dans une loi au sens formel (c. 2.2).

On notera que le canton de Vaud est en train de réviser sa législation sur la protection du patrimoine bâti, révision qui devrait permettre de clarifier la prise en charges des frais de fouilles archéologiques (<https://www.vd.ch/toutes-les-actualites/communiqués-de-presse/detail/communiqué/une-nouvelle-loi-pour-mieux-protéger-le-patrimoine-culturel-immobilier-1591858610/>).

Nous aurons prochainement l'occasion de publier un article consacré précisément à l'imputation des mesures archéologiques dans le cadre d'un ouvrage. L'intitulé de la contribution sera « Protection du patrimoine et imputation des risques archéologiques ».

TF 1C_128, 134/2019 du 25 août 2020

Protection du patrimoine

Pouvoir d'examen du juge

Autonomie des communes (50 Cst.)

Arrêt destiné à la publication

En 2016, la commune de Zurich décidait de retirer de l'inventaire communal du patrimoine bâti certaines constructions qui figuraient dans la deuxième phase de construction d'un lotissement dans le quartier de Friesenberg. Elle retire également les jardins du lotissement en question. En revanche, plusieurs autres secteurs faisant partie du projet de construction étaient mis sous protection.

La décision communale a fait l'objet d'un recours de Patrimoine suisse Zurich auprès du Tribunal administratif zurichois. Le recours a été admis. L'arrêt de la Cour cantonale a fait l'objet d'un recours de la part de la commune de Zurich et de la coopérative A. – A. étant le porteur du projet de construction du lotissement.

(c. 2) Le Tribunal fédéral a invité l'Office fédéral de la culture (OFC) à se déterminer ; celui-ci conclut au rejet du recours. La commune conteste la compétence de l'Office dans cette affaire, dès lors que la décision est fondée sur le droit cantonal et communal et non sur le droit fédéral.

L'OFC est l'autorité fédérale compétente en matière de conservation des monuments, des sites et de l'archéologie (art. 23 al. 1 let. b OPN). À ce titre, elle est en mesure de fournir une expertise officielle, en particulier s'agissant de la valeur du site de Friesenberg. L'intervention de cet office se justifie dans les cas où le classement d'un bâtiment est en cause ; l'incidence de cette affaire peut intéresser l'ensemble des cantons.

Le Tribunal fédéral est ainsi habilité à faire participer l'OFC ou tout autre office fédéral en tant que « partie » à la procédure en vertu de l'art. 102 al. 1 LTF.

(c. 5) Liberté d'appréciation de la commune en matière de protection du patrimoine bâti

(c. 5.1) La protection des monuments historiques au sens de l'art. 78 al. 1 Cst. s'étend également aux objets récents et aux bâtiments caractéristiques de leur époque d'origine. Lorsqu'est examinée la question de savoir si un objet mérite protection, il convient de procéder à une évaluation globale objective, fondée sur des critères scientifiques, qui tient compte du contexte culturel, historique, artistique et de développement urbain d'un bâtiment. Un bâtiment doit être conservé en tant que témoin et expression d'une situation historique, sociale, économique et technique.

(c. 5.2) L'art. 50 Cst. garantit l'autonomie des communes. Celles-ci sont autonomes dans un domaine donné si le droit cantonal ou fédéral ne le régit pas de manière exhaustive, mais laisse à la commune une liberté de décision ou de réglementation relativement importante. À Zurich, les communes disposent d'une certaine autonomie lorsqu'il s'agit de déterminer si un bâtiment mérite protection.

(c. 5.3) La retenue du juge en matière de contrôle des décisions communales fondées sur l'autonomie communale se heurte à la garantie de l'accès au juge de l'art. 29a Cst. et au libre pouvoir d'examen de l'autorité cantonale tel que défini à l'art. 33 al. 3 let. b LAT. La garantie de l'accès au juge n'exclut toutefois pas la retenue du juge lors du contrôle de l'application de notions juridiques indéterminées ; cela permet de préserver la marge de manœuvre laissées aux instances inférieures, dont les communes. Bien que les tribunaux cantonaux disposent d'un plein pouvoir d'examen en vertu de la LAT, ils doivent faire preuve de retenue afin de respecter l'autonomie des communes consacrée à l'art. 50 Cst.

La marge de manœuvre de la commune est excédée non seulement si la décision communale n'est plus objectivement justifiable (arbitraire), mais également si la commune se laisse guider par des considérations non objectives et étrangères à l'objet de la loi, ou si

elle viole les principes d'égalité de droit et de proportionnalité, ainsi que si elle méconnaît le droit supérieur.

Lors de l'examen de la proportionnalité, les intérêts de la conservation des monuments et de tout autre intérêt de conservation doivent être mis en balance avec les préoccupations urbanistiques, financières ou autres. Il faut en particulier tenir compte des intérêts de la réalisation des objectifs de l'aménagement du territoire. C'est pourquoi l'autorité de recours ne viole pas l'autonomie communale si elle annule une décision de classement qui ne tient pas ou pas suffisamment compte de ces intérêts publics.

(c. 6) Absence de violation de l'autonomie communale

Le Tribunal cantonal n'a pas violé l'autonomie communale, dans la mesure où il n'a pas empêché la commune d'entreprendre une procédure de sélection des objets à protéger. Il n'a pas entravé la marge de manœuvre de la commune, mais a considéré que cette dernière l'avait exercée de manière juridiquement erronée en ne protégeant pas les objets litigieux.

Dans les considérants suivants, le Tribunal fédéral examine dans quelle mesure la pesée des intérêts opérée par le Tribunal cantonal doit être admise ou critiquée – autrement dit dans quelle mesure la décision de la commune viole ou non le principe de la proportionnalité en matière de protection du patrimoine bâti. La Cour fédérale procède en deux étapes : l'évaluation de l'intérêt public à la protection (c. 7), puis celle des intérêts en faveur de la démolition et de la construction de nouveaux bâtiments (c. 8-11)

(c. 7) Intérêt public à la protection du site

Le Tribunal fédéral est d'avis que, compte tenu des diverses appréciations entreprises, la Cour cantonale a attribué à juste titre aux localités Pappelweg et Schweighofstrasse une valeur de protection très élevée qui n'est pas relativisée par d'autres objets de protection. Il existe ainsi

un intérêt public très important à leur préservation.

(c. 8) L'application de mesures de protection

Si un objet est digne de protection, cela ne signifie pas nécessairement qu'il doive faire l'objet de mesures de protection. Il convient, au préalable, de procéder à la pesée des intérêts en présence, ce qui découle déjà du principe de proportionnalité.

Les recourants considèrent que le Tribunal administratif n'a pas suffisamment donné de poids aux intérêts qui s'opposent à la protection du patrimoine.

(c. 9) Intérêt public à la densification ?

Les recourants font principalement valoir que la Cour cantonale n'a pas suffisamment pris en compte le souci de densification du milieu bâti prévu par la LAT. Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a donné la priorité à la densification, notamment en ce qui concerne les questions de construction dans des lieux bruyants, et en a tenu compte lors de la mise en balance des différents intérêts en présence.

La densification du bâti doit être prise en compte dans la pesée des intérêts ; un certain poids doit lui être accordé, mais cela dépend beaucoup de l'importance de l'objet à protéger concerné.

(c. 10) Intérêt public et privé à des logements abordables ?

Les recourants estiment également que le Tribunal administratif a mal évalué l'intérêt public et privé au logement abordable. Selon eux, la rénovation du lotissement serait extrêmement coûteuse sans pouvoir atteindre la qualité d'un nouveau bâtiment. Les loyers devraient être ainsi fortement augmentés, à un niveau qui ne serait plus viable pour une coopérative de logements à but non lucratif. Cet argument a été rejeté par le Tribunal cantonal, jugement confirmé par la Cour fédérale.

Au demeurant, la Cour cantonale a renvoyé l'affaire à la commune en précisant que l'étendue de la protection ne doit pas être plus restrictive que nécessaire (principe de proportionnalité). Elle n'a pas considéré une protection intégrale de chaque bâtiment. Il n'est donc pas exclu d'emblée que des objets individuels ne soient pas placés sous protection.

(c. 11) Intérêt public à l'économie d'énergie ?

Finalement, les recourants prétendent que les bâtiments existants avaient un bilan énergétique défavorable. Cet argument pèse un poids négligeable au regard de la protection du patrimoine bâti.

(c. 12) En résumé

Il existe un intérêt public considérable pour la préservation des bâtiments du quartier Friesenberg (grande importance architecturale et socio-historique qui s'étend au-delà de Zurich). La question de la densification des bâtiments est d'un moindre poids en l'espèce, car la préservation des bâtiments historiques exige une utilisation maximale du terrain, et il existe d'autres possibilités de densification qui ne sont pas en contradiction avec la protection des monuments historiques (d'une manière aussi prononcée que dans le cas d'espèce).

Les recours sont ainsi rejetés s'agissant des griefs relatifs à la protection du patrimoine bâti. Ils sont admis en revanche à propos des frais de justice (c. 13 et 14).

TF 1C_47, 95/2019 du 10 sept. 2020

Protection des eaux souterraines

Au nord d'un ancien stand de tir dans la commune de Grub (AR), à la frontière de la commune de Eggensriet (SG), se situent deux captages d'eaux souterraines. Le stand a été démantelé en 2010, le piège à balles en 2015.

En 2015, la commune d'Eggensriet a adopté le plan et le règlement de la zone de protection des eaux souterraines sur son territoire. La

commune de Grub en a fait de même sur son territoire. A. s'y est opposé ; il a par la suite introduit des recours auprès du Tribunal administratif de Saint-Gall et de celui d'Appenzell Rhodes-Extérieures, tous deux rejetés. A. interjette alors un recours au Tribunal fédéral contre chacun des jugements des cours cantonales. Les recours sont rejetés.

(c. 2.5) Le recourant invoque la violation des art. 20 al. 2 et 21 al. 2 LEaux s'agissant de l'obligation d'indemniser les restrictions à la propriété en cas de captage d'eaux souterraines. Ce motif n'a été introduit que dans la réponse transmise par A. dans le cadre de l'instruction de la cause devant la Cour fédérale (1C_47/2019). Les moyens de recours doivent être introduits dans le délai de recours ; à défaut, ils ne sont pas recevables. Dans le cas d'espèce, les exceptions admises par la jurisprudence ne sont pas remplies.

(c. 3) Le recourant invoque une coordination insuffisante entre les cantons de Saint-Gall et d'Appenzell. En l'espèce, le projet de désignation des objets à protéger avait été préparé en concertation entre les deux cantons et les communes concernées, puis publié. Lorsque l'affaire a été renvoyée devant les tribunaux cantonaux, A. était au courant de l'issue de la procédure en première instance dans l'autre canton. Formellement, l'exigence de coordination a été satisfaite. De même, la coordination matérielle a eu lieu au niveau des procédures judiciaires cantonales.

(c. 4) le recourant invoque une atteinte à la garantie de la propriété. Selon l'art. 20 al. 1 LEaux, les cantons délimitent des « zones de protection » autour des captages et des installations d'alimentation artificielle des eaux souterraines qui sont d'intérêt public. En outre, ils délimitent les « périmètres de protection » importants pour l'exploitation et l'alimentation artificielle futures des nappes souterraines. Dans ces périmètres, il est interdit de construire des bâtiments, d'aménager des installations ou d'exécuter des travaux qui pourraient compromettre l'établissement futur d'installations servant à l'exploitation ou à

l'alimentation artificielle des eaux souterraines (art. 21 al. 1 LEaux).

Selon l'annexe 4, n° 111, al. 2 OEaux, une eau souterraine doit respecter certaines conditions pour être exploitable ou propre à l'approvisionnement en eau. Elle doit être quantitativement suffisante, autrement dit elle doit pouvoir contribuer à l'approvisionnement régional ou municipal dans le cas d'une utilisation durable ou apporter une contribution significative à l'approvisionnement d'une ressource en eaux souterraines utilisable en aval. Qualitativement, elle doit remplir les exigences fixées pour l'eau potable.

En règle générale, la désignation d'une zone de protection des eaux souterraines est justifiée lorsque de potentielles pollutions sont présentes. Si, en revanche, il est clair dès le départ que l'objectif de protection ne peut être atteint parce que les eaux souterraines ont déjà été touchées ou qu'il existe des risques graves et qu'une possibilité d'assainissement semble exclue, il doit être renoncé à l'exploitation des eaux.

(c. 5 et 6) Le recourant se plaint d'une absence d'intérêt public à la désignation d'une zone de protection des eaux en cela que la qualité serait insuffisante. Se fondant sur les rapports et les expertises figurant au dossier, le Tribunal fédéral rejette le grief. En particulier, suivant l'OFEV, il ne retient aucune menace pour les eaux souterraines en provenance de l'ancien stand de tir. Ce point de vue concerne les deux captages prévus.

(c. 7) Le recourant se plaint également du dimensionnement des zones de protection des eaux souterraines (principe de proportionnalité). Celles-ci ont pour but de protéger les installations de production d'eau potable et les eaux souterraines directement avant leur utilisation comme eau potable. Le niveau de détails des études hydrogéologiques doit toujours être proportionnel au danger potentiel et à la complexité du bassin versant, ainsi qu'à l'importance de ce dernier.

Les critères applicables au dimensionnement des zones de protection des eaux souterraines (art. 20 LEaux) s'appliquent par analogie aux périmètres de protection des eaux souterraines (art. 21 LEaux).

En l'espèce, le Tribunal fédéral considère que l'évaluation entreprise par les cours cantonales n'est pas sujette à critique. Au demeurant, il n'y a pas d'inégalité de traitement entre propriétaires fonciers. Le grief est rejeté.

(c. 8) L'art. 43 al. 3 LEaux interdit la création de communications permanentes entre des nappes souterraines si une telle intervention peut diminuer les réserves en eaux souterraines ou altérer leur qualité. En l'espèce, il existe une connexion hydraulique naturelle entre les deux puits en cela qu'ils sont tous deux situés dans la même nappe phréatique.

(c. 9 et 10) Les restrictions à la propriété sont proportionnées dans le cas d'espèce. Le recours en matière de droit public est ainsi rejeté.

L'affaire est renvoyée aux Tribunaux administratifs de SG et AR afin qu'ils revoient les frais de justice.

TF 1C_499/2020 du 24 sept. 2020

Protection du patrimoine bâti

Qualité pour agir d'une association

L'association A. a sollicité, le 21 mai 2019, l'inscription au registre du patrimoine bâti de la « maison Decroux » située dans la commune de Collonges-Bellerive (GE). Le 21 février 2020, le Département du territoire de Genève a déclaré cette requête irrecevable au motif qu'une autorisation de démolir cette maison rendue par ledit département le 28 avril 2017 avait, entre temps, été jugée conforme au droit par le Tribunal fédéral (TF 1C_288/2019 du 11 décembre 2019) et que la requête d'inscription s'apparentait, dans sa finalité, à une demande de reconsidération de cette autorisation. Demande pour laquelle les conditions n'étaient en l'espèce pas remplies.

La Chambre administrative de la Cour de Justice de la République et canton de Genève a reconnu à l'association A. la qualité pour recourir contre cette décision, mais a rejeté le recours par arrêt du 7 juillet 2020. Agissant par la voie du recours en matière de droit public, l'association A. demande au Tribunal fédéral d'annuler cet arrêt et la décision du Département du territoire du 21 février 2020.

Il n'existe pas de base légale permettant à l'association A. de fonder sa qualité pour recourir sur l'art. 89 al. 2 LTF (elle ne figure pas sur la liste des associations habilitées à former un recours de droit public en vertu de l'art. 12 al.1 LPN, annexée à l'ordonnance relative à la désignation des organisations habilitées à recourir dans les domaines de la protection de l'environnement [ODO]).

Le Tribunal examine par conséquent la qualité pour agir de l'association A. aux conditions de l'art 89 al.1 LTF.

S'agissant de la participation à la procédure devant l'instance précédente, le Tribunal se contente de rappeler que les cantons sont libres de concevoir une qualité pour recourir plus étendue que celle valant devant le Tribunal fédéral (ATF 134 II 120, c. 2.1.). Il n'est donc pas déterminant que la qualité pour recourir ait été reconnue à l'association A. au niveau cantonal.

Les questions de l'atteinte et de l'intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision sont ensuite examinées, ensemble, sous deux angles ; l'association touchée dans ses intérêts propres à la manière d'un particulier et le recours corporatif.

S'agissant de l'association touchée dans ses intérêts propres à la manière d'un particulier, après avoir rappelé la définition générale de la notion d'intérêt digne de protection (voir ATF 143 III 578 c. 3.2.2.2. ; ATF 137 II 40 c. 2.3.), le Tribunal souligne que le fait que la sauvegarde du patrimoine entre dans les buts statutaires de l'association ne suffit pas à lui reconnaître un intérêt digne de protection à obtenir

l'annulation de l'intérêt attaqué (étant précisé qu'un intérêt général à une bonne application du droit n'est pas suffisant) et que rien n'indique, en l'espèce, que *l'association en elle-même* soit plus atteinte que la généralité des administrés par la démolition de la « maison Decroux ». L'annulation de l'arrêt attaqué ne lui procurerait donc aucune utilité pratique.

S'agissant du recours corporatif (aussi appelé recours égoïste), le Tribunal se contente d'expliquer que l'association n'a donné aucune indication sur le nombre de ses membres et sur leur situation par rapport au projet litigieux. Il ne saurait être admis que la majorité – ou à tout le moins un grand nombre – d'entre eux soient personnellement touchés par l'arrêt attaqué et aient la qualité pour recourir à titre individuel comme cela est exigé pour que le recours corporatif soit recevable (ATF 145 V 128 c. 2.2. ; 142 II 80 c. 1.4.2.).

Le recours est par conséquent déclaré irrecevable faute de qualité pour agir.

ÉNERGIE

TF 2C_340/2020 du 16 sept. 2020

Rétribution de l'injection (SRI)

Droit applicable

**Droit dans le temps / formalisme excessif /
rétroactivité**

L'entreprise A. fait une annonce préalable concernant la mise en service d'une installation photovoltaïque sur le toit d'un entrepôt à Berne, en vue de percevoir la rétribution de l'injection (SRI). Les documents ont été remis à Swissgrid en mars 2013 (n° 92128) ; en juin 2013, A. a soumis à Swissgrid les données certifiées des installations.

En juin 2013 encore, Swissgrid a renvoyé les documents à A. Elle indiquait qu'ils étaient incomplets et que le consentement du propriétaire foncier faisait défaut. Le courrier indiquait également que la date à laquelle le dossier complet serait soumis (le cachet de la poste faisant foi) serait considérée comme la date de dépôt de la demande.

A. a soumis une nouvelle demande en août 2013, en précisant que le demandeur n'était pas le propriétaire du terrain et que son consentement serait soumis ultérieurement à l'aide du formulaire approprié. En septembre 2013, A. a confirmé par téléphone qu'elle était propriétaire du terrain, ce que Swissgrid a consigné par écrit.

En septembre 2013, Swissgrid informait A. que l'installation photovoltaïque envisagée était une nouvelle installation et devait donc en principe être considérée comme éligible pour la rétribution. En revanche, le montant des subventions accordées par le Parlement fédéral était épuisé. L'installation était ainsi placée sur la liste d'attente. Cet avis contenait également l'information selon laquelle le Parlement avait l'intention d'apporter diverses modifications à la promotion des systèmes photovoltaïques.

Le 8 décembre 2017, Swissgrid informait A. que les modifications de la législation sur l'énergie entrées en force conduisaient à

l'exclure du SRI. En octobre 2018, Prononvo SA (filiale de Swissgrid chargée de la rétribution depuis le 1.1.2018) a rendu une décision rejetant la demande de A. et retirant son installation de la liste d'attente. Pronovo a ensuite rejeté l'opposition de A. en juin 2019. Le recours de A. a été rejeté par la Tribunal administratif fédéral.

A. introduit un recours auprès du Tribunal fédéral, qui le rejette.

(c. 3) Droit applicable

(c. 3.1 et 3.2) L'installation en cause a été mise en service en décembre 2012 ; le système a été enregistré pour la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) en 2013 selon les dispositions de la loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (aLEne) et de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (aOEne).

Le 1^{er} janvier 2018, la nouvelle LEne ainsi que la nouvelle OEne sont entrées en vigueur. En vertu de l'article 19 LEne, les exploitants de nouvelles installations peuvent participer au système de rétribution de l'injection si celles-ci sont adaptées au site concerné et produisent de l'électricité issue notamment de l'énergie solaire. Le système de la RPC a été remplacée par le SRI ; seules les installations mises en service après le 1^{er} janvier 2013 peuvent en principe participer au système du tarif de rachat (art. 19 al. 3 LEne).

(c. 3.3 et 3.4) En l'absence de dispositions transitoires particulières, la loi applicable est celle qui était en vigueur au moment où les faits pertinents ont été réalisés ou au moment de l'accomplissement des faits entraînant des conséquences juridiques (en principe, le droit en vigueur au moment où l'autorité de première instance statue).

L'art. 72 al. 4 LEne prévoit que les ayants droits visés à l'art. 19 LEne qui ont reçu un avis de mise en liste d'attente le 31 juillet 2013 au plus tard peuvent participer au système de rétribution de l'injection, même si leur installation a été mise en service avant le

1^{er} janvier 2013 (voir également l'annexe 1.2, ch. 5.1, OEnER).

En l'espèce, l'une des conditions est remplie puisque l'installation a été mise en service en décembre 2012, soit avant le 1^{er} janvier 2013. Reste encore à établir dans quelle mesure la décision de mise sur la liste d'attente a été rendue avant le 31 juillet 2013.

(c. 4) Prohibition du formalisme excessif

Pour rappel, la première demande de A. a été adressée en mars 2013 et complétée en juin 2013 ; la seconde demande a été, quant à elle, adressée en août 2013 et complétée en septembre 2013.

La recourante se plaint d'une application des art. 7a aLEne et 3g aOEnE, en lien avec l'art. 74 al. 4 LEne, qui viole le principe de prohibition du formalisme excessif visé à l'art. 29 al. 1 Cst. Elle soutient que le consentement du propriétaire foncier, et donc la demande complète, avait déjà été soumis avant le 31 juillet 2013. Bien que le terrain sur lequel se trouvait l'installation photovoltaïque fût la propriété de B. à ce moment-là, une servitude y avait été établie en mars 2013 au profit du plaignant (droit de superficie).

Selon le Tribunal fédéral, il ressort clairement du texte de l'art. 3g aOEnE que seules les notifications complètes pouvaient être prises en compte et que le consentement du propriétaire foncier était l'une des informations que devait contenir une annonce. Ainsi, même si l'on devait supposer que la recourante était profane, il devait être clair pour elle que sa demande ne pouvait pas être examinée sans le consentement du propriétaire foncier. Au demeurant, l'existence du droit de superficie – qui confère la qualité de propriétaire du bâtiment à son bénéficiaire – n'a été portée à la connaissance de Swissgrid qu'après le 31 juillet 2013. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de retenir un formalisme excessif. Ce dernier n'est reconnu que si l'application stricte des exigences formelles n'est justifiée par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et rend la réalisation du droit matériel,

de manière indéfendable, difficile ou impossible.

(c. 5) Rétroactivité

L'interdiction de la rétroactivité proprement dite n'empêche pas l'application de l'art. 72 al. 4 LEne.

(c. 6) Principe de la bonne foi (art. 5 et 9 Cst.)

En l'espèce, la décision sur la liste d'attente contenait l'indication que le Parlement avait l'intention d'apporter diverses modifications à la promotion des systèmes photovoltaïques. La recourante devait donc s'attendre à une modification de la loi. Au demeurant, la décision sur l'exclusion de la liste d'attente de septembre 2013 ne constitue pas une base suffisante permettant de prétendre, sur la bonne foi, à l'octroi de la rétribution.

(c. 7) Rétribution unique selon l'art. 41 OEnER

La recourante considère qu'elle devrait au moins pouvoir percevoir la rétribution unique en vertu de l'art. 41 OEnER, en lien avec l'art. 104 al. 2 OEnER.

L'art. 24 al. 3 LEne prévoit que la contribution à l'investissement ne peut être réclamée que si l'installation nouvelle ou considérablement agrandie ou renouvelée a été mise en service après le 1^{er} janvier 2013. En l'espèce, l'installation en cause a été mise en service en décembre 2012. Le grief est ainsi rejeté.