

## **VD\_OMNI AC.2000.0213 vom 10. Juni 2005**

VD Tribunal cantonal, 2005-06-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_AC.2000.0213](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_AC.2000.0213)

FR: VD\_OMNI AC.2000.0213 du 10 juin 2005

IT: VD\_OMNI AC.2000.0213 del 10 giugno 2005

### **Regeste**

Pro Natura, WWF Vaud c/Département de la sécurité et de l'environnement, Service des eaux, sols et assainissement, Romande Energie SA | Fixation, à titre de mesure d'assainissement, du débit résiduel minimal à l'aval d'un barrage au bénéfice d'une concession accordée en 1956 pour 80 ans. La question de savoir s'il y a atteinte à la substance d'un droit acquis ne peut pas être tranchée de manière générale; elle doit être résolue de cas en cas. Eléments à prendre en considération dans la pesée des intérêts. En l'espèce la décision attaquée ne contient pas une évaluation hydrologique, biologique et économique suffisante des différents niveaux d'assainissement envisageables. En particulier elle n'indique pas leurs conséquences sur le prix de revient de l'énergie produite. Or, pour apprécier si une mesure d'assainissement est économiquement supportable, le critère de pondération le plus approprié est le prix de revient. Annulation et renvoi pour nouvelle décision.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le WWF fait valoir que la détermination du débit résiduel ne constitue pas une modification de la concession, mais un renouvellement. En outre, il considère que la procédure suivie par l'administration cantonale ne correspond pas à un assainissement tel que prévu par la LEaux (art. 82 al. 1). Enfin, la concession elle-même exigerait, selon son art. 19, qu'il soit tenu compte des modifications législatives en matière de débit résiduel. Pour ces différentes raisons, le WWF conclut à ce que le débit résiduel du barrage du Day soit fixé selon les art. 30 ss de LEaux. a) La LEaux, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1992, pose des conditions nouvelles aux prélèvements dans les cours d'eau à débit permanent (art. 29 ss LEaux). Les art. 29 ss soumettent ces prélèvements à autorisation et exigent le maintien d'un débit résiduel minimal (ATF 126 II 283 consid. 3). Constatant que la plupart des usines hydroélectriques bénéficient actuellement de concessions devant être renouvelées dans les cinquante prochaines années (FF 1987 p. 1112) et jouissent donc d'un droit acquis (arrêt TF 1A/320/2000, consid. 3a/bb); ATF 119 Ib 254, 268 = JdT 1995 I 460, 462), un régime transitoire a été aménagé aux art. 80 ss LEaux pour ces dernières (FF 1987 p. 1193 ; arrêt TF 1A/320/2000, consid. 3a/bb ; voir aussi : OFEFP, Informations concernant la protection des eaux no 25; Prélèvements d'eau, Rapport d'assainissement, Assainissement selon l'art. 80 al. 1 de la loi sur la protection des eaux, Berne 1998). Le message du Conseil fédéral précisait en effet ce qui suit (FF 1987 p. 1111) : "Compte tenu des importantes conséquences financières qu'entraînerait l'obligation de respecter intégralement les prescriptions concernant les débits résiduels pour les droits existants en matière d'utilisation des eaux, la réglementation doit être conçue de telle manière qu'elle soit applicable en premier lieu aux nouvelles usines et au renouvellement des concessions

existantes. " b) La concession accordée en 1956 à la CVE et exploitée actuellement par Romande Energie SA court jusqu'au 31 décembre 2034. Il n'est pour l'instant pas prévu d'en prolonger la durée, ni d'augmenter la capacité des installations. Celles-ci existent et influencent sensiblement le cours de l'Orbe depuis des décennies, de sorte qu'il ne saurait être question de leur appliquer rétroactivement les exigences des art. 29 et suivants LEaux, entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1992. Le fait que l'art. 31 de l'acte de concession réserve une convention ultérieure "entre les services des eaux et de la pêche et le concessionnaire" portant notamment sur la quantité d'eau que ce dernier "est tenu de laisser s'écouler constamment et automatiquement dans l'Orbe " n'y change rien. D'une part la fixation du débit de dotation qui fait l'objet de la présente procédure va au-delà de la fixation de la quantité minimum d'eau "nécessaire à l'existence du poisson" ; d'autre part le fait d'augmenter de manière substantielle le débit de dotation alors que, pendant près de 40 ans, les autorités compétentes se sont contentées d'un débit de restitution de l'ordre de 15 à 20 l/s, ne peut à l'évidence pas être assimilé à un renouvellement de la concession. On rappellera enfin que, si une concession peut prévoir l'application de lois futures à respecter par le concessionnaire, il ne peut s'agir de règles qui porteraient, comme en l'espèce, atteinte aux droits acquis (art. 43 LFH; ATF 119 Ib 254, 268 = JdT 1995 I 460, 462 ; ATF 107 Ib 146, consid. 4 = JdT 1983 I 246). c) Le recourant fait aussi valoir que, faute d'inventaire cantonal des prélèvements d'eau, la procédure suivie par l'administration cantonale ne serait pas conforme au régime l'assainissement prévu par l'art. 82 al. 1 LEaux. Ce raisonnement est spécieux. Certes cet inventaire, qui donne les informations techniques sur lesquelles se fonde l'assainissement (quantité d'eau prélevée; débit résiduel; débit de dotation; situation juridique), n'existe actuellement pas. Mais cette lacune est en l'espèce comblée par l'étude détaillée de l'EPFL qui porte spécifiquement sur ces points. Sur cette base, il s'agira d'étudier si le rapport d'assainissement élaboré par le SESA est suffisant (voir consid. 4 ci-dessous). Au demeurant, on ne peut exclure un assainissement ponctuel en l'absence de cet inventaire (DEP 2003 p. 45 ; JAB 1998 111, consid. 7, résumé in DEP 1998 p. 174). La doctrine constate pour le surplus que, jusqu'à l'été 2001, seuls quatre cantons avaient suivi la procédure requise par l'art. 83 al. 3 dans les délais (Rauch/Marti/Griffel, Umweltrecht, Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 135). d) Il s'ensuit que la décision attaquée a bien été prise dans le cadre du régime transitoire de l'assainissement prévu par les art. 80 ss LEaux.

## **E. 2**

L'autorité ordonne des mesures d'assainissement supplémentaires lorsqu'il s'agit de cours d'eau qui traversent des paysages ou des biotopes répertoriés dans un inventaire national ou cantonal ou que des intérêts publics prépondérants l'exigent. La procédure de constat, et le cas échéant, la détermination du montant de l'indemnité sont régis par la loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation." En principe, l'assainissement ne doit pas porter atteinte à un droit acquis et doit être économiquement supportable (art. 80 al. 1 LEaux). En règle générale, il n'atteindra pas le niveau de protection des art. 29 ss LEaux (Thomas Gächter, Grundsatzfragen und Konzepte der Sanierung, DEP 2003, p. 482). Des mesures d'assainissement supplémentaires portant atteinte à la substance des droits acquis peuvent être exigées lorsque les cours d'eaux traversent des paysages ou des biotopes répertoriés dans un inventaire national ou cantonal ou que des intérêts publics prépondérants l'exigent. Dans ce cas, il y a lieu à indemnité pour expropriation (art. 80 al. 2 LEaux). L'autorité est chargée d'élaborer un inventaire cantonal des prélèvements d'eau existants et de décider des mesures d'assainissement (art. 82 LEaux). Son rapport détermine l'étendue et le

déroulement de l'assainissement en procédant le cas échéant à une pesée des intérêts publics et privés en présence (art. 33 LEaux par analogie ; ATF 1A/320/2000, consid. 3a/aa/bb = DEP 2001 1053). L'OFEFP a publié différents documents d'aide à la mise en œuvre de ces dispositions en faisant référence à des pratiques cantonales (v. notamment: Informations concernant la protection des eaux no 25, précité; Instructions, Débits résiduels convenables - Comment les déterminer ? , Berne, 2000; Informations concernant la protection des eaux no 39, Prélèvements d'eau, Démarche pour l'assainissement selon l'art. 80 al. 2 LEaux , Berne 2000). En résumé la démarche est la suivante : à partir de l'inventaire, il s'agit en premier lieu de déterminer si le prélèvement considéré a une influence sensible sur un cours d'eau; si tel n'est pas le cas, il n'y a pas lieu de procéder à un assainissement. Dans le cas contraire, et dans la mesure utile, on procède à une évaluation écologique sommaire pour déterminer les variantes d'assainissements. Techniquement, il s'agit de connaître le débit Q 347 (minimum des débits permanents sur 347 jours de l'année) et le débit résiduel minimal selon l'art. 31 LEaux, ce dernier servant de référence. Ensuite, en fonction des débits résiduels existants (drainage de versants, sources et affluents), seront définies différentes variantes de débit de dotation (débit restitué au cours d'eau) compte tenu des objets à protéger. Sur cette base, une évaluation économique relative à la diminution de la production provoquée par chacune des variantes est effectuée et, dans la mesure du possible, on détermine également les incidences sur les coûts et recettes. Les concessionnaires doivent être invités à chiffrer les retombées économiques des mesures envisagées. La pesée des intérêts entre les avantages écologiques et les préjudices économiques pour chacune des variantes permet ensuite de déterminer les mesures d'assainissement qu'il est possible d'ordonner sans qu'elles donnent lieu à un dédommagement (voir Informations concernant la protection de eaux no 25, précité, p. 13 -27). Pour définir les limites dans lesquelles une diminution de production est économiquement supportable, la jurisprudence n'a jusqu'ici pas posé de principes abstraits, susceptibles d'une application générale. A titre indicatif, le message du Conseil fédéral mentionnait le cas de Forces motrices d'Ilanz SA (ATF107 Ib 150; 110 Ib 165 = ZBL 1985 p. 36 ss) où une perte de production probable de 3,7% avait été jugée acceptable, ainsi qu'une affaire tessinoise où des centrales électriques avaient été contraintes de subir sans aucun dédommagement des pertes de production de 1,5 à 3%. L'affaire d'Ilanz n'en est pas moins considérée comme un cas particulier, dont la portée pour l'application de l'art. 80 al. 1 LEaux est limitée (Maurus Eckert et Beat Hunger, Die Bedeutung des Falls Ilanz für die Anwendung von Art. 80 Abs. 1 GSchG, DEP 1998, p. 258 ss, spéc. ch. 5, p. 268 ss). La question de savoir quand il y a atteinte à la substance d'un droit acquis ne peut pas être tranchée de manière générale ; elle doit être résolue de cas en cas (JAB 1998 p. 111, consid. 11a, p. 125 = DEP 1998 p. 177 ; Maurus Eckert et Beat Hunger, loc. cit., p. 272).

### **E. 3**

Pour justifier la fixation d'un débit de dotation de 400 l/s, l'autorité intimée se réfère à l'étude de l'EPFL, dont elle rappelle en particulier les effets de l'un des scénarios, soit une dotation supplémentaire de 500 l/s, et souligne qu'au-delà de cette valeur un accroissement du débit de dotation n'entraîne qu'une relativement faible amélioration du bilan écologique. Ce dernier élément, comparé aux contraintes économiques que représente pour Romande Energie SA toute augmentation du débit de dotation, permet de comprendre pourquoi le département n'est pas allé au-delà de 500 l/s. En revanche, il n'explique pas pourquoi le département est resté en deçà, en choisissant un débit de dotation de 400 l/s, soit un scénario qui n'a pas été concrètement évalué dans l'étude et dont on ignore par conséquent les

conséquences du point de vue hydrologique et biologique. Contrairement à ce que suggère la décision attaquée et la réponse du département, le scénario « + 500 l/s » consiste bien en une augmentation correspondante du débit par rapport à la situation au moment de l'étude, soit les 15 à 20 l/s restitués en permanence au pied du barrage et les 100 l/s provenant des infiltrations dans le massif rocheux de la retenue du Day. Il s'ensuit que le département intimé ne peut pas s'appuyer sur les conclusions de l'étude de l'EPFL relative au scénario « + 500 l/s » pour justifier sa variante « + 400 l/s », d'autant plus que, si l'on se réfère au graphique représentant l'évolution hypothétique d'un indice de qualité globale de l'Orbe en fonction de l'augmentation des débits (v. ci-dessus p. 4), la variation de l'indice est faible pour une augmentation du débit au-delà de 500 l/s, mais elle est plus significative en dessous de ce chiffre. Ainsi, faute d'une évaluation écologique sérieuse, la variante "+400 l/s" ne peut pas être comparée valablement aux intérêts publics et privés qui s'opposent à une augmentation du débit de dotation, de sorte que, pour ce motif déjà, la décision attaquée apparaît insuffisamment motivée. 4.

En ce qui concerne l'évaluation économique des mesures d'assainissement, le dossier apparaît également plus que succinct. Lors de la séance du 1<sup>er</sup> septembre 1998, le directeur de Romande Energie SA a déclaré qu'une dotation supplémentaire de 300 l/s entraînerait une perte de 4,7 millions de kWh par an, soit une diminution de la production de 3,1% et une perte financière de 470'000 fr. Pour une dotation supplémentaire de 500 l/s, ces chiffres seraient portés à 7,8 millions de kWh, 5,2% de perte de production et 780'000 fr. de perte financière (la valeur du prix de l'énergie étant fixée à 10 ct. le kWh.). Pour le débit de dotation de 400 l/s imposé par la décision attaquée, ils passent respectivement à 6,5 millions de kWh, 4,1% et 630'000 fr (v. Rapport du SESA relatif au débit résiduel dans l'Orbe, 8 février 2000). Ces chiffres apparaissent discutables dans la mesure où la quantité minimum d'eau qui aurait dû être laissée, en application de l'art. 29 de l'acte de concession, pour assurer la survie du poisson n'a jamais été fixée ; or c'est ce débit de dotation initial qui devrait servir de référence pour évaluer les pertes de productions liées à l'assainissement. D'autre part, on ignore tout des conséquences des différents scénarios sur le prix de revient de l'énergie produite. Tout au plus, Romande Energie SA fait-elle valoir que si l'on allait au-delà du débit de dotation de 400 l/s, « le prix de revient du kWh, à ce jour augmenté d'environ 5% avec le nouveau débit résiduel à 500 l, attendrait alors un niveau tel qu'une entrée en matière sur une forme d'indemnisation (prévue à l'art. de la LEaux) serait dûment étudiée » (v. Dossier d'information produit le 1<sup>er</sup> août 2001, ch. 4.2.5). Or, pour apprécier si une mesure d'assainissement est économiquement supportable, le critère de pondération le plus approprié est le prix de revient. Les prix obtenus sur le marché pour l'énergie vendue, de même que l'influence de l'ouverture du marché de l'électricité, sont également à prendre en considération (Maurus Eckert, *Rechtliche Aspekte der Sicherung angemessener Restwassermengen*, in *Cahier de l'environnement*, vol. 18, p.164 ; v. aussi Bernhard Frei, *Die Sanierung nach Art. 80 ff. Gewässerschutzgesetz vom 24.1. 1991 bei der Wasserkraftnutzung*, *Cahier de l'environnement* n° 163, p. 40 ss.) . Les décisions attaquées ne contiennent pas de véritable évaluation économique des différents niveaux d'assainissement envisageables. Elles se bornent à renvoyer sur ce point au chiffre 3 du rapport du SESA du 8 février 2000, lequel se contente de mentionner les pertes de production correspondant à des débits de dotation de 200, 300 et 500 l/s, à indiquer le nombre de ménages dont la consommation correspond à ces chiffres, ainsi que les pertes financières qui en résultent. Ces données sont insuffisantes pour déterminer si des débits de dotation supérieurs à celui imposé par la décision attaquée entraîneraient pour Romande Energie SA des pertes qui ne pourraient lui être imposées sans

dédommagement. A titre de comparaison, le canton de Glaris estime appropriée une fourchette générale de 3% à 8%. La valeur inférieure est déterminante lorsque le bénéfice écologique lié à la restriction des droits concédés demeure limité, c'est-à-dire lorsque seuls quelques-uns des intérêts déterminants sont satisfaits entièrement ou partiellement; la valeur supérieure est applicable lorsqu'un bénéfice écologique très net peut être obtenu, c'est-à-dire lorsque la plupart des intérêts déterminants sont satisfaits dans leur intégralité ou partiellement (OFEFP, Informations concernant la protection des eaux n° 25, p. 25). Avec une réduction de production de 5,1% pour un débit de dotation de 500 l/s, les centrales des Clées et de Montcherand se trouveraient encore dans cette fourchette, mais cela n'est pas pour autant décisif, le caractère « économiquement supportable » d'une mesure d'assainissement ne pouvant être jugée en fonction de limites abstraites et générales. Il s'ensuit que la décision attaquée ne repose pas sur des données suffisantes pour une pesée complète et consciencieuse des intérêts en présence. Elle doit être annulée et renvoyée à l'autorité intimée afin qu'elle statue à nouveau, après avoir procédé à une évaluation hydrologique, biologique et économique des conséquences de différentes variantes, allant du débit de dotation de 400 l/s imposé par la décision attaquée jusqu'à celui qui permettrait d'atteindre le débit résiduel fixé selon l'art. 31 al.1 LEaux (730 l/s), et comparer les avantages et les inconvénients de ces variantes. 5. Conformément aux art. 38 et 55 LJPA, un émolument de justice et des dépens seront mis à la charge de la partie déboutée. Lorsque la procédure met en présence, outre le recourant et l'autorité intimée, une ou plusieurs autres parties dont les intérêts seront opposés à ceux du recourant, c'est en principe à cette partie adverse déboutée, à l'exclusion de la collectivité publique dont la décision est annulée ou modifiée, d'assumer les frais et dépens RDAF 1994, b. 324). Un émolument de justice sera en conséquence mis à la charge de Romande Energie SA, qui supportera également les dépens auxquels peuvent prétendre Pro Natura Vaud et Pro Natura, qui ont procédé par l'intermédiaire d'un avocat et obtiennent gain de cause. Il n'y a en revanche pas lieu d'allouer de dépens au WWF Vaud, qui a procédé lui-même, sous la signature de son secrétaire régional, sans recourir aux services d'un mandataire professionnel.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.