Cordelia Christiane Bähr

Neuf ans d'espace réservé aux eaux – chronique de jurisprudence*

Traduction française par Séverine van der Meulen, lic. en droit, traductrice diplômée

Version allemande: DEP 2020 1

* La présente chronique de jurisprudence a été rédigée sur mandat de l'Office des déchets, des eaux, de l'énergie et de l'air (AWEL) du canton de Zurich. Son contenu relève de la responsabilité exclusive de la mandataire. Je remercie le Dr HANS W. STUTZ, chef du service juridique de l'AWEL, de même qu'ELVIRA BRUNNER, secrétaire juridique de l'AWEL, pour les échanges fructueux, le soin accordé à l'examen du manuscrit et leurs précieuses indications. Mes remerciements s'adressent également à RETO SCHMID, directeur de l'ADE, pour ses suggestions pertinentes concernant notamment la structure de la chronique de jurisprudence. Enfin, je remercie ALEXANDRA GERBER pour ses observations constructives dans le cadre de la procédure de contrôle par les pairs mise en place par l'ADE.

Neuf ans d'espace réservé aux eaux – chronique de jurisprudence

I. Situation initiale 602

II. Base constitutionnelle 602

III. Détermination de l'espace réservé aux eaux 603
1. Compétences en matière de détermination de l'espace réservé aux eaux 603
2. Consultation des «milieux concernés» 604
3. Garantie des fonctions naturelles des eaux 604
4. Espace réservé aux eaux en tant que prescription minimale de droit fédéral 605
5. Instruments destinés à déterminer l'espace réservé aux eaux 606
   5.1 Délimitation contraignante pour les propriétaires fonciers, parcelle par parcelle 606
   5.2 Détermination générale et abstraite de l'espace réservé aux eaux? 607
6. Détermination anticipée de l'espace réservé aux eaux 609
7. Prise en considération de l'espace réservé aux eaux dans les plans directeurs et les plans d'affectation 609
8. Compensation des surfaces d'assolement 610
9. Devoir de coordination 611
10. Classement en zone à bâtir dans l'espace réservé aux eaux 612
11. «Eaux superficielles» 612
12. Espace réservé aux cours d'eau 613
   12.1 Détermination en fonction de la largeur naturelle du lit 613
   12.2 Prise en compte des constructions existantes 613
   12.3 Délimitation asymétrique de l'espace réservé aux eaux 614
   12.4 Cours d'eau d'une largeur dépassant 15 mètres 614
   12.5 Déplacement d'un cours d'eau 615
   12.6 Espace réservé aux eaux dans les sites paysagers d'importance nationale 615
13. Espace réservé aux étendues d'eau 616
14. Augmentation de la largeur de l'espace réservé aux eaux 617
15. Adaptation de la largeur de l'espace réservé aux eaux dans les zones densément bâties 618
16. Renonciation à délimiter un espace réservé aux eaux 618
   16.1 Pas d'obligation de renoncer 618
   16.2 Eaux «artificielles» 618
   16.3 «Très petits cours d'eau» 619
   16.4 Pas d'intérêts prépondérants opposés 619

Neuf ans d'espace réservé aux eaux – chronique de jurisprudence

IV. Dispositions transitoires 621
1. Base légale? 621
2. Sens et but de l'espace réservé aux eaux prévu par le droit transitoire 621
3. Détermination de la bande riveraine selon la largeur actuelle du fond du lit 622
4. Réglementation exhaustive 622
5. Applicabilité immédiate dans les procédures de recours pendantes 623
6. Espace réservé aux eaux prévu par le droit transitoire en tant que zone réservée 624

V. Utilisation de l'espace réservé aux eaux (art. 41c OEaux) 625
1. Dispositions relatives à l'utilisation de l'espace réservé aux eaux en tant qu'exigence minimale de droit fédéral 626
2. Installation 626
3. Installations dont l'implantation est imposée par leur destination et qui servent des intérêts publics 627
3.1 Installations dont l'implantation est imposée par leur destination 627
3.2 Intérêt public 631
4. Exceptions dans les zones densément bâties 632
4.1 Marge d'appréciation des autorités cantonales 632
4.2 Zone densément bâtie 633
4.3 Installations sur des parcelles isolées non construites situées entre plusieurs parcelles construites 638
4.4 Pas d'intérêts prépondérants opposés 640
4.5 Un besoin réel et objectivement fondé de construire dans l'espace réservé aux eaux 642
5. Garantie de la situation acquise 643
5.1 Distinction entre zones à bâtir et zones non constructibles 643
5.2 Constructions et installations en zone à bâtir 643
5.3 Constructions et installations en dehors de la zone à bâtir 646

VI. Droit de recours des associations 650

VII. Remarques finales 650

Références au DEP 653

I. Situation initiale

L'art. 36*a* de la loi sur la protection des eaux (LEaux),[1] entré en vigueur le 1er janvier 2011, oblige les cantons à déterminer l'espace nécessaire aux eaux superficielles pour garantir leurs fonctions naturelles, la protection contre les crues et leur utilisation. Cet espace réservé aux eaux aurait dû être déterminé jusqu'au 31 décembre 2018, ce qui n'a été que partiellement réalisé en pratique. Jusqu'à ce que l'espace réservé aux eaux ait été déterminé, les dispositions transitoires de l'ordonnance sur la protection des eaux (OEaux)[2] s'appliquent, selon lesquelles une bande de chaque côté le long des eaux est considérée comme espace réservé aux eaux de droit transitoire (en doctrine, cet espace est aussi désigné en tant que «bande riveraine»). L'espace réservé aux eaux défini par le droit transitoire doit en principe être laissé libre de toute construction ou installation; seule est autorisée une utilisation dans le cadre de l'art. 41*c* al. 1 et 2 OEaux.[3]

Une jurisprudence abondante s'est développée au cours des neuf ans qui se sont écoulés depuis l'entrée en vigueur des dispositions relatives à l'espace réservé aux eaux. Par ailleurs, deux révisions des dispositions de l'OEaux relatives à l'espace réservé aux eaux ont été entre-temps adoptées, le 1er janvier 2016 et le 1er mai 2017.[4] La présente chronique de jurisprudence présente les décisions rendues à tous les niveaux en matière d'espace réservé aux eaux,[5] sans ambition d'exhaustivité.

La systématique de la chronique suit pour l'essentiel la structure de la législation relative à l'espace réservé aux eaux. Après quelques indications sur la base constitutionnelle (chiffre II), nous nous pencherons sur la détermination de l'espace réservé aux eaux (chiffre III), sur les dispositions transitoires (chiffre IV) et sur l'utilisation de l'espace réservé aux eaux (chiffre V). Les décisions pertinentes sont en principe présentées par ordre hiérarchique et chronologique. Lorsque cela est opportun, nous procédons à une brève appréciation de la jurisprudence pour certaines décisions et/ou à la fin d'un chapitre.

II. Base constitutionnelle

La doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir si les dispositions relatives à l'espace réservé aux eaux se fondent sur la compétence conférée à la Confédération, par l'art. 76 al. 2 Cst, de fixer des principes, et/ou sur la compétence législative globale qui lui est attribuée par l'art. 76 al. 3 Cst.[6] Les tribunaux n'ont

1 RS 814.20.
2 RS 814.201.
3 Cf. al. 2 des dispositions transitoires de la modification du 4 mai 2011 de l'OEaux, ci-après «disp. trans. OEaux».
4 A ce sujet, voir ITEN BERENICE, Die Revision der Vorschriften zum Gewässerraum in der Gewässerschutzverordnung, DEP 2016 800.
5 Au niveau cantonal, seules ont été prises en compte les décisions de dernière instance, à l'exception du Tribunal zurichois des constructions.
6 MARTI attribue la protection quantitative et spatiale des eaux – et donc l'espace réservé aux eaux – au seul art. 76 al. 2 Cst, en se fondant sur une interprétation historique. Les dispositions relatives à l'espace réservé aux eaux, en tant que prescriptions portant sur les effets nuisibles aux eaux, doivent «en principe» être considérées comme des dispositions de principe, ou aussi comme des «dispositions de détail admissibles selon l'art. 76 al. 2 Cst pour certaines questions importantes», cf. MARTI ARNOLD, art. 76, dans: EHRENZELLER / SCHINDLER / SCHWEIZER / VALLENDER (éditeurs), Die schweizerische Bundesverfassung, Zurich, Saint-Gall 2014, note 4. Selon CALUORI / GRIFFEL, le législateur fédéral a réglementé la détermination de l'espace ré-

pas encore eu l'occasion d'analyser de manière approfondie la question de la base constitutionnelle de l'art. 36*a* LEaux.

Dans une ancienne jurisprudence relative à l'art. 76 al. 3 Cst (et non pas à l'art. 36*a* LEaux), le Tribunal fédéral a retenu qu'en édictant la LEaux, la Confédération avait rempli son mandat de légiférer au sens de l'art. 76 al. 3 Cst. La «protection des eaux» comprend aussi bien la protection qualitative[7] que la protection quantitative des eaux.[8] Comme le Tribunal fédéral considère que l'art. 76 al. 3 Cst couvre la «protection des eaux» et la loi sur la protection des eaux en tant que telle, on peut supposer que la protection de l'espace réservé aux eaux y est également incluse.

Dans son arrêt A-5459/2015 du 27 décembre 2016,[9] le Tribunal administratif fédéral a implicitement attribué l'art. 36*a* LEaux à l'art. 76 al. 3 Cst.

– Le Tribunal administratif du canton d'Argovie[10] et le Conseil d'Etat du canton d'Argovie[11] sont partis du principe que l'art. 36*a* LEaux se fonde sur l'art. 76 al. 3 Cst, selon lequel la Confédération légifère notamment sur la protection des eaux.
– En revanche, dans une autre affaire, le Tribunal administratif du canton d'Argovie a laissé cette question ouverte.[12]

III. Détermination de l'espace réservé aux eaux

1. Compétences en matière de détermination de l'espace réservé aux eaux

Selon l'art. 36*a* al. 1 LEaux, les cantons déterminent l'espace réservé aux eaux. Le droit fédéral ne règle pas expressément la question de savoir si les cantons peuvent déléguer cette tâche aux communes. La Confédération entendait délibérément créer une marge de manœuvre pour la mise en place de solutions adaptées.[13]

Le Tribunal fédéral a précisé que les cantons sont libres d'entreprendre eux-mêmes la détermination de l'espace réservé aux eaux ou de déléguer cette

servé aux eaux en se fondant sur l'art. 76 al. 2 Cst. Mais ces auteurs considèrent également les dispositions consacrées à l'espace réservé aux eaux comme étant «partiellement» couvertes par le concept de «protection des eaux» au sens de l'art. 76 al. 3 Cst, cf. CALUORI CORINA / GRIFFEL ALAIN, art. 76, dans: WALDMANN BERNHARD / BELSER EVA MARIA / EPINEY ASTRID (éditeurs), Bundesverfassung, Bâle 2015, notes 23 et 37 s. FRITZSCHE défend l'opinion selon laquelle l'art. 36*a* LEaux se fonde uniquement sur l'art. 76 al. 3 Cst, cf. FRITZSCHE CHRISTOPH, dans: HETTICH PETER / JANSEN LUC / NORER ROLAND (éditeurs), Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, Zurich, Bâle, Genève 2016, Remarques liminaires aux art. 36*a* à 44 LEaux, note 16. Quant à WIDMER, il estime que les dispositions relatives à l'espace réservé aux eaux ont été édictées aussi bien sur la base de l'art. 76 al. 2 Cst qu'en vertu de l'art. 76 al. 3 Cst, mais qu'il s'avère extrêmement difficile d'effectuer des délimitations exactes dans le cas particulier, cf. WIDMER LUKAS, Organisation, Verfahren und Koordination im Bereich der Naturgefahrenprävention, SRIR – Schriften zum Recht des ländlichen Raums Band/ Nr. 12, 2017, 10–44, p. 22.

7 Arrêt du TF 1C_390/2008 du 15 juin 2009 cons. 2.3 (Pfäffikon ZH).
8 Arrêt du TF 1A.157/2006 et 1P.481/2006 du 9 février 2007 cons. 2.2.1.
9 Cons. 3.3 en lien avec les cons. 6.2.1 et 6.2.3.
10 Arrêt WNO.2012.2 du 27 septembre 2012 cons. 6.2.2.
11 AGVE 2017 p. 383, cons. 1.3.
12 Arrêt WBE.2017.224 du 1er mars 2018 cons. 2.3.1 (Suhr AG).
13 STUTZ HANS W., Raumbedarf der Gewässer – die bundesrechtlichen Vorgaben für das Planungs- und Baurecht, Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht 4/2011 5, p.16, avec référence à un renseignement de l'OFEV.

tâche aux communes.[14] Mais les cantons sont tenus de vérifier le respect des prescriptions relatives à l'espace réservé aux eaux.[15] Le canton a dès lors le droit d'approuver un plan de zones communal à condition que les zones de protection des rives soient délimitées conformément à l'art. 41*a* OEaux dans un délai déterminé.[16]

2. Consultation des «milieux concernés»

Les espaces réservés aux eaux doivent être fixés après consultation des «milieux concernés» (art. 36*a* al. 1 LEaux). Font partie des «milieux concernés»:

– les propriétaires, les propriétaires fonciers concernés, les particuliers et les communes concernés (Tribunal administratif du canton d'Argovie, arrêt WNO.2012.2 du 27 septembre 2012 cons. 4.4.1 et cons. 6.4);
– les organisations environnementales, les unions de paysans, les unions des arts et métiers, les associations de propriétaires fonciers et sociétés bourgeoisiales, étant précisé que le cercle des personnes à prendre en considération ne doit pas être compris de manière étroite (Tribunal administratif du canton d'Argovie, arrêt WBE.2017.224 du 1er mars 2018 cons. 2.3.2 et 2.3.3 [Suhr AG]).

3. Garantie des fonctions naturelles des eaux

La largeur de l'espace réservé aux eaux doit notamment être fixée de manière à «garantir les fonctions naturelles des eaux» (art. 36*a* al. 1 let. a LEaux).

Conformément à l'ATF 140 II 428 (Dagmersellen LU), les «fonctions naturelles d'un cours d'eau» comprennent le transport de l'eau et des alluvions, la garantie de l'évacuation des eaux, l'autoépuration de l'eau et le renouvellement des eaux souterraines, la création d'une variété structurelle naturelle dans les milieux aquatiques, amphibiens et terrestres, le développement de biocénoses typiques, le développement dynamique du cours d'eau, le maintien d'un habitat pour les animaux et les plantes et la connectivité des biotopes.[17] L'espace nécessaire à cette fin a été concrétisé à l'art. 41*a* OEaux pour les cours d'eau.[18]

Dans un arrêt du 25 septembre 2013, le Tribunal zurichois des constructions (BRGE[19]) précise qu'une distance suffisante entre le cours d'eau et l'endroit où le sol est utilisé diminue l'apport de fertilisants et de substances polluantes.[20]

14 Arrêt du TF 1C_289/2017 du 16 novembre 2018 cons. 3.3 (Gelterkinden BL). De même: Tribunal cantonal de Bâle-Ville, arrêt 810 15 257 du 19 octobre 2016 cons. 2.3.2.
15 Même arrêt, cons. 4.4. Cf. également le Tribunal administratif des Grisons, arrêt R 11 52A du 12 novembre 2013 cons. 3i.
16 Même arrêt, cons. 4.5.
17 ATF 140 II 428 cons. 2.1. Cependant, cela ne signifie pas que l'ensemble des cours d'eau doivent être «traités comme des objets à protéger» (Tribunal administratif du canton de Zurich, arrêt VB.2012.00298 du 7 mai 2013 cons. 3.3.1).
18 Même arrêt, cons. 2.2. De même: Tribunal cantonal de Fribourg, arrêt 602 2017 5 du 5 mai 2017 cons. 4.
19 Baurekursgericht des Kantons Zürich.
20 BRGE III n° 0117/2013 cons. 7.2.

4. Espace réservé aux eaux en tant que prescription minimale de droit fédéral

Même si la détermination de l'espace réservé aux eaux relève en principe de la compétence des cantons (art. 36*a* al. 1 LEaux), le Conseil fédéral règle les modalités (art. 36*a* al. 2 LEaux), ce qu'il a fait en édictant les art. 41*a* et 41*b* OEaux. La jurisprudence a dû se prononcer sur la relation entre ces dispositions.

Dans l'arrêt *Rüschlikon I*, le Tribunal fédéral a constaté que les art. 41*a* et 41*b* OEaux posent des exigences minimales de droit fédéral et que les cantons peuvent aller au-delà de celles-ci.[21] Ceci résulte déjà du texte des art. 41*a* et 41*b* OEaux: «*mesure au moins* […]». Selon le TF, la protection des rives du lac peut ainsi être généralement étendue.[22]

Selon un arrêt du TF du 23 décembre 2014 concernant Weinfelden (TG), la détermination de distances par rapport aux eaux allant au-delà des exigences du droit fédéral porte à croire que la préservation des eaux poursuit également, outre un objectif de protection des eaux, des intérêts relevant de l'aménagement du territoire, tels que la protection du paysage et des sites ou l'accès du public aux eaux.[23] En conséquence, de tels intérêts doivent être pris en compte en cas de dérogation à la distance par rapport aux eaux fixée par le droit cantonal, même si le droit fédéral est respecté.[24]

Il s'impose également de respecter les prescriptions relatives à l'espace réservé aux eaux dans les cas où les plans d'affectation communaux ne servent pas à délimiter l'espace réservé aux eaux.[25]

Pour sa part, la jurisprudence cantonale estime elle aussi que les art. 41*a* et 41*b* OEaux doivent être compris comme des règles minimales de droit fédéral:

– Les distances aux cours d'eau ne sont pas pertinentes dans l'espace réservé aux eaux, étant donné qu'elles ne poursuivent pas des objectifs dérogeant à l'OEaux (BRGE II n° 0067/2012, arrêt du 17 avril 2012 cons. 11.2).
– Le canton ne peut pas modifier les prescriptions de droit fédéral sur la méthode de mesure des distances par rapport aux eaux, qui sont exclusivement déterminantes (Tribunal administratif du canton d'Argovie, arrêt WNO.2012.2 du 27 septembre 2012 cons. 5.2.2).
– Les distances par rapport aux eaux fixées par le droit cantonal sont uniquement valables si elles sont plus sévères que les dispositions transitoires du droit fédéral (Tribunal administratif du canton de Saint-Gall, arrêt B2011/164 du 11 décembre 2012 cons. 3.3.4).
– Les cantons ne peuvent pas adopter de dispositions contraires au droit fédéral (Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, arrêt 810 15 257 du 19 octobre 2016 cons. 2.3.2), de sorte qu'il est interdit aux cantons d'introduire d'autres facteurs de réduction (Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, arrêt 810 17 116 du 28 mars 2018 cons. 7).

21 ATF 139 II 470 cons. 4.3.
22 Même arrêt, cons. 3.5.
23 Arrêt du TF 1C_471/2014 cons. 3.3.
24 Même arrêt, cons. 3 et 4.
25 Arrêt du TF 1C_289/2017 du 16 novembre 2018 cons. 4.4 s. (Gelterkinden BL).

5. Instruments destinés à déterminer l'espace réservé aux eaux

L'art. 36*a* LEaux ne précise pas avec quels instruments l'espace réservé aux eaux doit être fixé. Pour délimiter l'espace réservé aux eaux, les moyens suivants sont par exemple envisageables: la fixation directe dans la planification d'affectation communale, l'adoption de plans d'affectation cantonaux spéciaux ou l'établissement d'une planification cantonale sectorielle contraignante pour les plans d'affectation communaux et la procédure d'autorisation de construire.[26]

Les tribunaux ont eu à se prononcer sur la question de savoir si une délimitation de l'espace réservé aux eaux contraignante pour les propriétaires fonciers est nécessaire ou s'il suffit de fixer l'espace réservé aux eaux au niveau de la planification directrice, voire dans une ordonnance administrative (soit sans effet contraignant pour les propriétaires fonciers; voir également le ch. III.5.1).[27] Les tribunaux ont également dû examiner la question de savoir si une détermination de l'espace réservé aux eaux générale et abstraite est compatible avec le droit fédéral (voir ci-dessous, ch. III.5.2).[28]

5.1 Délimitation contraignante pour les propriétaires fonciers, parcelle par parcelle

Une réglementation cantonale selon laquelle les communes déterminent l'espace réservé aux eaux dans la planification d'affectation n'est en soi pas problématique aux yeux du Tribunal fédéral. Dans l'affaire dans laquelle ce principe a été posé, une telle «détermination contraignante» n'avait cependant pas eu lieu.[29] On peut dès lors supposer que le Tribunal fédéral faisait allusion à une *délimitation contraignante pour les propriétaires fonciers*.[30]

Dans l'arrêt *Rüschlikon I*,[31] le Tribunal fédéral a retenu que la délimitation de l'espace réservé aux eaux peut avoir lieu soit dans le cadre de la planification d'affectation communale, par l'intermédiaire d'une modification du règlement des constructions et des zones, soit par l'adoption de plans d'affectation cantonaux ou la mise sur pied d'une planification cantonale, qui doit être prise en compte dans la procédure des plans d'affectation et dans la procédure d'autorisation de construire. Reste ouverte la question de savoir si le Tribunal entendait faire une énumération exhaustive ou citer quelques exemples seulement.

Dans un arrêt du 16 novembre 2018, le Tribunal fédéral précise que dans le cadre de la délimitation de l'espace réservé aux eaux, il s'agit non pas de fixer des règles générales, mais de prendre des dispositions adaptées aux circonstances concrètes.[32] Lorsqu'une exception à la protection des rives est discutée, une motivation détaillée portant sur chaque parcelle est requise. Des remarques générales

26 STUTZ, Raumbedarf (note 13), p. 16.
27 STUTZ HANS W., remarque de la rédaction, DEP 2019 51, p. 63.
28 Cf. LUSTENBERGER ERIK, Generell-abstrakte Festlegung des Gewässerraums – die Quadratur des Kreises?, DEP 2018 475.
29 Arrêt du TF 1C_505/2011 du 1er février 2012 cons. 3.2 (Nebikon ZH).
30 Cf. STUTZ, remarque (note 27), p. 64.
31 ATF 139 II 470 cons. 4.3.
32 Arrêt du TF 1C_289/2017 du 16 novembre 2018 (Gelterkinden BL).

ne suffisent pas.[33] Un doute subsiste sur la question de savoir si le Tribunal fédéral exige une délimitation parcelle par parcelle dans tous les cas. Car dans le même arrêt, le Tribunal laisse en suspens la question de savoir si une délimitation générale et abstraite de l'espace réservé aux eaux serait également admissible (voir ci-dessous, ch. III.5.2). L'exigence d'une détermination parcelle par parcelle plaiderait *en défaveur d'une détermination au niveau du plan directeur*.

Les tribunaux cantonaux se sont généralement prononcés dans le sens d'une détermination de l'espace réservé aux eaux parcelle par parcelle et contraignante pour les propriétaires fonciers:

– Selon le Tribunal administratif du canton de Schwyz (arrêt EGV-SZ 2014 B. 8.4 du 4 décembre 2014), la délimitation des espaces réservés aux eaux dans un inventaire communal des espaces réservés aux eaux contraignant pour les autorités est en principe conforme à l'art. 36*a* LEaux. Mais en l'absence d'une détermination de l'espace réservé aux eaux contraignante pour les propriétaires fonciers, la question de savoir si un projet est susceptible d'obtenir une autorisation sous l'angle du droit de la protection des eaux peut être examinée sans restriction dans la procédure d'autorisation de construire. Dans ce cadre, il faut évaluer s'il y encore lieu d'appliquer les dispositions transitoires, respectivement déterminer quelle distance par rapport aux eaux doit être respectée (cons. 2.3).
– Il convient d'opter pour une procédure de planification effectuant des délimitations parcelle par parcelle, qui sont contraignantes pour les propriétaires fonciers et susceptibles de recours (Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, arrêt 810 15 257 du 19 octobre 2016 cons. 2.3.2 et arrêt 810 16 180 du 22 mars 2017 cons. 4.4.2 [Liestal BL]). Les déterminations au niveau de la planification directrice ou sectorielle ne suffisent pas (Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, arrêt 810 16 180 du 22 mars 2017 cons. 4.4.2 [Liestal BL]).
– De même, la justification de l'existence d'une zone densément bâtie au sens de l'art. 41*a* OEaux doit être détaillée et faire référence aux différentes parcelles. Des affirmations générales relatives à de larges tronçons et l'argument de la densification en tant qu'objectif général ne sont pas satisfaisants (Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, arrêt 810 15 257 du 19 octobre 2016 cons. 2.6.2, 2.7 et 2.9).
– L'espace réservé aux eaux doit être délimité au sein d'une procédure d'aménagement du territoire qui tienne compte des circonstances concrètes et garantisse la consultation des personnes concernées (Tribunal administratif du canton d'Argovie WBE.2017.224 du 1er mars 2018 cons. 2.3.1 [Suhr AG]).

Dans l'ensemble, la jurisprudence exposée ci-dessus montre clairement une tendance à une détermination de l'espace réservé aux eaux parcelle par parcelle et contraignante pour les propriétaires fonciers.

5.2 Détermination générale et abstraite de l'espace réservé aux eaux?

La question de la détermination générale et abstraite de l'espace réservé aux eaux n'a dû être examinée qu'une seule fois par le Tribunal fédéral, dans son arrêt *Gel-*

33 Même arrêt, cons. 5.5.

terkinden BL, où il a finalement laissé cette question ouverte: il est à se demander si le § 12a al. 2 de l'ancienne loi bâloise sur l'aménagement du territoire et les constructions (RBG/BL), qui se limite à une simple détermination de l'espace réservé aux eaux générale et abstraite, qui n'en confie pas la délimitation aux communes, est compatible avec le droit fédéral. Cette question pouvait rester en suspens vu qu'il s'agissait d'évaluer la délimitation de nouvelles zones de protection des rives.[34] Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral a estimé qu'une *renonciation* générale et abstraite à fixer l'espace réservé aux eaux est dans tous les cas inadmissible.[35]

Les tribunaux cantonaux se sont majoritairement prononcés contre l'admissibilité d'une détermination générale et abstraite de l'espace réservé aux eaux:

– Le devoir de consulter les milieux concernés et l'obligation en découlant de procéder à une évaluation au cas par cas s'opposent à l'adoption de règles générales et abstraites (Tribunal administratif du canton de Zurich, arrêt VB.2012.00001 du 26 juin 2012 cons. 4.8).
– L'espace réservé aux eaux doit être fixé après consultation des milieux concernés et donc au cas par cas (Tribunal administratif du canton d'Argovie, arrêt WNO.2012.2 du 27 septembre 2012 cons. 4.4.1). Si une réglementation générale et abstraite n'est pas d'emblée exclue (même arrêt, cons. 6.1), une renonciation générale et abstraite à fixer l'espace réservé aux eaux n'est en revanche pas compatible avec le droit fédéral. La renonciation à une délimitation n'est possible que sur la base d'une pesée des intérêts en présence (art. 41*b* al. 4 OEaux) dans une procédure de plan d'affectation ou dans une procédure de planification directrice (même arrêt, cons. 6.6).
– Conformément au § 12a al. 2 de l'ancienne loi bâloise sur l'aménagement du territoire et les constructions (RBG/BL), les zones de protection des rives communales existantes étaient considérées comme espace réservé aux eaux délimité par le canton. Après que le Tribunal cantonal de Bâle-Campagne eut encore estimé, le 19 octobre 2016, qu'un doute existe encore sur ce qui est valable dans un tel cas (Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, arrêt 810 15 257 cons. 2.3.4),[36] le même Tribunal a constaté par la suite qu'une telle réglementation générale et abstraite sur la distance par rapport aux eaux n'est pas compatible avec le droit fédéral, soit en l'espèce la renonciation à une délimitation alors qu'une pesée globale des intérêts est requise (Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, arrêt 810 16 180 du 22 mars 2017 cons. 4.4.2, 4.4.3 et 4.5.2 [Liestal BL]).
– La détermination générale et abstraite de l'espace réservé aux eaux n'est pas admissible, car elle ne permet pas d'obtenir un résultat global satisfaisant, qui tienne compte des besoins concrets pour chaque tronçon du cours d'eau et de tous les intérêts légitimes (Tribunal administratif du canton d'Argovie, arrêt WBE.2017.224 du 1er mars 2018 cons. 2.3.1 [Suhr AG]).[37]
– Une *renonciation* générale et abstraite (ou globale) à fixer l'espace réservé aux eaux n'est pas compatible avec le droit fédéral (Tribunal administratif du canton

34 Arrêt du TF 1C_289/2017 du 16 novembre 2018 cons. 4.3 (Gelterkinden BL).
35 Arrêt du TF 1C_15/2019 du 13 décembre 2019 cons. 6.4.
36 Ceci a été confirmé dans l'arrêt Gelterkinden BL (arrêt du TF 1C_289/2017 du 16 novembre 2018 cons. 4.3).
37 Sur les arrêts du Tribunal administratif du canton d'Argovie du 1er mars 2018 et du Tribunal cantonal de Bâle-Campagne du 22 mars 2017, cf. LUSTENBERGER (note 28).

d'Argovie, arrêt WNO.2012.2 du 27 septembre 2012 cons. 6.6, Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, arrêt 810 17 116 du 28 mars 2018 cons. 5.4.1, Tribunal administratif du canton de Schwyz, arrêt III 2018 190 du 29 août 2019 cons. 6.6).

Il est regrettable que le Tribunal fédéral ait laissé ouverte la question de la détermination générale et abstraite de l'espace réservé aux eaux dans l'arrêt *Gelterkinden BL*. Car dans le canton de Bâle-Campagne, la jurisprudence avait déjà évolué dans une procédure ultérieure, et ce, avant le prononcé du jugement du TF.[38] Dans l'ensemble, la tendance indique clairement qu'une détermination générale et abstraite de l'espace réservé aux eaux n'est ni admissible, ni judicieuse, puisqu'une telle méthode ne peut pas satisfaire à l'exigence d'une motivation détaillée, propre à chaque parcelle (ch. III.5.1 ci-dessus). Une délimitation générale et abstraite semble aussi exclue dans le contexte du devoir de consultation des milieux concernés exigé par l'art. 36*a* al. 1 LEaux, dont font également partie les propriétaires fonciers concernés (ch. III.2 ci-dessus). De plus, comme les dispositions relatives à la détermination de l'espace réservé aux eaux posent des exigences *minimales* de droit fédéral qu'il s'agit d'apprécier dans chaque cas particulier (ch. III.4), les cantons doivent faire usage de leur marge d'appréciation, ce qui rend nécessaire un examen au cas par cas.[39]

6. Détermination anticipée de l'espace réservé aux eaux

Les demandes en autorisations de construire et l'élaboration des plans d'affectation spéciaux peuvent représenter une occasion de procéder à une détermination anticipée de l'espace réservé aux eaux. Dans ce contexte, il convient de veiller à ce que la longueur du tronçon du cours d'eau pris en compte soit judicieuse sous l'angle de l'aménagement du territoire.[40]

7. Prise en considération de l'espace réservé aux eaux dans les plans directeurs et les plans d'affectation

Les cantons veillent à ce que les plans directeurs et les plans d'affectation prennent en compte l'espace réservé aux eaux (art. 36*a* al. 3, 1re phrase LEaux et art. 46 al. 1bis OEaux). Il s'agit de garantir une utilisation appropriée à l'espace réservé aux eaux sous l'angle de l'aménagement du territoire.[41]

Dans son arrêt *Hotel Suvretta House*, le Tribunal fédéral a retenu qu'il faut également prendre en compte l'espace réservé aux eaux dans le cadre *d'une pla-*

38 Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, arrêt 810 16 180 du 22 mars 2017 (Liestal BL).

39 En ce qui concerne l'inadmissibilité générale de la détermination générale et abstraite de l'espace réservé aux eaux pour ces motifs notamment, cf. KEHRLI JEANNETTE, Spielräume der Kantone in der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung, DEP 2016 738, p. 744 s.

40 Tribunal administratif de Saint-Gall, arrêt B 2015/19 du 26 avril 2018 cons. 11.1. Arrêt du TF 1C_556/2013, 1C_558/2013 et 1C_562/2013 du 21 septembre 2016 cons. 10.3 et 10.5 (Näfels GL): il était admissible d'appliquer l'art. 41*b* OEaux en lieu et place des dispositions transitoires de l'OEaux pour le tronçon d'un cours d'eau longeant un fossé antichar et de renoncer à délimiter l'espace réservé aux eaux.

41 KEHRLI JEANNETTE, Gewässerraum festlegen, Raum und Umwelt 4_2017, p. 13.

nification d'affectation spécifique à un projet, telle qu'un plan d'aménagement ou de quartier. Même s'il est encore possible de contrôler le respect de la législation fédérale relative à l'espace réservé aux eaux dans la procédure d'autorisation de construire, il y a impérativement lieu d'introduire la remarque suivante dans le plan d'affectation: «Les dispositions fédérales sur l'espace réservé aux eaux demeurent réservées. Leur respect doit être garanti dans la procédure d'autorisation de construire».[42]

En conséquence, les prescriptions de la législation sur la protection des eaux doivent également être respectées dans les procédures communales en élaboration de plans d'affectation qui ne servent pas à délimiter l'espace réservé aux eaux.[43]

Les dispositions relatives à la prise en compte de l'espace réservé aux eaux dans les plans directeurs et les plans d'affectation ne comportent aucune indication concernant la *procédure* concrète *à appliquer* en matière de *détermination de l'espace réservé aux eaux.*

> La *procédure de détermination de l'espace réservé aux eaux* peut être précisée au niveau cantonal (Tribunal administratif du canton de Zurich, arrêt AN.2012.00001 du 26 juin 2012 cons. 4.8).

En tous les cas, la question de savoir si l'espace réservé aux eaux est déterminé dans des plans directeurs ou d'affectation ou par un autre acte d'aménagement du territoire ne joue aucun rôle pour le respect des prescriptions matérielles de la législation sur la protection des eaux.[44]

8. Compensation des surfaces d'assolement

Selon l'art. 36*a* al. 3 LEaux, l'espace réservé aux eaux n'est pas considéré comme surface d'assolement. La disparition de surfaces d'assolement est compensée conformément aux plans sectoriels de la Confédération visés à l'art. 13 de la loi sur l'aménagement du territoire (LAT).[45] L'art. 41*c*^{bis} OEaux a été adopté dans le cadre de la deuxième révision de l'OEaux en 2017. Selon cette disposition, les surfaces d'assolement dans l'espace réservé aux eaux peuvent rester imputées à la surface totale minimale d'assolement (art. 30 al. 2 OAT); c'est seulement si les surfaces d'assolement sont affectées à des mesures constructives de protection contre les crues ou de revitalisation des eaux que leur perte doit être compensée.

A la lumière des objectifs poursuivis par le plan sectoriel des surfaces d'assolement, le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 41*c*^{bis} OEaux constitue une concrétisation admissible de l'art. 36*a* al. 3 LEaux.[46] Le texte de la disposition permet une approche différenciée. Même si la genèse de la loi n'est pas sans équivoque, la disposition correspond au sens et au but du plan directeur des surfaces d'assolement, selon lequel le critère déterminant pour la comptabilisation

42 Arrêt du TF 1C_164/2012 du 30 janvier 2013 cons. 7, 7.2 et 7.3 (St. Moritz GR).
43 Arrêt du TF 1C_289/2017 du 16 novembre 2018 cons. 4.4 (Gelterkinden BL)
44 Cf. STUTZ, remarque (note 27), p. 61.
45 Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (RS 700).
46 Arrêt du TF 1C_15/2019 du 13 décembre 2019 cons. 9.4.

des surfaces d'assolement n'est pas l'exploitation actuelle, mais la conservation du potentiel de production.[47]

L'instance inférieure, le Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, avait déjà considéré cette disposition comme conforme au droit, au terme d'une interprétation historique, systématique et téléologique de l'art. 36*a* al. 3, 2e phrase LEaux.[48]

> Dans son arrêt 810 17 116 du 28 mars 2018, après avoir interprété l'art. 36*a* al. 3, 2e phrase LEaux, le Tribunal cantonal de Bâle-Campagne est parvenu à la conclusion que le terme de «disparition de surfaces d'assolement» vise uniquement les pertes effectives irréversibles de terres cultivables et non pas le statut juridique des surfaces d'assolement. La précision faite à l'art. 41*c*bis OEaux est admissible. Cette interprétation de l'art. 36*a* al. 3, 2e phrase LEaux correspond à la volonté du législateur historique. L'interprétation systématique n'aboutit pas à un autre résultat. L'art. 38*a* al. 2 LEaux relatif à la revitalisation des eaux contient un texte normatif identique, bien que pour cette disposition, il n'y ait pas de conflit possible quant à la question de savoir si seule est visée (ou non) l'utilisation effective de terres qui seraient durablement perdues pour l'agriculture. La garantie des surfaces d'assolement a finalement pour sens et pour but de pouvoir disposer de suffisamment de terres durant les périodes de crise, étant précisé que le fait d'attribuer un terrain à l'espace réservé aux eaux au stade de la planification n'a aucune influence sur son aptitude en tant que terre cultivable (cons. 4.6 et 4.7).

Les motifs exposés par le Tribunal fédéral et par le Tribunal cantonal sont compréhensibles. Néanmoins, du point de vue de la sécurité du droit, il est regrettable que le texte a priori clair de la loi ne permette pas de différencier entre les «surfaces d'assolement au sens juridique du terme» et les «surfaces d'assolement effectives» et qu'il faille dès lors recourir à d'autres méthodes d'interprétation pour en établir le véritable sens.

9. Devoir de coordination

Dans le cadre de la détermination de l'espace réservé aux eaux, les cantons sont impérativement tenus à la coordination prescrite par les art. 36*a* al. 3, 1re phrase-LEaux et 46 al. 1 et al. 1bis OEaux, en prenant en compte l'espace réservé aux eaux dans les plans directeurs et les plans d'affectation ainsi qu'à l'occasion de toute autre mesure.[49] Les art. 41*a* al. 3, let. b et 41*b* al. 2, let. b OEaux exigent spécifiquement une coordination avec la planification de revitalisations (art. 41*d* OEaux).[50]

> – Le principe de coordination impose que la décision coordonnée contienne une dérogation conformément à l'art. 41*c* OEaux (Tribunal administratif du canton de Thurgovie, arrêt TVR 2015 n° 21 du 21 janvier 2015 cons. 3.2).
> – Un projet de protection contre les crues, respectivement un projet de correction d'un cours d'eau, tel que la deuxième correction de la Thur en Thurgovie, néces-

47 Même arrêt, cons. 9.1, 9.2.2 resp. 9.3.3.
48 Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, arrêt 810 17 116 du 28 mars 2018 cons. 4.6 et 4.7.
49 ATF 139 II 470 cons. 4.3 (Rüschlikon I).
50 ATF 140 II 437 cons. 6.2 (Rüschlikon II); de même, arrêt du TF 1C_821/2013 du 30 mars 2015 cons. 6.5.2 (Wangen SZ).

site impérativement une coordination avec la détermination de l'espace réservé aux eaux dans le périmètre concerné (Tribunal administratif du canton de Thurgovie, arrêt TVR 2018 n° 24 du 14 novembre 2018 cons. 3.5).

10. Classement en zone à bâtir dans l'espace réservé aux eaux

Dans son arrêt 1C_612/2014 du 26 août 2015 (Sarnen OW), le Tribunal fédéral a considéré qu'un classement en zone à bâtir dans l'espace réservé aux eaux était inadmissible dans la mesure où 80 % des surfaces à classer en zone à bâtir se trouvaient dans l'espace réservé aux eaux défini par le droit transitoire.[51]

Dans son arrêt 1C_384/2016 du 16 janvier 2018, le Tribunal fédéral a en revanche estimé qu'on ne peut pas déduire de l'art. 41*c* al. 1 OEaux que les zones à bâtir ne sont généralement pas admises dans l'espace réservé aux eaux. Un classement en zone à bâtir n'est pas synonyme de constructibilité illimitée. La mise en zone à bâtir était admissible en l'espèce, car une construction judicieuse était possible indépendamment de l'espace réservé aux eaux encore à définir et qu'elle ne préjugeait pas de la détermination de l'espace réservé aux eaux. Le respect des dispositions concernées de la législation sur la protection des eaux pouvait être contrôlé dans la procédure d'autorisation de construire ultérieure.[52]

11. «Eaux superficielles»

L'art. 36*a* LEaux prévoit la détermination d'espaces réservés aux eaux pour les eaux «superficielles» seulement. La jurisprudence interprète largement cette disposition.

Ainsi, un cours d'eau endigué, où deux ponts sont construits, est considéré comme «eaux superficielles».[53] Il en va de même en ce qui concerne les eaux entièrement artificielles (p. ex. un étang artificiel) et les tronçons de rive corrigés (et en ce sens artificiels). Font également partie de ces derniers les secteurs lacustres modifiés par des aplanissements, des remblais de rives ou des endiguements.[54] Le canal qui relie les deux parties du lac de Zurich à Hurden ne peut pas être considéré comme un objet *sui generis* qui ne constituerait ni un cours d'eau, ni une étendue d'eau. Il remplit des fonctions écologiques propres aux eaux et constitue ainsi une étendue d'eau.[55] Un ruisseau qui ne comporte pas de végétation typique des ruisseaux ni de débit permanent peut aussi être qualifié d'«eaux superficielles».[56]

– Les cours d'eau enterrés sont également compris dans les «eaux superficielles»,[57] car le sens et le but de la loi ne peuvent être atteints que si la délimitation entre en considération pour tous les cours d'eaux. La revitalisation des eaux requise par l'art. 38*a* LEaux peut concrètement signifier que des eaux enterrées doivent être re-

51 Arrêt du TF 1C_612/2014 du 26 août 2015 cons. 3.1 (Sarnen OW).
52 Arrêt du TF 1C_384/2016 du 16 janvier 2018 cons. 7.6.
53 ATF 140 II 428 cons. 8.1 (Dagmersellen LU).
54 Arrêt du TF 1C_821/2013 et 1C_825/2013 du 30 mars 2015 cons. 6.4.4 (Wangen SZ).
55 Arrêt du TF 1C_473 du 22 mars 2016 cons. 2.3 (Freienbach SZ).
56 Arrêt du TF 1C_15/2019 du 13 décembre 2019 cons. 5.2.
57 Ainsi, p. ex., le Tribunal administratif du canton de Schwyz, arrêt III 2018 190 du 29 août 2019 cons. 6.6.

mises à ciel ouvert (Tribunal administratif du canton de Zurich, arrêt AN.2012.00001 du 26 juin 2012 cons. 4.1).
– Les eaux artificielles, telles qu'un ruisseau déplacé, doivent également être qualifiées d'«eaux superficielles» (Tribunal administratif du canton de Zurich, arrêt VB.2012.00298 du 7 mai 2013 cons. 5.2).

12. Espace réservé aux cours d'eau

12.1 Détermination en fonction de la largeur naturelle du lit

Conformément à l'art. 41*a* OEaux, l'espace réservé aux eaux nécessaire est déterminé sur la base de la largeur naturelle du fond du lit.

La largeur du lit est déterminée à l'aide d'un facteur de correction, qui, pour des raisons écomorphologiques, doit être appliqué au cas par cas, en fonction de l'état des eaux (BRGE III n° 104/2012, arrêt du 29 août 2012 cons. 4.2.2).[58]

12.2 Prise en compte des constructions existantes

Il n'y a pas de réponse claire à la question de savoir si les constructions existantes peuvent être prises en compte dans la détermination de l'espace réservé aux eaux.

– L'obligation de revitalisation interdit de prendre les constructions existantes comme référence pour la détermination définitive de l'espace réservé aux eaux. Il ne s'agit aucunement de les «contourner», mais bien de les prendre en compte dans l'espace réservé aux eaux. Eu égard à une construction future, il est également opportun de déterminer l'espace (définitif) réservé aux eaux en tenant partiellement compte des constructions existantes (BRGE III n° 104/2012, arrêt du 29 août 2012 cons. 5.3).
– Même un espace réservé aux eaux défini plus largement ne peut pas augmenter de manière significative le potentiel de revitalisation au vu des constructions existantes. Il n'y a dès lors pas lieu d'augmenter la largeur de l'espace réservé aux eaux au sens de l'art. 41*a* al. 3 let. b OEaux (Tribunal administratif du canton de Schwyz, arrêt III 2018 206 du 24 avril 2019 cons. 4.2.4).

La première décision relative à la délimitation de l'espace réservé aux eaux doit être prise dans une perspective à moyen et long terme.[59] La systématique légale laisse également supposer que les constructions existantes n'ont pas à être prises en compte dans la détermination de l'espace réservé aux eaux. Par analogie aux dispositions transitoires,[60] l'espace réservé aux eaux est fixé indépendamment des constructions existantes. C'est seulement dans un deuxième temps qu'il convient de se prononcer sur l'utilisation de l'espace réservé aux eaux.[61] Selon les art. 41*a* et 41*b* OEaux (voir al. 4 let. a, respectivement al. 3), une prise en compte de la

58 En ce qui concerne le facteur de correction, voir également le Rapport explicatif de l'OFEV du 20 avril 2011, p. 11.
59 A ce sujet, cf. STUTZ HANS W., Uferstreifen und Gewässerraum – Umsetzung durch die Kantone, DEP 2012 90, p. 98.
60 Cf. chiffre IV ci-dessous.
61 Cf. chiffre V ci-dessous.

configuration des constructions déjà au stade de la détermination de l'espace réservé aux eaux est uniquement prévue dans les zones densément bâties. Un autre argument plaidant en faveur d'une détermination de l'espace réservé aux eaux indépendante des constructions existantes tient au fait que les autorités disposent des outils suivants pour la revitalisation des eaux: l'acquisition de gré à gré, le démembrement et l'expropriation (art. 68 LEaux). Par conséquent, les droits acquis ne sont pas protégés de manière absolue.

12.3 Délimitation asymétrique de l'espace réservé aux eaux

En rapport avec une augmentation de l'espace réservé aux eaux conformément à l'art. 41*a* al. 3 let. c LEaux, le Tribunal fédéral a jugé que l'espace définitif réservé aux eaux peut aussi être délimité de manière asymétrique.[62] Dans son arrêt 1C_15/2019 du 13 décembre 2019, se référant au Rapport explicatif de l'OFEV, le Tribunal fédéral part également du principe que les espaces réservés aux eaux peuvent être délimités de manière asymétrique et que les autorités disposent d'une certaine marge de manœuvre à cette fin.[63] Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si une détermination asymétrique est impérativement requise dans l'hypothèse où une route cantonale serait incluse dans l'espace réservé aux eaux à défaut d'une telle détermination.[64]

La possibilité d'une délimitation asymétrique revêt une très grande pertinence pratique. Selon le Tribunal fédéral, il incombe en principe aux cantons d'évaluer si une délimitation asymétrique entre en ligne de compte ou non. Toutefois se pose la question de savoir s'il y a des limites à la délimitation asymétrique. Dans la perspective de la garantie des fonctions naturelles de l'espace réservé aux eaux, il existe de bonnes raisons de renoncer de manière générale à une délimitation asymétrique, en tout cas pour ce qui concerne l'espace réservé aux eaux minimal. Il ne s'agit pas de «contourner» les constructions existantes, mais de les prendre en compte dans l'espace réservé aux eaux.[65] La route cantonale mentionnée par le Tribunal fédéral, immuable, pourrait valoir d'exception à cette règle.

12.4 Cours d'eau d'une largeur dépassant 15 mètres

Pour les cours d'eau dont la largeur naturelle du fond du lit est supérieure à 15 mètres, le canton dispose d'une marge d'appréciation dans la détermination définitive de l'espace réservé aux eaux, en considération de l'espace nécessaire pour garantir les fonctions naturelles des eaux, la protection contre les crues et l'utilisation des eaux.[66]

– Dans son arrêt WNO.2012.2 du 27 septembre 2012 cons. 4.4.1 et 6.1, le Tribunal administratif du canton d'Argovie était déjà parvenu à la même conclusion, tout en précisant que pour combler le vide juridique, il s'impose d'édicter des prescriptions

62 Arrêt du TF 1C_573/2015 du 5 juillet 2016 cons. 4.4 (Reinach BL).
63 Arrêt du TF 1C_15/2019 du 13 décembre 2019 cons. 2.1.
64 Même arrêt, cons. 4.1.
65 Chiffre III.12.2 ci-dessus.
66 Arrêt du TF 1C_39/2017 du 13 novembre 2017 cons. 4.5.

> cantonales d'exécution, qui doivent respecter la méthode de mesure et la procédure fixées par le droit fédéral.
> – Dans son arrêt III 2018 206 du 24 avril 2019 cons. 3.1.3, le Tribunal administratif du canton de Schwyz relève que pour les cours d'eau dont la largeur naturelle du fond du lit est supérieure à 15 m, une détermination de l'espace réservé aux eaux dont les valeurs seraient inférieures aux largeurs minimales définies par l'art. 41*a* al. 2 OEaux ne satisfait pas aux exigences de la législation sur la protection des eaux.

Comme le dernier arrêt cité, KEHRLI suppose à juste titre qu'il convient au minimum de fixer une largeur telle que celle définie par l'art. 41*a* al. 2 let. b OEaux. En d'autres termes, l'espace nécessaire à un cours d'eau dont la largeur naturelle du fond du lit dépasse 15 mètres doit au moins correspondre à l'espace nécessaire à un cours d'eau dont la largeur mesure jusqu'à 15 mètres.[67] Cependant, selon l'opinion défendue ici, cela ne signifie pas qu'il serait admissible de fixer *de manière générale*, pour tous les cours d'eau d'une largeur naturelle dépassant 15 mètres, un espace réservé aux eaux équivalant à celui prévu pour les cours d'eau dont la largeur naturelle mesure jusqu'à 15 mètres. Si, pour les cours d'eau dont la largeur naturelle du fond du lit dépasse 15 mètres, les cantons disposent d'une marge d'appréciation pour la détermination définitive de l'espace réservé aux eaux, ils restent toutefois tenus de prendre en compte l'espace nécessaire pour garantir les fonctions naturelles des eaux, la protection contre les crues et l'utilisation des eaux. En conséquence, il y a lieu de procéder à un examen au cas par cas, et il se peut qu'il soit nécessaire de fixer un espace réservé aux eaux plus large que celui prévu pour un cours d'eau dont la largeur naturelle mesure jusqu'à 15 mètres.

12.5 Déplacement d'un cours d'eau

Les dispositions sur la détermination et l'utilisation de l'espace réservé aux eaux s'appliquent par analogie au déplacement d'un ruisseau:

> L'appréciation de la situation doit être la même, qu'il s'agisse d'une construction située dans l'espace réservé aux eaux d'un ruisseau existant ou du déplacement d'un ruisseau ayant pour effet que des constructions existantes se retrouvent dans son espace réservé aux eaux (Tribunal administratif du canton de Zurich, arrêt VB.2012.00298 du 7 mai 2013 cons. 5.3 et 5.5).

12.6 Espace réservé aux eaux dans les sites paysagers d'importance nationale

Dans les sites paysagers d'importance nationale, la largeur de l'espace réservé aux eaux se définit conformément à l'art. 41*a* al. 1 OEaux dans la mesure où il existe des «buts de protection liés aux eaux».

> Dans son arrêt III 2018 206 (cons. 3.4.3) relatif à la zone IFP du lac des Quatre-Cantons comprenant les régions de Kernwald, de Bürgenstock et de Rigi, le Tribunal administratif du canton de Schwyz a estimé qu'une détermination de l'espace ré-

67 Cf. KEHRLI, Festlegen (note 41), p. 17 et 22.

servé aux eaux conformément à l'art. 41*a* al. 1 OEaux n'est pas requise. S'il est vrai que des buts spécifiques à la protection des eaux sont compris dans les buts de protection fixés pour tout le périmètre de l'objet IFP, il n'a pas été défini de buts *supplémentaires* en matière de protection des eaux pour la région de Rigi. Le renvoi à l'applicabilité pour la région de Rigi des buts de protection définis pour tout le périmètre de l'objet IFP n'y change rien.

L'espace réservé aux eaux plus large défini par l'art. 41*a* al. 1 OEaux a pour objectif de promouvoir la biodiversité sur les sites mentionnés.[68] Une telle protection va dans le sens de l'inventaire, même si chaque cours d'eau n'y est pas explicitement mentionné. Le fait que l'ensemble des cours d'eau soient globalement compris dans une zone IFP ne peut pas signifier a contrario que finalement, aucun de ces cours d'eau n'est concerné, ou que seuls sont visés les cours d'eau faisant l'objet d'une mention *supplémentaire* explicite.

13. Espace réservé aux étendues d'eau

L'art. 41*b* OEaux définit les exigences minimales relatives à l'espace réservé aux eaux pour les étendues d'eau (lacs). Aux termes de cette disposition, la largeur de l'espace réservé aux étendues d'eau mesure au moins 15 m à partir de la rive (al. 1). Par nature, l'espace réservé aux eaux s'applique seulement *côté terre*.[69] La question de savoir comment déterminer la «ligne de rive» a fait l'objet de plusieurs décisions.

Pour la rive d'un lac qui a subi un aménagement en dur, il s'agit de la ligne de rive actuelle.[70]

Dans les autres cas, la «ligne de rive» est la ligne délimitant l'étendue d'eau, qui est généralement déterminée en fonction de la périodicité des niveaux d'eau, ou encore, pour les petites étendues d'eau, en fonction de l'arête supérieure de la berge. Dans ce contexte, l'état actuel est en principe déterminant. Les cantons disposent d'une certaine marge de manœuvre. Mais pour les criques créées artificiellement par l'exploitation de gravier, on ne peut pas se fonder sur une ligne de rive qui n'existe plus depuis longtemps. Il est en revanche possible, dans le cadre d'une revitalisation des rives, de s'efforcer de retrouver le tracé initial de la rive.[71]

Dans son arrêt VB.2012.00644 du 27 mars 2013, le Tribunal administratif du canton de Zurich s'était déjà prononcé en ce sens: pour déterminer la ligne de rive, il y a lieu de se fonder sur un «niveau maximal régulièrement récurrent». La question de savoir si un niveau de crue ne survenant statistiquement que tous les 100 ans peut encore être considéré comme «régulièrement récurrent» pouvait rester ouverte en l'espèce, car le projet restait intégralement situé dans la bande riveraine, même pour un Q_{30}[72] (même arrêt, cons. 2.3).

68 OFEV (note 58), p. 11.
69 Cf. explicitement le Tribunal administratif du canton de Berne, arrêt VGE 100.2013.134 du 16 décembre 2014 cons. 7.5.1.
70 ATF 139 II 470 cons. 4.5 (Rüschlikon I) et ATF 140 II 437 cons. 2.3 (Rüschlikon II).
71 Arrêt du TF 1C_821/2013 et 1C_825/2013 du 30 mars 2015 cons. 6.4.4 (Wangen SZ).
72 «Q_{30}» signifie le niveau d'eau étant statistiquement atteint ou dépassé tous les 30 ans en moyenne.

La question de savoir quel niveau d'eau est «régulièrement récurrent» n'est dès lors pas résolue. Conformément à la décision susmentionnée du Tribunal administratif du canton de Zurich, un Q_{30} peut d'emblée être considéré comme «régulièrement récurrent». De l'avis de KEHRLI, étant donné que le niveau de protection pour le débit de crue doit en principe s'orienter selon le Q_{100} dans les agglomérations, il se justifie de définir la ligne de rive en prenant en considération le Q_{100}.[73] A l'inverse, MAURER estime qu'il est approprié d'opter pour un niveau de crue survenant tous les 20 ou 30 ans comme ligne de rive déterminante, par analogie à la végétation des rives.[74]

Dans son arrêt 1C_62/2015 du 9 novembre 2015, le Tribunal fédéral a nié la nullité d'un plan d'aménagement. En ce qui concerne la question de la sécurité en cas de crues par rapport au déplacement projeté d'un ruisseau, il a relevé que les espaces réservés fixés avaient été orientés sur un événement de crue centennal (Q_{100}). En conséquence, le critère «régulièrement récurrent» ne peut pas non plus se situer en-dessous d'un Q_{100} pour déterminer la ligne de rive.[75]

14. Augmentation de la largeur de l'espace réservé aux eaux

Selon l'art. 41*a* al. 3 let. c OEaux, la largeur de l'espace réservé aux eaux doit être augmentée lorsque cela est nécessaire afin d'assurer la préservation d'intérêts prépondérants de la protection de la nature et du paysage.

Dans un arrêt concernant un plan de quartier dans la commune de Reinach (BL), le Tribunal fédéral a examiné si l'espace futur nécessaire à un cours d'eau qui devait être mis à ciel ouvert était suffisamment garanti. Il a estimé que cela était le cas, parce que l'espace libre était suffisamment grand pour permettre une éventuelle augmentation de l'espace réservé au cours d'eau à des fins de compensation écologique au sens de l'art. 18*b* al. 2 de la loi sur la protection de la nature et du paysage (LPN) [76].[77]

> Une augmentation de la largeur de l'espace réservé aux eaux est par exemple nécessaire dans les parcs naturels régionaux, dont les chartes contiennent des buts stratégiques liés aux eaux, ou lorsqu'une végétation des rives se développe le long d'un cours d'eau (Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, arrêt 810 18 71 du 24 octobre 2018 cons. 5.6.2).

73 Cf. KEHRLI, Spielräume (note 39), p. 755.
74 Cf. MAURER HANS, Gewässerraum im Nichtbaugebiet, DEP 2016 714, p. 725.
75 Arrêt 1C_62/2015 du 9 novembre 2015 cons. 3.5 (Wollerau SZ).
76 RS 451.
77 Arrêt du TF 1C_573/2015 du 5 juillet 2016 cons. 4.3 et 4.4 (Reinach BL). A ce sujet, voir aussi MAURER (note 74), p. 728, et GERBER ALEXANDRA, Biotopschutz und ökologischer Ausgleich im Siedlungsgebiet: dringend benötigt und rechtlich geboten, DEP 2018 1, p. 12.

15. Adaptation de la largeur de l'espace réservé aux eaux dans les zones densément bâties

Dans les zones densément bâties,[78] la largeur de l'espace réservé au cours d'eau peut être adaptée à la configuration des constructions pour autant que la protection contre les crues soit garantie (art. 41*a* al. 4 lit. a et 41*b* al. 3 OEaux).

Ainsi, l'adaptation effectuée dans le cadre du plan d'aménagement (en force) «Bächlipark» à Wollerau n'était pas manifestement inexacte aux yeux du Tribunal fédéral. La sécurité en cas de crues avait été déterminée en considération du risque de crue centennal (Q100). Le parc en question constituait une ancienne zone industrielle construite contenant des cours d'eau canalisés et enterrés et les environs nord, est et sud du secteur étaient largement construits.[79]

Au vu de l'art. 36*a* al. 1 LEaux, il convient en principe de réduire le moins possible l'espace réservé aux eaux, de sorte que celui-ci puisse garantir sa fonction de protection contre les crues, les fonctions naturelles des eaux ainsi que l'utilisation des eaux. Il relève de l'appréciation des cantons d'adapter au cas par cas, en présence d'une zone densément bâtie, la largeur de l'espace réservé aux eaux à la configuration des constructions. Il y a néanmoins lieu de respecter l'espace nécessaire à la protection contre les crues en tant que largeur minimale absolue de l'espace réservé aux eaux. Il faut en outre que la «configuration des constructions» exige une telle adaptation. Par conséquent, l'espace réservé aux eaux ne peut être adapté que dans la mesure où il est tenu compte de l'intérêt de la structure du milieu bâti et du développement urbain.

16. Renonciation à délimiter un espace réservé aux eaux

Il est possible de renoncer à fixer l'espace réservé au cours d'eau aux conditions fixées par les art. 41*a* al. 5 et 41*b* al. 4 OEaux.

16.1 Pas d'obligation de renoncer

Il n'y a pas d'obligation de renoncer à fixer l'espace réservé aux eaux. Cela résulte déjà du texte clair de la loi (art. 41*a* al. 5 et 41*b* al. 4 OEaux: «il est possible …»). La règle demeure qu'un espace réservé aux eaux doit être fixé.[80]

16.2 Eaux «artificielles»

Il est notamment possible de renoncer à délimiter l'espace réservé aux eaux pour les eaux «artificielles». La jurisprudence opère une distinction entre les tronçons de rive corrigés (et en ce sens artificiels)[81] et les eaux entièrement artificielles

78 A ce sujet, voir en particulier la jurisprudence abondante relative à l'art. 41*c* OEaux (voir chiffre V.4.2 ci-dessous).

79 Arrêt du TF 1C_62/2015 du 9 novembre 2015 cons. 3.3 et 3.5 (Wollerau SZ). D'après FRITZSCHE, on ne pouvait en l'espèce pas parler d'une zone densément bâtie au sens de la pratique du Tribunal fédéral (voir chiffre V.4.2 ci-dessous), cf. FRITZSCHE CHRISTOPH, Die Bedeutung des Begriffs «dicht überbaut», DEP 2016 757, p. 772.

80 Arrêt du TF 1C_821/2013 et 1C_825/2013 du 30 mars 2015 cons. 6.4.4 (Wangen SZ); arrêt du TF 1C_444/2015 du 14 mars 2016 cons. 3.6.5 (Oberrüti AG); arrêt du TF 1C_15/2019 du 13 décembre 2019 cons. 6.2 s.

81 Arrêt du TF 1C_821/2013 et 1C_825/2013 du 30 mars 2015 cons. 6.4.4 (Wangen SZ).

(p. ex. un étang artificiel ou un fossé antichar inondé, même s'il a été construit durant la deuxième guerre mondiale).[82] Une renonciation est uniquement possible en ce qui concerne les eaux entièrement artificielles.

Les tronçons de rive corrigés ne constituent pas des «eaux artificielles» (arrêt du TF 1C_821/2013 et 1C_825/2013 du 30 mars 2015 cons. 6.4.4 [Wangen SZ]). En revanche, un fossé antichar, soit un fossé inondé qui a été construit durant la deuxième guerre mondiale comme obstacle antichar terrain, appartient à la catégorie des eaux (entièrement) artificielles (arrêt du TF 1C_556/2013, 1C_558/2013 et 1C_562/2013 du 21 septembre 2016 cons. 10.2 et 10.4 [Näfels GL]).

16.3 «Très petits cours d'eau»

Il est également possible de renoncer à délimiter l'espace réservé aux eaux pour les cours d'eau très petits. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si la mention d'un cours d'eau sur la carte nationale 1:25 000 exclut par principe la qualification en cours d'eau «très petit», ou s'il s'impose de procéder à un examen au cas par cas.[83]

16.4 Pas d'intérêts prépondérants opposés

La renonciation à fixer l'espace réservé aux eaux est possible pour autant que des intérêts prépondérants ne s'y opposent pas (art. 41*a* al. 5 et 41*b* al. 4 OEaux).

Aucun intérêt prépondérant ne s'opposait à la renonciation à la délimitation de l'espace réservé aux eaux dans l'arrêt du TF concernant Näfels GL. Un tracé de route aussi proche que possible le long du fossé antichar était nécessaire pour limiter l'atteinte au paysage et la perte de surfaces d'assolement, d'autant plus que les biotopes dignes de protection n'étaient pas affectés.[84]

Une pesée des intérêts doit seulement être effectuée lorsqu'il est renoncé à fixer l'espace réservé aux eaux, et non pas lorsqu'il est procédé à une délimitation.[85] Le Tribunal fédéral a tout de même procédé à une pesée des intérêts dans une affaire relative à un ruisseau non aménagé dans sa majeure partie, qui descendait vers la vallée à partir d'une colline boisée en reliant différents biotopes et écosystèmes et impactant la qualité des eaux souterraines (zone d'infiltration): dans ces circonstances, une renonciation à fixer un espace réservé aux eaux ne s'avérait pas indiquée. En raison de leurs subtiles ramifications dans le paysage, les très petits cours d'eau représentent justement des corridors de mise en réseau et de migration importants pour de nombreuses espèces.[86] En outre, la délimitation d'espaces réservés aux eaux présente un intérêt pour l'agriculture, car de nombreuses études démontrent que la promotion de la biodiversité a des effets positifs sur la productivité agricole et qu'à l'inverse, la perte de biodiversité menace les prestations écosystémiques.[87] En revanche, l'espace réservé aux eaux pouvait

82 Arrêt du TF 1C_556/2013, 1C_558/2013 et 1C_562/2013 du 21 septembre 2016 cons. 10.2 et 10.4 (Näfels GL).
83 Arrêt du TF 1C_15/2019 du 13 décembre 2019 cons. 6.
84 Arrêt du TF 1C_556/2013, 1C_558/2013 et 1C_562/2013 du 21 septembre 2016 cons. 10.4 et 10.5.
85 Arrêt du TF 1C_15/2019 du 13 décembre 2019 cons. 6.2 s.
86 Même arrêt, cons. 6.3.1. A ce sujet, voir également Florian Altermatt, Die ökologische Funktion der Gewässerräume, DEP 1/2020 51.
87 Arrêt du TF 1C_15/2019 du 13 décembre 2019 cons. 6.3.1 et 6.3.3.

être fixé sur une largeur moindre que la zone tampon de 6 m des deux côtés du cours d'eau prescrite par l'art. 21 et le chiffre 9.6 de l'annexe 1 OPD.[88]

Quant à la question de savoir si des intérêts prépondérants s'opposent à une renonciation, et sur celle de savoir dans quels cas et sous quelle forme cette problématique doit être examinée, les tribunaux cantonaux se sont prononcés comme suit:

> – Même en matière de cours d'eau enterrés, il se peut que des intérêts publics importants plaident en faveur d'une délimitation de l'espace réservé aux eaux (Tribunal administratif du canton de Zurich, arrêt VB.2012.00001 du 26 juin 2012 cons. 4.5).
> – Il convient d'évaluer les intérêts liés à la protection contre les crues, à la protection de la nature et du paysage, à la protection des sites construits et des monuments historiques, à l'utilisation des eaux et à la garantie des fonctions de l'espace réservé aux eaux. La sécurité en cas de crues était garantie en l'espèce (Tribunal administratif du canton de Zurich, arrêt VB.2012.00298 du 7 mai 2013 cons. 5.5).
> – Une renonciation à fixer l'espace réservé aux eaux peut seulement remplacer les dispositions transitoires de l'OEaux si une pesée globale des intérêts a eu lieu, soit au stade de la planification cantonale, soit ultérieurement, dans le cadre de la planification d'affectation des communes, laquelle doit permettre la finalisation de la pesée des intérêts pré-structurée par le canton, de même qu'une vérification dans une procédure de recours (Tribunal administratif du canton d'Argovie, arrêt WBE.2017.224 du 1er mars 2018 cons. 2.3.3 et 2.3.4.2 [Suhr AG]).
> – La délimitation de l'espace réservé aux très petits cours d'eau n'exige pas d'intérêt prépondérant. C'est précisément l'inverse qui prévaut: il s'impose de démontrer des intérêts importants s'il est renoncé à une délimitation (Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, arrêt 810 17 116 du 28 mars 2018 cons. 5.4.1). La réduction des apports de nutriments et de polluants ainsi que la protection des très petits cours d'eau en tant qu'habitat et corridor de mise en réseau de biotopes représentent des intérêts importants. Face à ces intérêts substantiels, les restrictions à l'exploitation agricole sont comparativement faibles (même arrêt, cons. 5.5).[89] Des intérêts publics importants plaident également en faveur d'une délimitation de l'espace réservé aux eaux en matière de cours d'eau enterrés (même arrêt, cons. 6.3 et le renvoi à l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 26 juin 2012 cons. 4.5). Aucun intérêt contraire n'a pu être identifié. L'exploitation agricole n'est en aucune manière limitée (art. 41*c* al. 6 let. b OEaux; même arrêt, cons. 6.5).

Une renonciation générale à fixer l'espace réservé aux eaux n'est pas possible si l'un des états de fait énoncés aux art. 41*a* al. 5 et 41*b* al. 4 OEaux est réalisé. Pour examiner si aucun intérêt «prépondérant» ne s'oppose à cette renonciation, une pesée des intérêts au cas par cas est généralement requise. C'est à juste titre qu'il convient de procéder à cette pondération *seulement* en cas de renonciation, et non pas lorsqu'il s'agit de délimiter un espace réservé aux eaux (voir le Tribunal

88 Même arrêt, cons. 6.3.1, 6.3.3 et 6.3.2. A ce sujet, voir également MAURER (note 74), p. 720, illustration 1.

89 Les restrictions d'exploitation supplémentaires (par rapport au droit existant) introduites par le nouveau droit sur la protection des eaux sont marginales pour l'agriculture suisse, cf. STUTZ, Uferstreifen (note 59), p. 101.

cantonal de Bâle-Campagne, arrêt 810 17 116 du 28 mars 2018); cela résulte déjà des art. 41*a* et 41*b* OEaux.

Comme la protection contre les crues est déjà une condition exigée pour l'adaptation de l'espace réservé aux eaux,[90] il convient de lui accorder un poids d'autant plus important dans le cadre d'une renonciation à fixer l'espace réservé aux eaux. L'art. 36*a* al. 1 let. b LEaux prescrit lui aussi qu'il s'agit de garantir la protection contre les crues lors de la détermination de l'espace réservé aux eaux (et donc également dans le cadre de sa renonciation).

IV. Dispositions transitoires

Jusqu'à ce que l'espace réservé aux eaux ait été déterminé, les dispositions transitoires de l'ordonnance sur la protection des eaux (OEaux) s'appliquent. Elles prévoient qu'une bande de chaque côté le long des eaux vaut comme espace réservé aux eaux de droit transitoire. Les espaces réservés aux eaux définitifs auraient dû être déterminés jusqu'au 31 décembre 2018; cependant, ceci n'a été que partiellement réalisé jusqu'à ce jour.

– Les dispositions transitoires de l'OEaux continuent de s'appliquer après le 31 décembre 2018 (Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, arrêt 810 16 2017 du 22 mars 2017 cons. 4.1.3 [Liestal BL]).
– Mais si les dispositions transitoires de l'OEaux devaient s'appliquer bien au-delà du 31 décembre 2018, se poserait la question de l'obligation de verser une indemnité pour expropriation matérielle (Tribunal administratif d'Argovie, arrêt WBE.2017.224 du 1er mars 2018 cons. 2.3.3 [Suhr AG]).

1. Base légale?

L'art. 36*a* LEaux ne contient pas de réglementation provisoire.

Le Conseil fédéral a cependant le droit d'édicter des dispositions transitoires par voie d'ordonnance, même si l'art. 36*a* LEaux ne contient aucune disposition à ce sujet. Eu égard à la garantie de l'espace réservé aux eaux, des motifs importants plaident pour ne plus construire de nouvelles installations dans l'espace réservé aux eaux après l'entrée en vigueur de l'ordonnance modifiée (BRGE II n° 0186/2012, arrêt du 20 novembre 2012 cons. 4.3).

2. Sens et but de l'espace réservé aux eaux prévu par le droit transitoire

L'alinéa 2 des dispositions transitoires de l'OEaux et le renvoi explicite à l'art. 41*c* al. 1 et 2 OEaux ont pour but de garantir qu'aucune nouvelle installation ne soit construite dans la bande riveraine.[91] *A contrario*, l'art. 41*c* al. 3 OEaux par exemple, selon lequel tout épandage d'engrais ou de produit phytosanitaire est interdit dans l'espace réservé aux eaux, ne trouve pas application dans la bande

90 Cf. chiffre III.15 ci-dessus.
91 Arrêt du TF 1C_505/2011 du 1er février 2012 cons. 3.1.3 (Nebikon ZH). Voir également ATF 140 II 437 cons. 6.2 (Rüschlikon II), arrêt du TF 1C_821/2013 et 1C_825/2013 du 30 mars 2015 cons. 6.5.2 (Wangen SZ) et arrêt du TF 1C_106/2018 du 2 avril 2019 cons. 5.2 (Zoug).

riveraine prévue par le droit transitoire. Dans l'optique actuelle, au vu des retards dans la délimitation des espaces réservés aux eaux, cette réglementation fragmentaire paraît insatisfaisante et ne pas être compatible avec le sens et le but de l'art. 36*a* LEaux. Comme il n'est pas possible de prédire si les espaces réservés aux eaux seront délimités à court ou moyen terme, et qu'il existe des cantons qui souhaitent s'abstenir de fixer des espaces réservés aux eaux pour certains cours d'eaux, même à long terme,[92] une modification des dispositions transitoires de l'OEaux semble appropriée.

3. Détermination de la bande riveraine selon la largeur actuelle du fond du lit

Contrairement à ce qui prévaut pour la détermination de l'espace réservé aux eaux définitif en vertu de l'art. 41*a* OEaux,[93] ce n'est pas le fond du lit naturel, mais le fond du lit existant qui est déterminant pour définir la bande riveraine conformément à l'al. 2 des dispositions transitoires de l'OEaux (BRGE III n° 104/2012, arrêt du 29 août 2012 cons. 4.2.2 et Tribunal administratif d'Argovie, arrêt WNO.2012.2 du 27 septembre 2012 cons. 5.2.1).

4. Réglementation exhaustive

Les dispositions transitoires de l'OEaux constituent une détermination provisoire, générale et abstraite, de l'espace réservé aux eaux. Les tribunaux cantonaux ont dû se pencher sur la question du rapport entre les dispositions transitoires de l'OEaux et un espace réservé aux eaux futur devant effectivement être délimité:

– Dans son arrêt du 17 avril 2012 (BRGE II n° 0067/2012), le Tribunal zurichois des constructions a relevé qu'il s'agit de tenir compte des dispositions transitoires «de manière différenciée». L'espace réservé aux eaux définitif peut être adapté conformément à l'art. 41*a* al. 4 OEaux. En l'occurrence, il fallait partir du principe que l'on est en présence d'un tel cas d'application en l'espèce, parce qu'à défaut, la route concernée ainsi que plusieurs bâtiments se trouveraient entièrement dans l'espace réservé aux eaux. La disposition transitoire n'était touchée que dans la mesure où la petite centrale hydroélectrique dépassait sur la zone libre avoisinante (cons. 10.2).
– En revanche, selon le Tribunal administratif de Zurich (arrêt AN.2012.00001 du 26 juin 2012), les dispositions transitoires s'appliquent à tous les immeubles et indépendamment des distances par rapport aux eaux définitivement fixées par le canton, même si l'espace réservé aux eaux prévu par le droit transitoire est plus grand que celui qui sera effectivement délimité (cons. 4.4).
– De l'avis du Tribunal zurichois des constructions (BRGE I n° 0032/2014, arrêt du 28 mars 2014 cons. 10.3.2; BRGE I n° 0073/2016 cons. 5.3), un élargissement de l'espace réservé aux eaux fixé par le droit transitoire afin de garantir la protection

92 Ainsi, par exemple, le canton des Grisons, qui aimerait prévoir une catégorie d'espace réservé aux eaux «sans détermination», cf. séminaire de l'ADE 2019: Festlegung des Gewässerraums im Kanton Graubünden, p. 11, téléchargement sur: https://www.vur-ade.ch/dynpg/upload/imgfile466.pdf.
93 Voir ci-dessus, chiffre III.12.1.

contre les crues n'est pas prévu dans les dispositions transitoires et ne peut dès lors pas être exigé (cons. 10.3.2).
– Cela est confirmé dans l'arrêt du 29 avril 2016 (BRGE I n° 0073/2016). La réglementation des dispositions transitoires est exhaustive et s'applique jusqu'à ce que l'espace réservé aux eaux définitif ait été fixé. Il n'y a pas de place pour une extension du champ d'application de l'art. 41*c* al. 1 et 2 OEaux à un espace réservé aux eaux définitif futur (op. cit., cons. 5.3).

Dans l'ensemble, la jurisprudence montre clairement que la réglementation des dispositions transitoires est exhaustive et qu'elle s'applique sans restriction jusqu'à la délimitation de l'espace réservé aux eaux définitif. Il n'est dès lors pas possible d'entreprendre un élargissement ou une réduction de l'espace réservé aux eaux avant la détermination définitive et celle-ci ne peut pas non plus être anticipée. Une prise en compte différenciée, telle que préconisée par le Tribunal zurichois des constructions dans son arrêt BRGE II n° 0067/2012 du 17 avril 2012, n'est pas prévue dans l'OEaux.

5. Applicabilité immédiate dans les procédures de recours pendantes

Les nouvelles dispositions sur l'espace réservé aux eaux poursuivent un intérêt public important. Selon une jurisprudence constante, le but poursuivi par les dispositions transitoires (pas de nouvelle installation dans la bande riveraine) exige que les nouvelles dispositions trouvent aussi application dans les procédures de recours. Cela se justifie notamment au vu de la possibilité d'accorder des dérogations.[94]

Dans le cadre de l'examen de la question de savoir si une autorisation de construire *a posteriori* doit être délivrée, il faut en revanche se fonder sur la situation juridique qui prévalait au moment de l'édification de la construction, dans la mesure où le nouveau droit n'est pas plus favorable[95] (Tribunal administratif de Zurich, arrêt VB.2012.00788 du 11 avril 2013 cons. 5.1).[96]

94 Voir, parmi bien d'autres, l'arrêt du TF 1C_505/2011 du 1er février 2012 cons. 3.1.3 (Nebikon ZH). De même: BRGE II n° 0067/2012, arrêt du 17 avril 2012 cons. 10.2, Tribunal administratif du canton de Saint-Gall, arrêt B 2011/164 du 11 décembre 2012 cons. 3.3.4, ATF 139 II 470 cons. 4.2 (Rüschlikon I), arrêt du TF 1C_741/2013 du 16 juin 2014 cons. 2.3 (Saxon VS), Tribunal administratif du canton de Berne, arrêt VGE 100.2012.463 du 7 juillet 2014 cons. 8.2 (Belp BE), arrêt du TF 1C_821/2013 et 1C_825/2013 du 30 mars 2015 cons. 5.1 et 6.5.2 (Wangen SZ) et arrêt du TF 1C_444/2015 du 14 mars 2016 cons. 3.5 (Oberrüti AG). Ceci s'intègre dans la pratique du Tribunal fédéral en matière de droit de la protection des eaux, de la nature, du paysage et de l'environnement relative à l'application immédiate du nouveau droit, voir notamment ATF 135 II 384 cons. 2.3 (Lauenen BE).

95 Cf. ATF 104 Ib 301 cons. 4c, qui a justifié cette pratique en se fondant sur le principe de proportionnalité.

96 Ceci a été confirmé à plusieurs reprises par le Tribunal administratif de Zurich: arrêt VB.2013.00012 du 16 janvier 2014 cons. 3.1, arrêt VB.2017.00793 du 7 juin 2018 cons. 5.1 et arrêt VB.2018.00276 du 27 juin 2019 cons. 4.1.

6. Espace réservé aux eaux prévu par le droit transitoire en tant que zone réservée

En ce qui concerne l'appréciation de l'octroi d'autorisations exceptionnelles au sens de l'art. 41*c* al. 1 et 2 OEaux dans l'espace réservé aux eaux prévu par le droit transitoire, le Tribunal fédéral et les tribunaux cantonaux se sont prononcés à plusieurs reprises sur la question de savoir quelle fonction l'espace réservé aux eaux prévu par le droit transitoire exerce par rapport à l'espace réservé aux eaux devant définitivement être fixé, et quel impact cela a sur l'octroi de dérogations.

Dans son arrêt *Rüschlikon II*, le Tribunal fédéral a affirmé que l'espace réservé aux eaux prévu par le droit transitoire exerce la fonction d'une zone réservée. L'octroi d'une autorisation exceptionnelle dans l'espace réservé aux eaux prévu par le droit transitoire ne peut pas entraver la future planification de l'espace réservé aux eaux et de la revitalisation des eaux,[97] ni lui être contraire, dans la mesure où une telle planification est déjà concrétisée. Les instances cantonales compétentes doivent vérifier si une revitalisation des rives «entre sérieusement en considération».[98]

Dans un arrêt du 30 mars 2015, le Tribunal fédéral précise que les constructions et installations susceptibles de préjuger négativement ou de mettre en péril la future planification de revitalisations ne peuvent pas être autorisées dans l'espace réservé aux eaux prévu par le droit transitoire, pas non plus dans le cadre du plan d'affectation.[99] En l'espèce, des indices sérieux indiquaient que la zone concernée constituait un tronçon d'eaux qui devait être revitalisé en priorité. Les remblayages et les constructions prévus préjugeaient négativement la planification de revitalisations.[100]

En revanche, la construction d'un collecteur d'eaux mélangées, qui dépassait un peu sur la bande riveraine, ne préjugeait ni ne lésait la planification future de l'espace réservé aux eaux et de la revitalisation des eaux. Les autorités avaient déjà fait part de leurs intentions d'aménagement pour l'emplacement en question. Il en ressortait que le périmètre concerné ne serait pas compris dans l'espace réservé aux eaux. La conduite d'eau qui précédait le collecteur d'eaux mélangées et qui bénéficiait de la garantie de la situation acquise préjugeait aussi négativement les éventuels efforts de revitalisation.[101]

Le Tribunal administratif de Zurich s'est écarté de la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle il s'agit uniquement de démontrer que la revitalisation entre sérieusement en considération,[102] respectivement qu'il existe des indices sérieux en faveur d'une revitalisation:[103]

---

97 Dans le cadre de la détermination de l'espace réservé aux eaux définitif, il y a également lieu d'assurer l'espace requis pour les revitalisations, en vertu des art. 41*a* al. 3 let. b et 41*b* al. 2 let. b OEaux.

98 ATF 140 II 437 cons. 6.2. Cela suppose une coordination avec la planification des revitalisations (art. 41*d* OEaux). La fonction de l'espace réservé aux eaux en tant que zone réservée a été confirmée dans les arrêts du TF 1C_8/2016 du 18 janvier 2016 (cons. 3.6) et 1C_106/2018 du 2 avril 2019 (cons. 5.2) (Zoug). Cela vaut aussi pour les cours d'eau enterrés (arrêt du TF 1C_444/2015 du 14 mars 2016 cons. 3.6.5 [Oberrüti AG]).

99 Arrêt du TF 1C_821/2013 et 1C_825/2013 du 30 mars 2015 cons. 6.5.2 (Wangen SZ).

100 Même arrêt, cons. 6.5.3 et 6.5.4.

101 Arrêt du TF 1C_39/2017 du 13 novembre 2017 cons. 4.5.

102 ATF 140 II 437 cons. 6.2 (Rüschlikon II).

103 Arrêt du TF 1C_821/2013 et 1C_825/2013 du 30 mars 2015 cons. 6.5.3 (Wangen SZ).

> Dans son arrêt VB.2014.00073 du 30 juin 2015, le Tribunal administratif du canton de Zurich a estimé qu'il incombait à l'autorité compétente de montrer dans quelle mesure le projet de construction fait obstacle à une éventuelle remise à ciel ouvert du ruisseau, et d'examiner différentes solutions (cons. 3.4.2). En l'absence d'un examen détaillé, l'autorisation exceptionnelle ne pouvait pas être refusée au motif qu'il n'existait encore aucun projet concret et juridiquement assuré de revitalisation du ruisseau (cons. 3.5).

Le Tribunal administratif de Saint-Gall a en revanche considéré comme suffisant le fait qu'une revitalisation ne soit «pas exclue»:

> Des surfaces suffisamment grandes doivent rester libres pour la remise à ciel ouvert future du ruisseau, de ses rives et de l'espace réservé aux eaux, ce qui ne peut pas être préjugé par la détermination des plans d'affectation spéciaux. Il ne peut pas être exclu que des intérêts publics, notamment liés à la protection contre les crues et à la revitalisation, s'opposent au plan d'affectation spécial (Tribunal administratif de Saint-Gall, arrêt B 2015/19 du 26 avril 2018 cons. 11.3).

La jurisprudence s'est exprimée clairement sur le fait que l'espace réservé aux eaux prévu par le droit transitoire exerce la fonction d'une zone réservée. La question de savoir ce que cela signifie concrètement pour l'octroi d'une dérogation dans le cas particulier n'a pas trouvé de réponse unanime en pratique. A juste titre, le Tribunal fédéral n'exige pas de projet concret de revitalisation pour refuser une autorisation exceptionnelle, mais estime que des indices sérieux sont suffisants. Cette pratique doit être saluée eu égard au fait que la planification de revitalisations est établie dans une perspective à long terme (cf. art. 41*d* OEaux). A l'inverse, du point de vue de la garantie de la propriété, il est logique qu'une dérogation ne puisse pas être refusée en l'absence de tels indices, au motif que les intentions de revitalisation n'ont pas été motivées en détail. Dans l'arrêt du TF 1C_39/2017 du 13 novembre 2017, au vu des intentions d'aménagement manifestées par les autorités, il n'y avait *a contrario* pas d'indices laissant présager un projet de revitalisation. La remarque selon laquelle une conduite d'eau bénéficiant de la garantie de la situation acquise préjuge aussi négativement les éventuels efforts de revitalisation (cons. 4.5) semble problématique, étant donné que les autorités ont à leur disposition les outils suivants pour la revitalisation des eaux: l'acquisition de gré à gré, le démembrement et l'expropriation (art. 68 LEaux).[104]

V. Utilisation de l'espace réservé aux eaux (art. 41c OEaux)

L'art. 41*c* OEaux limite l'utilisation de l'espace réservé aux eaux. Cette disposition constitue une exigence minimale de droit fédéral (voir ci-dessous, ch. V.1). La jurisprudence a notamment statué sur les utilisations de l'espace réservé aux eaux, qui se rapportent toutes à des «installations» (voir ci-dessous, ch. V.2), en suivant les principes suivants:

104 Cf. également le chiffre III.122 ci-dessus.

– Peuvent être construites dans l'espace réservé aux eaux les installations dont l'implantation est imposée par leur destination et qui servent des intérêts publics, tels que les chemins pour piétons et de randonnée pédestre, les centrales en rivières et les ponts (art. 41*c* al. 1 OEaux; voir ci-dessous, ch. V.3).
– Les installations conformes à l'affectation de la zone dans les zones densément bâties peuvent être autorisées si aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose (art. 41*c* al. 1 let. a OEaux; voir ci-dessous, ch. V.4).
– Les installations existantes situées dans l'espace réservé aux eaux bénéficient en principe de la garantie de la situation acquise si elles ont été mises en place légalement et peuvent être utilisées conformément à leur destination (art. 41*c* al. 2 OEaux; voir ci-dessous, ch. V.5).

1. Dispositions relatives à l'utilisation de l'espace réservé aux eaux en tant qu'exigence minimale de droit fédéral

Le rapport entre l'art. 41*c* OEaux et le droit cantonal a fait l'objet de plusieurs décisions. Le Tribunal fédéral considère que l'art. 41*c* OEaux constitue une exigence minimale de droit fédéral et que le droit cantonal peut poser des conditions plus restrictives pour déroger aux limites par rapport aux cours d'eau fixées par le droit cantonal.[105]

Les tribunaux cantonaux se sont également prononcés en ce sens:

– Une autorisation exceptionnelle pour une aire d'exploitation aurait pu être délivrée conformément à l'art. 41*c* OEaux. Mais elle était illicite en vertu du droit cantonal plus rigoureux (Tribunal administratif du canton de Soleure, arrêt SOG 2012 n° 21 du 14 février 2012 cons. 2.f).
– A l'inverse, il n'est pas permis de contourner l'art. 41*c* OEaux par des dérogations basées sur le droit cantonal (Tribunal administratif de Thurgovie, arrêt TVR 2015 n° 21 du 21 janvier 2015 cons. 3.3.2).

2. Installation

Plusieurs tribunaux se sont prononcés sur la notion d'«installation» au sens de l'art. 41*c* OEaux. Selon le Tribunal fédéral, les constructions souterraines en font partie, étant donné qu'elles ont un impact sur le régime hydrologique et qu'il y a lieu de garantir l'échange naturel de substances entre l'eau et le fond.[106]

Dans les cantons également, la notion d'«installation» est interprétée de manière large:

– La notion d'«installation» comprend les constructions et installations au sens du droit de l'aménagement du territoire et des constructions (Tribunal zurichois des constructions, arrêt BRGE III n° 0102/2012 cons. 7.3).
– Les installations ne doivent pas nécessairement descendre jusqu'au niveau du sol: les parties d'installations en saillie, n'ayant pas d'appui, doivent aussi respec-

105 Arrêt du TF 1C_78/2016 du 10 octobre 2016 cons. 2.4 (Küssnacht SZ).
106 Arrêt du TF 1C_67/2018 du 4 mars 2019 cons. 4.1 (Anniviers VS).

ter l'espace réservé aux eaux (Tribunal administratif du canton de Zurich, arrêt VB.2013.00012 du 16 janvier 2014 cons. 3.5.2).
– Les constructions qui ne sont pas en trois dimensions, telles que les places de stationnement isolées, sont également considérées comme des installations (Tribunal administratif du canton des Grisons, arrêt R 14 51 du 14 juillet 2015 cons. 5.d).

3. Installations dont l'implantation est imposée par leur destination et qui servent des intérêts publics

3.1 Installations dont l'implantation est imposée par leur destination

Le critère de l'«implantation imposée par la destination» au sens de l'art. 41*c* al. 1 OEaux a généré une abondante jurisprudence.

Le Tribunal fédéral s'est prononcé à deux reprises sur cette question. Dans un premier arrêt, il a déduit de l'art. 41*c* al. 1 OEaux qu'il n'était pas admissible de remblayer une étendue d'eau existante de même que l'espace réservé y relatif dans le but d'y ériger des lotissements. En outre, de tels remblayages ne remplissent «pratiquement jamais» la condition de l'art. 39 al. 2 let. a LEaux, car les lotissements projetés peuvent en général être érigés en un autre lieu.[107]

Plus tard, le Tribunal fédéral a reconnu que l'implantation d'un collecteur d'eaux mélangées qui dépassait sur la bande riveraine était imposée par sa destination. Cela en se fondant sur l'art. 24 let. a LAT, selon lequel une installation peut être érigée hors de la zone à bâtir si l'implantation de cette installation à cet endroit est imposée par sa destination.[108] Le Tribunal a apprécié la législation sur la protection des eaux dans le cadre de la pesée des intérêts requise par l'art. 24 let. b LAT, sans procéder à un examen du critère de l'implantation imposée par la destination conformément à l'art. 41*c* al. 1 OEaux.[109]

Pour le Tribunal administratif fédéral en revanche, l'exigence de l'implantation imposée par la destination selon l'art. 41*c* al. 1, 1re phrase OEaux doit être interprétée dans le sens de la législation sur la protection des eaux.[110] Ceci suppose que les installations ne peuvent être implantées hors de l'espace réservé aux eaux en raison de leur destination ou du fait des conditions locales. Les chemins pour piétons et les chemins de randonnée pédestre remplissent cette exigence en raison de leur destination, tandis qu'une cluse peut constituer une condition locale qui empêche l'implantation d'une installation hors de l'espace réservé aux eaux . L'implantation imposée par la destination doit être justifiée par une raison objective et ne peut pas être admise d'emblée. La condition est remplie par des lignes électriques qui doivent traverser un cours d'eau pour que l'infrastructure puisse être mise à disposition de manière appropriée. En revanche, il ne suffit pas qu'une installation publique soit plus facile à réaliser sur une parcelle de l'Etat que sur une parcelle privée.[111] En l'espèce, le Tribunal a estimé qu'il se justifiait d'intégrer la ligne électrique dans la chaussée de la route existante, sise partiel-

107 Arrêt du TF 1C_821/2013 et 1C_825/2013 du 30 mars 2015 cons. 6.3 (Wangen SZ).
108 Arrêt du TF 1C_39/2017 du 13 novembre 2017 cons. 3.
109 Op. cit., cons. 4.
110 Tribunal administratif fédéral A-5459/2015 du 27 décembre 2016 cons. 6.2.5.
111 Op. cit., cons. 6.2.3.

lement dans l'espace réservé aux eaux. En revanche, il n'y avait pas de raisons objectives pour justifier le tracé des lignes aériennes dans l'espace réservé aux eaux. Des raisons subjectives, telles que le souhait de contourner le plus possible l'immeuble des propriétaires fonciers, ne suffisaient pas.[112]

Dans un arrêt ultérieur, le même Tribunal a relevé qu'il y avait lieu d'évaluer le critère de l'implantation imposée par la destination en lien avec l'espace réservé aux eaux «conformément aux critères développés en droit de l'aménagement du territoire»,[113] en précisant qu'il était essentiel que la construction temporaire ne porte pas atteinte aux fonctions naturelles des eaux.[114]

L'interprétation de la notion d'«implantation imposée par la destination» a également occupé de nombreux tribunaux cantonaux, qui se sont aussi penchés sur le rapport entre l'art. 41*c* al. 1 OEaux et l'art. 24 LAT.

– Selon le Tribunal zurichois des constructions (arrêt BRGE II n° 0067/2012 du 17 avril 2012), l'exigence de l'implantation imposée par la destination au sens de l'art. 41*c* al. 1, 1re phrase OEaux est «en partie identique» à celle requise par l'art. 24 LAT (cons. 10.2). En l'absence d'emplacements alternatifs, l'implantation de la petite centrale hydroélectrique était imposée par sa destination (cons. 8.4).[115]
– Selon le même Tribunal, il est possible de recourir «par analogie» à la jurisprudence sur l'art. 24 LAT en matière de restaurants d'altitude[116] pour autoriser un restaurant lacustre (arrêt BRGE III n° 0102/2012 du 29 août 2012 cons. 7.4.1). Dans ce contexte, il y a lieu d'examiner des solutions et des emplacements alternatifs, ce qui, en l'espèce, avait été fait dans le cadre d'une ordonnance de protection (cons. 7.4.1). Peuvent aussi répondre au critère de l'implantation imposée par la destination au sens de l'art. 41*c* al. 1 OEaux les établissements de bains longeant une rivière ou un lac ainsi que les restaurants lacustres, dont la destination résulte de leur situation particulière au bord de l'eau. Une interdiction de telles installations ne peut pas être déduite de l'art. 36*a* al. 1 LEaux (cons. 7.4.2).
– Le Tribunal administratif du canton de Zurich, qui a statué en deuxième instance, a confirmé que l'on peut se référer à la jurisprudence relative à l'art. 24 LAT et que les restaurants lacustres sont susceptibles de satisfaire à l'exigence de l'implantation imposée par la destination au sens de l'art. 41*c* al. 1, 1re phrase OEaux, puisqu'ils contribuent à l'expérience paysagère liée aux eaux et ainsi à l'utilisation des eaux (à des fins récréatives). Cependant, il a estimé que de tels restaurants ne devaient pas impérativement être construits dans l'espace réservé aux eaux. Contrairement à un établissement de bains, un restaurant peut aussi présenter un lien suffisant avec le lac en dehors de l'espace réservé aux eaux et répondre à la fonction de détente (Tribunal administratif de Zurich, arrêt VB.2012.00644 du 27 mars 2013 cons. 3.2.2). Le Tribunal a renvoyé la cause à l'instance inférieure afin que celle-ci procède à des investigations supplémentaires concernant le besoin, l'emplacement et les al-

112 Op. cit., cons. 6.2.5.
113 Arrêt du TAF A-5641/2016 du 18 mai 2017, cons. 9.1.3; de même: arrêt du TAF A-1182/2017 du 25 mars 2019, non encore entré en force.
114 Op. cit., cons. 9.3.
115 Dans son arrêt VB.2012.0336 du 7 novembre 2012 cons. 4, le Tribunal administratif de Zurich a confirmé les considérations du Tribunal des constructions de Zurich concernant l'implantation imposée par la destination au sens de l'art. 24 LAT, sans faire mention de l'art. 41*c* al. 1 OEaux.
116 ATF 136 II 214 cons. 2.2 (Arosa GR) et arrêt du TF 1C_533/2010 du 20 juillet 2011 cons. 3.2 (Glaris sud).

ternatives possibles. Il ne suffisait pas de se référer à l'ordonnance de protection datant de 20 ans et susceptible d'un réexamen en vertu de l'art. 36*a* al. 2 LEaux (op. cit., cons. 3.2.3).[117]

– Pour évaluer si l'implantation d'un chemin panoramique était imposée par sa destination, le Tribunal administratif du canton de Saint-Gall s'est référé aussi bien à la jurisprudence sur l'art. 24 LAT qu'à l'interprétation de l'OFEV relative à l'art. 41*c* al. 1, 1re phrase OEaux.[118] L'implantation de chemins pour piétons et de randonnée pédestre est imposée par leur destination s'ils doivent être implantés dans l'espace réservé aux eaux en raison de leur but ou du fait des conditions locales (cons. 3.3.6). Le chemin panoramique remplissait le critère de l'implantation imposée par la destination, étant donné que la proximité avec le ruisseau constitue son but. En revanche, l'implantation d'un chemin dont le tracé est prévu à proximité de l'eau uniquement afin de préserver des terrains agricoles n'est pas imposée par sa destination (Tribunal administratif de Saint-Gall, arrêt B 2011/164 du 11 décembre 2012 cons. 3.3.7).

– De l'avis du Tribunal administratif de Zurich (arrêt VB.2013.00444 du 16 janvier 2014), la terminologie uniforme de l'art. 41*c* al. 1, 1re phrase OEaux et de l'art. 24 LAT, de même que les exemples donnés laissent penser que le législateur entendait soumettre le critère de l'implantation imposée par la destination à une «interprétation au moins aussi étroite» que celle prévalant dans la LAT (cons. 7.2). Les mesures de protection contre les crues remplissent «dans une très large mesure» les exigences en matière d'implantation imposée par la destination au sens de l'art. 24 let. a LAT (cons. 7.3).

– Dans son arrêt VGE 100.2012.463 du 7 juillet 2014 (Belp BE), le Tribunal administratif de Berne relève que les installations prévues dans l'espace réservé aux eaux au sens de l'art. 41*c* al. 1, 1re phrase OEaux sont considérées comme satisfaisant à l'exigence de l'implantation imposée par la destination si elles ne peuvent être implantées hors de l'espace réservé aux eaux en raison de leur destination ou du fait des conditions locales (cons. 8.5). La transformation de l'ancienne cabane «Schwellihütte» et l'aménagement de places pour grillades étaient en harmonie avec les fonctions naturelles des eaux en tant qu'espace vital pour les animaux et les plantes. Tout comme un chemin pédestre, l'aire de repos est destinée à une utilisation récréative, qui fait également partie des fonctions attribuées aux eaux. La destination de l'aire de repos requiert dès lors un emplacement dans l'espace réservé aux eaux (cons. 8.6).

– Dans son arrêt B 2013/153 du 24 mars 2015, le Tribunal administratif du canton de Saint-Gall est également parti de la notion de l'implantation imposée par la destination au sens de l'art. 41*c* al. 1, 1re phrase OEaux, comme au considérant 8.5 de l'arrêt susmentionné. Il incombe à l'autorité de première instance de statuer sur la question de savoir si la route litigieuse ne peut pas être entièrement implantée en dehors de l'espace réservé aux eaux (cons. 5.3).

– Dans son arrêt 810 16 180 du 22 mars 2017 [Liestal BL], le Tribunal cantonal de Bâle-Campagne s'est en revanche fondé sur la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 24 LAT (cons. 5.2.2) et a renvoyé la cause à l'instance inférieure afin

117 Ainsi, une importance particulière doit être accordée à l'examen d'emplacements alternatifs, cf. Kehrli Jeannette, Bauen im Gewässerraum und Uferstreifen, DEP 2015 681, p. 688.

118 OFEV (note 58), p. 14.

que celle-ci procède à une pondération exhaustive des intérêts en présence concernant la route projetée (cons. 5.3.3).
– Au vu de sa fonction de détente et de ses caractéristiques émotionnelles et sensorielles dans les Gorges du Rhin, le chemin pédestre situé dans la Ruinaulta répondait manifestement au critère de l'implantation imposée par sa destination au sens de l'art. 41*c* al. 1, 1re phrase OEaux (Tribunal administratif des Grisons, arrêt R 17 72 et R 17 73 du 3 octobre 2018 cons. 12.3).
– Eu égard à sa destination, à sa situation et à son utilisation future, l'implantation d'un pont est incontestablement imposée par sa destination au sens de l'art. 41*c* al. 1, 1re phrase OEaux (Tribunal administratif de Saint-Gall, arrêt B 2017/186 du 21 février 2019 cons. 6.3).

Dans l'ensemble, il y a un certain équilibre entre les arrêts qui se fondent sur l'art. 24 LAT pour apprécier le critère de l'implantation imposée par la destination, ceux qui se fondent sur l'art. 41*c* al. 1, 1re phrase OEaux et ceux qui, pour interpréter l'art. 41*c* al. 1, 1re phrase OEaux, se réfèrent par analogie à la jurisprudence relative à l'art. 24 LAT. Les arrêts présentés ne tiennent pratiquement pas compte les uns des autres. La question n'a pas trouvé de réponse définitive jusqu'ici.

Il serait aussi prématuré de vouloir tirer des conclusions du plus récent arrêt du TF.[119] Dans celui-ci, le Tribunal n'a pas examiné le critère de l'implantation imposée par la destination au sens de l'art. 41*c* al. 1 OEaux de manière explicite, de sorte que l'on ne peut qu'implicitement en déduire que la réalisation du critère de l'implantation imposée par la destination au sens de l'art. 24 LAT pourrait suffir.

Selon l'opinion défendue ici, l'implantation imposée par la destination selon l'art. 41*c* al. 1 OEaux devrait être comprise dans le sens de la législation sur la protection des eaux.

L'art. 24 LAT et l'art. 41*c* al. 1 OEaux se distinguent d'un point de vue *grammatical*. Dans la LAT, il est question d'un emplacement «hors de la zone à bâtir», tandis que l'OEaux mentionne les «installations dont l'implantation dans l'espace réservé aux eaux est imposée par leur destination, tels que les chemins pour piétons et de randonnée pédestre».

Selon la *genèse de la norme*, c'est-à-dire selon les commentaires de l'OFEV, l'implantation imposée par la destination peut être admise non seulement en raison de la destination de l'installation, mais aussi du fait des «conditions locales».[120] Par exemple, il se peut qu'une réserve naturelle de haute valeur avoisinant l'espace réservé aux eaux entraîne l'impossibilité d'aménager une installation en dehors de l'espace réservé aux eaux. À la différence du droit de l'aménagement du territoire, une telle contrainte «négative» résulte non pas de la destination de l'installation, mais des caractéristiques de l'environnement alentour. Dans cette mesure, l'implantation imposée par la destination dans l'espace réservé aux eaux peut être plus large qu'au sens de l'aménagement du territoire.[121]

Par ailleurs, *le sens et le but* de la législation relative à l'espace réservé aux eaux se distinguent clairement de ceux poursuivis par la LAT. L'espace réservé aux eaux a en particulier pour tâche de garantir les fonctions naturelles des eaux

119 Arrêt 1C_39/2017 du 13 novembre 2017, non publié au Recueil officiel.
120 OFEV (note 58), p. 15.
121 Kehrli, Bauen (note 117), p. 687.

(art. 36*a* al. 1 let. a LEaux), tandis que la LAT vise une utilisation mesurée du sol (art. 1 al. 1 LAT). C'est notamment pour cette raison que ces normes ne peuvent pas être placées au même rang. Dans le cadre de l'examen de l'implantation imposée par la destination selon l'art. 41*c* al. 1, 1re phrase OEaux, il y a lieu de veiller à ce que les fonctions naturelles des eaux soient garanties. Ainsi, l'OFEV explique que les digues de protection contre les crues doivent être construites à l'extérieur de l'espace réservé aux eaux, parce qu'à défaut, le périmètre qu'elles délimitent n'est plus disponible pour permettre aux eaux de remplir leurs fonctions naturelles.[122]

D'un point de vue *systématique*, l'art. 41*c* al. 1, 1re phrase OEaux ne prévoit pas de pesée des intérêts, contrairement à l'art. 24 LAT et à l'art. 41*c* al. 1, 2e phrase OEaux. L'installation doit «impérativement» s'imposer à un endroit déterminé dans l'espace réservé aux eaux. Selon la jurisprudence relative à l'art. 24 let. a LAT, il n'est en revanche pas nécessaire qu'un emplacement en zone à bâtir soit absolument exclu; une implantation imposée par la destination «relative» suffit, à condition d'avoir procédé à une pesée globale des intérêts en présence.[123]

Pour les raisons exposées ci-dessus, on ne peut pas assimiler l'art. 24 LAT et l'art. 41*c* al. 1, 1re phrase OEaux. S'il peut s'avérer judicieux, dans un cas particulier, de se référer par analogie à la jurisprudence relative à l'art. 24 LAT, il est toutefois nécessaire de tenir compte des particularités de l'espace réservé aux eaux.

3.2 Intérêt public

Selon l'art. 41*c* al. 1, 1re phrase OEaux, une installation dont l'implantation est imposée par sa destination ne peut être construite dans l'espace réservé aux eaux que si elle sert des intérêts publics. Par exemple, l'approvisionnement de base en électricité relève de l'intérêt public.[124]

– Une petite centrale hydroélectrique sert également des intérêts publics, même si sa production d'électricité est, par définition, limitée (Tribunal zurichois des constructions, arrêt BRGE II n° 0067/2012 du 17 avril 2012 cons. 10.2).[125]

– Dans son arrêt BRGE III n° 0102/2012 du 29 août 2012, le Tribunal zurichois des constructions relève que l'art. 41*c* al. 1, 1re phrase OEaux exige uniquement que l'installation serve un intérêt public et n'exige pas une pesée des intérêts. Toutefois, il ne faut pas qu'un intérêt prépondérant s'oppose à l'installation. En l'espèce, le Tribunal a admis un intérêt public considérable pour le restaurant lacustre litigieux (cons. 7.5).[126]

– Le chemin panoramique servait des intérêts publics, car il s'agissait d'une voie de communication proche de l'état naturel, telle qu'exigée par l'aménagement du ter-

122 OFEV (note 58), p. 14.

123 L'implantation d'une construction en dehors de la zone à bâtir est relativement imposée par sa destination s'il existe des motifs importants qui laissent apparaître l'emplacement prévu en zone non constructible beaucoup plus avantageux que d'autres endroits situés à l'intérieur de la zone à bâtir; sur cette thématique, cf. ATF 141 II 245 cons. 7.6.1 et les autres références citées.

124 Conclusion implicitement tirée de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5459/2015 du 27 décembre 2016.

125 Pour la deuxième instance (Tribunal administratif de Zurich, arrêt VB.2012.0336 du 7 novembre 2012), la petite centrale hydraulique relevait de toute façon de l'intérêt public.

126 La deuxième instance (Tribunal administratif de Zurich, arrêt VB.2012.00644 du 27 mars 2013 cons. 3.2.3) ne s'est pas prononcée expressément sur la question de l'intérêt public.

ritoire. Il n'y avait pas d'intérêts s'y opposant, relevant notamment de la protection contre les crues ou de la protection de l'environnement (Tribunal administratif de Saint-Gall, arrêt B 2011/164 du 11 décembre 2012 cons. 3.4.2).
– La sécurité en cas de crues, l'aménagement, la protection du paysage et l'écologie représentent des intérêts publics valables en faveur d'un projet d'aménagement des eaux (Tribunal administratif de Zurich, arrêt VB.2013.00444 du 16 janvier 2014 cons. 7.3).
– L'ancienne cabane «Schwellihütte» relève de l'intérêt public, car l'aire de repos incite les promeneurs à se diriger dans la direction souhaitée et protège ainsi le biotope et les fonctions naturelles des eaux en tant qu'espace vital pour les animaux et les plantes (Tribunal administratif du canton de Berne, arrêt VGE 100.2012.463 du 7 juillet 2014 cons. 8.6 [Belp BE]).

Ici aussi, il y a lieu de relever qu'au vu de la jurisprudence hétérogène en la matière, la 1re phrase de l'art. 41*c* al. 1 OEaux exige uniquement que l'installation serve des intérêts publics, sans prévoir une pondération des intérêts, contrairement à la 2e phrase du même alinéa.

4. Exceptions dans les zones densément bâties

4.1 Marge d'appréciation des autorités cantonales

Les installations conformes à l'affectation de la zone dans les «zones densément bâties» peuvent être autorisées dans l'espace réservé aux eaux si aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose (art. 41*c* al. 1 let. a OEaux). Plusieurs tribunaux se sont demandés qui était compétent pour définir la notion de «zone densément bâtie».

Pour le Tribunal fédéral, il est clair que la notion indéterminée de «zone densément bâtie» a été définie eu égard à la thématique de l'espace réservé aux eaux[127] et doit être interprétée de manière uniforme à l'échelle fédérale. Les cantons n'ont de marge d'exécution que dans des cas particuliers.[128] Se référant à la pesée des intérêts,[129] le Tribunal fédéral relève que l'autorité de première instance dispose principalement d'une latitude pour apprécier s'il y a lieu, en présence d'une zone densément bâtie, d'accorder une autorisation exceptionnelle, et, dans l'affirmative, pour en définir les conditions et les charges.[130]

Les tribunaux cantonaux ne s'étaient pas exprimés de manière unanime avant la publication de cet arrêt:

– Selon le Tribunal administratif d'Argovie, les cantons n'ont pas la compétence de définir eux-mêmes la notion de «zone densément bâtie» dans la législation cantonale et, par exemple, de qualifier de zones densément bâties toutes les zones à bâtir qui ont été définitivement délimitées (arrêt WNO.2012.2 du 27 septembre 2012 cons. 6.4).

127 ATF 140 II 428 cons. 3.1 [Dagmersellen LU].
128 Op. cit. cons. 7.
129 Selon le Tribunal, cette condition doit être examinée dans un deuxième temps, lorsqu'il est établi que le critère de «zone densément bâtie» est rempli, cf. cons. 6.
130 ATF 140 II 437 [Rüschlikon II], cons. 5 et 6. Dans le même sens: arrêt du TF 1C_444/2015 du 14 mars 2016 cons. 3.6.1 (Oberrüti AG), qui précise que des réflexions sur la proportionnalité peuvent aussi être prises en compte dans la pesée globale des intérêts.

– Dans son arrêt V 12 272 du 10 juillet 2013, le Tribunal cantonal de Lucerne a en revanche implicitement considéré comme admissible une ordonnance d'exécution cantonale sur la protection des eaux qui assimilait les zones largement bâties situées dans le territoire urbanisé au sens strict aux zones densément bâties (cons. 3.4.4).
– De l'avis du Tribunal zurichois des constructions (arrêt BRGE II n° 0045/2013 du 26 mars 2013), la notion juridique indéterminée de «zone densément bâtie», en tant que disposition facultative, laisse une marge de manœuvre considérable aux autorités dans la mise en application (cons. 6.2). La deuxième instance n'a pas partagé ce point de vue. Bien que l'art. 41*c* al. 1 OEaux accorde une marge d'appréciation à l'autorité de première instance, en lui permettant d'accorder des exceptions, pour autant qu'aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose, cela ne s'applique pas à l'interprétation de la notion de «zone densément bâtie» (Tribunal administratif du canton de Zurich, arrêt VB.2013.00340 du 5 septembre 2013 cons. 4.1). Par la suite, le Tribunal zurichois des constructions a rendu une décision conforme dans son arrêt BRGE I n° 0032/2014 du 28 mars 2014 (cons. 10.2.3).

4.2 Zone densément bâtie

Même s'il est établi que la notion indéterminée de «zone densément bâtie» doit être interprétée uniformément à l'échelle fédérale, cela ne donne encore aucune indication sur l'interprétation choisie. Une jurisprudence abondante s'est développée à cet égard.

L'arrêt *Rüschlikon I* a été la première occasion pour le Tribunal fédéral de se pencher sur la notion de «zone densément bâtie», mais de manière accessoire seulement. Selon la fiche pratique de l'ARE et de l'OFEV «Espace réservé aux eaux en territoire urbanisé» du 18 janvier 2013, la délimitation de zones centrales et de pôles de développement servant à favoriser la densification constitue un indice donnant à penser qu'une zone est densément bâtie.[131]

La Cour suprême s'est exprimée plus concrètement dans l'arrêt Dagmersellen (LU).[132] Une planification appropriée suppose qu'un périmètre suffisant soit pris en compte; dans les petites communes, il doit s'agir de la totalité du territoire communal. Il faut se concentrer sur les terrains qui jouxtent le cours d'eau et non pas sur tout le territoire urbanisé. Conformément à la densification urbaine, les brèches dans le tissu bâti doivent être comblées en premier lieu dans les quartiers urbains et les centres de villages densément bâtis. Dans les régions périphériques, il n'y a généralement aucun intérêt à une construction dense de l'espace réservé aux eaux. Une zone «largement» bâtie au sens de l'art. 36 al. 3 LAT ne suffit pas pour admettre qu'une zone est «densément bâtie». La genèse de la norme impose une interprétation restrictive des exceptions à la protection de l'espace réservé aux eaux (art. 36*a* LEaux).[133] Dans le cas concret, le Tribunal a nié l'existence d'une zone densément bâtie. L'agglomération principale de la commune de Dagmersellen est située à l'est de la ligne ferroviaire. La rivière Wigger coule à l'ouest de la ligne ferroviaire et elle est séparée du centre de la commune par une zone

131 ATF 139 II 470 cons. 4.5.
132 ATF 140 II 428.
133 Op. cit. cons. 7. Selon FRITZSCHE, le Tribunal fédéral aurait tout de même procédé à une interprétation extensive de cette notion dans son arrêt Rüschlikon II; cf. FRITZSCHE, «Dicht überbaut» (note 79), p. 781.

verte. Dans le secteur litigieux, la zone verte est seulement entrecoupée par une petite zone d'habitation. La rive n'est construite que sur une longueur d'environ cent mètres. Eu égard à l'ensemble du territoire communal, il s'agit d'une zone périphérique qui n'est pas «densément bâtie».[134] L'endiguement de la Wigger ne change rien pour le tronçon en question: l'espace réservé aux eaux doit garantir durablement l'espace qui est nécessaire aux eaux, indépendamment des projets concrets de revitalisation.[135]

Dans l'arrêt Rüschlikon II,[136] le Tribunal fédéral a en revanche admis l'existence d'une zone densément bâtie. Certes, il y avait lieu de mettre le focus sur la bande riveraine située côté lac.[137] Toutefois, il fallait également tenir compte du fait qu'il s'agit de la zone bâtie principale de Rüschlikon faisant partie de l'agglomération de la rive gauche du lac de Zurich, presque entièrement construite.[138] Même si la bande riveraine située côté lac de la route est moins densément bâtie que le reste du territoire urbanisé, les parcelles sont bordées de constructions lacustres, si bien que le secteur, vu du lac, semble densément bâti.[139] L'aménagement en dur des berges et les faibles possibilités de leur mise en valeur ne suffisent en général pas pour qualifier une zone de «densément bâtie», car il y a lieu de protéger l'espace réservé aux eaux indépendamment d'un projet concret de revitalisation. Cependant, la parcelle litigieuse, qui n'est pas située en périphérie, mais dans une zone urbaine principale, était non seulement cintrée par un mur, mais aussi bordée par des constructions lacustres rapprochées. Comme il s'agit en premier lieu de se focaliser sur la rive et non pas sur l'arrière-pays, il y a lieu de supposer qu'il s'agit d'une zone densément bâtie.[140]

Dans son arrêt ultérieur du 14 mars 2016 (Oberrüti AG),[141] le Tribunal fédéral a nié l'existence d'une zone densément bâtie. Il a estimé que la zone litigieuse se situait en périphérie et qu'elle était démarquée de la zone constructible du centre de la commune par des terrains agricoles. Elle ne constituait ni une agglomération principale ni une zone de développement et était en outre entourée de vastes espaces verts. La majorité des terrains jouxtant la rivière n'étaient pas construits. On ne pouvait pas admettre l'existence d'une «brèche» dans le tissu bâti de la zone industrielle de la commune d'Oberrüti, étant donné que celle-ci ne borde pas l'eau.[142]

A peu près au même moment, la Cour suprême a également nié l'existence d'une zone densément bâtie à Freienbach (SZ).[143] Le litige portait ici sur la construction d'une nouvelle maison individuelle, qui était comprise sur deux côtés de la bande riveraine jouxtant le canal reliant le lac de Zurich au lac supérieur (Obersee). La parcelle constructible était située sur une île peu construite d'environ

134 Op. cit. cons. 8.
135 Op. cit. cons. 8.1.
136 ATF 140 II 437.
137 Op. cit. cons. 5.1.
138 Suite à cet arrêt, les zones urbanisées principales de l'agglomération situées sur la rive droite du lac de Zurich ont aussi été d'emblée qualifiées de «zones densément bâties», cf. BRGE III n° 0208/2016 du 24 août 2016 cons. 5.3.
139 Op. cit. cons. 5.3.
140 Op. cit. cons. 5.4.
141 Arrêt 1C_444/2015.
142 Cons. 3.6.4.
143 Arrêt 1C_473/2015 du 22 mars 2016.

31 000 m², qui n'était accessible depuis la terre ferme que par un chemin. Au vu de cette configuration géographique, l'île était nettement séparée des principales zones urbaines. A l'exception du canal, la zone riveraine était essentiellement couverte d'une végétation des rives naturelle, et la plupart des constructions et installations n'avoisinaient pas directement la rive.[144] En outre, la zone concernée ne constituait pas un pôle de développement destiné à favoriser la densification.[145]

La même année, le Tribunal fédéral a relevé[146] que les principes formulés dans l'arrêt Dagmersellen (LU)[147] sur la notion de «zone densément bâtie» ont été généralement confirmés dans tous les jugements prononcés depuis cet arrêt.[148] En l'espèce, il s'agissait d'un projet de construction dans le hameau de Seestatt, au bord du lac de Zurich et séparé de l'agglomération principale d'Altendorf par une ligne ferroviaire et une zone verte (zone-tampon selon ISOS). Le Tribunal a nié l'existence d'une zone densément bâtie et ceci, que ce soit sur la base d'un périmètre élargi ou étroit. Le hameau de Seestatt représente une zone située en périphérie. Bien qu'il soit en lui-même densément bâti, il ne jouxte le lac que sur une longueur d'environ 100 mètres. A l'est et à l'ouest du lac, la rive se caractérise par de vastes aires de verdure entrecoupées par des constructions isolées, dont la plupart ne sont pas situées directement au bord du lac. Selon cette approche globale, le terrain longeant le lac n'est donc pas densément bâti. Un examen plus limité, se focalisant uniquement sur le hameau de Seestatt, n'aboutissait pas à un autre résultat. Selon ISOS, il y a lieu de préserver l'ensemble des environs proches de Seestatt. La parcelle litigieuse se trouve à la limite du hameau; à partir de là, une aire de verdure s'étend jusqu'au lac, faisant partie de la zone de protection environnante. Du point de vue du développement urbain, aucune densification ne pouvait être souhaitée à cet endroit.[149]

Le Tribunal fédéral a également nié l'existence d'une zone densément bâtie dans son arrêt du 4 mars 2019 concernant Anniviers (VS).[150] Les parcelles litigieuses se trouvaient dans une zone périphérique du vieux village. Les terrains alentour supportaient des constructions éparses. De grandes surfaces longeant le tracé actuel du cours d'eau n'étaient pas construites. Les fonctions naturelles du cours d'eau pourraient ainsi être préservées à long terme. Par ailleurs, le plan de quartier sur lequel le projet de construction se fondait ne permettait pas à lui seul de considérer la zone comme densément bâtie. Rien ne permettait de conclure que le plan de quartier pourrait devenir le pôle de l'activité économique de cette partie de la station.[151]

Le Tribunal fédéral s'est également prononcé en ce sens dans son arrêt du 2 avril 2019 concernant Zoug.[152] Le Tribunal a renvoyé aux principes établis selon une jurisprudence constante[153] et a nié l'existence d'une zone densément bâtie. Eu

144 Cons. 5.7.
145 Cons. 5.7. Pour une appréciation de la jurisprudence prononcée par le Tribunal fédéral jusqu'en mars 2016, voir FRITZSCHE, «Dicht überbaut» (note 79).
146 ATF 143 II 77 (Seestatt SZ).
147 ATF 140 II 428.
148 Cons. 2.7.
149 Cons. 2.8.
150 Arrêt 1C_67/2018.
151 Cons. 4.3.
152 Arrêt 1C_106/2018.
153 ATF 143 II 77 cons. 2.7 ainsi que les autres références citées [Seestatt SZ].

égard aux villes de Zoug et d'Oberwil, la zone concernée de Räbmatt est située en périphérie. Il ne s'agit ni d'une zone centrale ni d'un pôle de développement. Le terrain longeant le ruisseau de Trubiker est en majeure partie non bâti. Le bon équipement des terrains à bâtir dans cette zone n'y change rien, puisque du point de vue de la protection des eaux, il ne se justifie de renoncer à la préservation de l'espace réservé aux eaux que dans les zones qui sont déjà si densément bâties que l'espace réservé aux eaux ne peut plus remplir ses fonctions naturelles, même à long terme. Le fait que la rive sud du cours d'eau en question soit partiellement aménagée en dur n'y change rien.

Quant aux tribunaux cantonaux, ils ont en majeure partie admis l'existence d'une zone densément bâtie dans les affaires qu'ils ont tranchées:

– Fait exception l'arrêt BRGE II n° 0045/2013 du 26 mars 2013 (ultérieurement *Rüschlikon II*), où le Tribunal zurichois des constructions a nié la présence d'une brèche dans le tissu bâti et donc l'existence d'une zone densément bâtie pour une maison individuelle au bord du lac de Zurich. Côté terre de la route, la zone présentait certes une haute densité de construction. Côté lac cependant, la bande riveraine était plus ou moins libre, ponctuée d'espaces verts et mesurant plus de 100 mètres de longueur. La parcelle constructible, de même que les terrains avoisinants au nord-ouest et au sud-est, n'étaient pour la plupart pas construits, à l'exception de petites constructions lacustres. Les terrains avec un accès direct au lac étaient séparés des autres par une route («Seestrasse»). Le Tribunal a estimé qu'il ne fallait pas prendre en considération tout le territoire urbanisé, mais se concentrer sur la bande riveraine (cons. 6.3).
– Dans son arrêt V 12 219 du 30 avril 2013, le Tribunal cantonal de Lucerne a admis l'existence d'une zone densément bâtie. Les parcelles litigieuses étaient déjà construites, en partie aussi dans l'espace réservé aux eaux défini par le droit transitoire. L'une des parcelles était majoritairement entourée de terrains construits. Les deux parcelles faisaient partie d'une ceinture urbaine d'une largeur de 100 à 200 mètres. Si la zone d'habitation et artisanale s'étendant sur environ 100 mètres en direction du sud n'était pas bâtie, il fallait toutefois s'attendre à ce qu'elle soit construite à moyen terme. Le fait que le cours d'eau soit considéré comme un objet naturel protégé d'importance régionale n'était pas déterminant.[154]
– Le Tribunal cantonal de Lucerne a également admis l'existence d'une zone densément bâtie dans son arrêt V 12 272 du 10 juillet 2013. La zone concernée, majoritairement construite, présentait un coefficient d'utilisation plus élevé que celui des zones d'habitation environnantes, et devait être considérée comme une zone proche du centre avec une habitation dense, même si elle n'était pas située au centre d'une localité. Le cours d'eau subissait une atteinte considérable et sa revitalisation n'était pas à l'ordre du jour. Le fait que le cours d'eau soit considéré comme un objet naturel protégé d'importance régionale n'était pas déterminant[155] (cons. 3.4.3).
– Dans son arrêt VB.2012.00298 du 7 mai 2013, le Tribunal administratif de Zurich a admis l'existence d'une zone densément bâtie parce que l'espace réservé aux eaux n'était pas à disposition du ruisseau, ni dans sa largeur actuelle, ni à un autre en-

154 Cons. 4.b/cc/ccc. Ce point aurait dû être examiné dans le cadre de la pesée d'intérêts qui s'en est suivie.
155 Cf. note 154.

droit du périmètre entrant en considération pour un déplacement. L'espace réservé aux eaux ne pouvait pas remplir ses fonctions naturelles à long terme (cons. 5.5).
– Dans son arrêt GVP 2013 p. 123 du 25 juin 2013, le Tribunal administratif de Zoug a admis l'existence d'une zone densément bâtie pour un terrain situé au centre d'une localité qui était en grande partie entouré de bâtiments (cons. 2.d).
– Contrairement à son arrêt VB.2012.00298 du 7 mai 2013, le Tribunal administratif de Zurich a nié l'existence d'une zone densément bâtie dans son arrêt VB.2013.00340 du 5 septembre 2013. La zone jouxtant le lac était située au centre. La première question déterminante était celle de savoir si la bande riveraine était déjà construite. Si l'espace réservé aux eaux encore à définir ne contenait pas de constructions ou d'installations ou n'en comportait que çà et là, la zone concernée n'était en principe pas considérée comme densément bâtie (cons. 4.4.2). Font exception à cette règle les brèches dans le tissu bâti (cons. 4.4.3). La construction côté lac de la route différait clairement de celle côté terre. Le côté du lac comprenait une vaste zone verte. Le fait que les terrains à bâtir avoisinants au nord-ouest et au sud-est ne soient pas intégralement non construits ne changeait rien à l'absence de brèche dans le tissu bâti (cons. 4.5).
– Dans son arrêt BRGE II n° 00312/2014 du 11 mars 2014, le Tribunal zurichois des constructions a déduit du jugement susmentionné que les zones incluses dans un espace vert important au sein ou à proximité d'une agglomération ne doivent pas être considérées comme «densément bâties». En conséquence, le Tribunal a estimé qu'une bande riveraine plus ou moins libre, ponctuée d'espaces verts et mesurant environ 70 mètres de longueur dans une zone de détente, où se trouvent seulement de petites constructions lacustres, n'était pas densément bâtie (cons. 4.2.2).[156]
– Dans son arrêt BRGE I n° 0032/2014 du 28 mars 2014, le Tribunal zurichois des constructions a admis l'existence d'une zone densément bâtie. Le terrain à bâtir faisait partie du périmètre du plan de quartier Rütihof et constituait la seule parcelle non construite. Quatre côtés (sur cinq) du terrain étaient entourés de parcelles construites comportant majoritairement des logements de grandes dimensions. La superficie du terrain et le fait que le périmètre en question soit situé en bordure du territoire urbanisé ne changeaient rien au fait qu'il faille considérer cette parcelle comme une brèche dans le tissu bâti (cons. 10.2.5).
– Le Tribunal administratif du canton de Thurgovie a nié l'existence d'une zone densément bâtie concernant un terrain en périphérie situé dans une zone libre au bord du lac de Constance, où il s'agissait de construire une rampe de mise à l'eau (arrêt TVR 2015 n° 21 du 21 janvier 2015). La parcelle en question faisait partie d'une bande de 180 mètres comportant de petites cabines de bain isolées. A proximité se trouvaient une zone agricole non construite, une zone de protection de la nature et une roselière. Le rail de mise à l'eau était reconnaissable depuis plusieurs côtés et représentait une atteinte massive à la zone riveraine. Le mur longeant la rive n'y changeait rien (cons. 3.4.4).
– Dans son arrêt VB.2014.00307 du 16 avril 2015, le Tribunal administratif de Zurich a admis l'existence d'une zone densément bâtie pour le quartier Rütihof à Höngg. Même si Höngg fait partie des quartiers périphériques de Zurich, il revêt un caractère urbain clairement reconnaissable. Quatre côtés (sur cinq) du terrain étaient entourés de parcelles entièrement construites comportant des immeubles d'habita-

156 Sur cet arrêt non publié, cf. FRITZSCHE, «Dicht überbaut» (note 79), p. 778.

tion de grandes dimensions (structure du milieu bâti à grande échelle). Le fait que le terrain à bâtir, avec sa superficie d'environ 30 000 mètres carrés, soit relativement grand ne jouait aucun rôle (cons. 13.3).
– Le Tribunal administratif de Zurich a admis l'existence d'une zone densément bâtie dans son arrêt VB.2014.00073 du 30 juin 2015. Le terrain se trouvait dans la zone centrale et la parcelle voisine comportait trois bâtiments d'habitation. En face, une vaste surface d'assolement confinait avec un ruisseau. Vu sous cet angle, il fallait admettre que le terrain était situé en bordure de l'agglomération. Cependant, en considération du territoire communal, l'appartenance du terrain concerné à la zone centrale et l'utilisation des parcelles alentour pour la construction conduisaient à reconnaître une zone densément bâtie (cons. 3.1).

Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les critères suivants ont été développés pour admettre l'existence d'une zone densément bâtie:

– *Un périmètre de planification suffisamment grand est-il pris en considération*? Il s'agit en général, du moins dans les petites communes, de considérer la totalité du territoire communal.
– *L'attention est-elle focalisée sur les terrains au bord de l'eau?*
– *S'agit-il du centre d'une localité?* Est-on en présence d'un quartier urbain (tel que Bâle ou Zurich) ou d'un centre de village traversé par un cours d'eau?
– *S'agit-il d'une zone de développement?* Est-il possible de réaliser une densification urbaine et un développement urbain vers l'intérieur, souhaités par l'aménagement du territoire, respectivement de combler une brèche dans le tissu bâti?
– *L'espace réservé aux eaux est-il empêché de remplir ses fonctions naturelles à long terme?*
– *Est-on en présence d'une zone périphérique?*

Le Tribunal fédéral a toujours évalué les cas concrets en tenant compte de ces critères. Souvent, la situation en périphérie s'est avérée décisive. Comme annoncé à l'arrêt *Dagmersellen LU*, le Tribunal a interprété la notion de «zone densément bâtie» de manière restrictive, sauf dans l'arrêt *Rüschlikon II*.

Avant la publication de l'arrêt *Dagmersellen LU*, la jurisprudence cantonale s'est également inspirée de ces critères, mais parfois de façon moins claire, et en les interprétant de manière plus large. Ainsi, dans un jugement de 2013,[157] le Tribunal cantonal de Lucerne a estimé suffisant, pour un cours d'eau d'importance régionale, que l'installation projetée soit située dans une ceinture urbaine d'une largeur de 100 à 200 mètres et qu'il faille s'attendre à ce qu'une zone supplémentaire de 100 mètres soit construite à moyen terme.

4.3 Installations sur des parcelles isolées non construites situées entre plusieurs parcelles construites

Depuis le 1er mai 2017, les installations conformes à l'affectation de la zone peuvent aussi être autorisées en dehors des zones densément bâties «sur des parcel-

157 Tribunal cantonal de Lucerne, arrêt V 12 219 du 30 avril 2013.

les isolées non construites situées entre plusieurs parcelles construites», dans la mesure où aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose (art. 41*c* al. 1 let. a[bis] OEaux).

Dans l'arrêt du TF concernant Buchrain (LU),[158] il s'agissait de savoir si l'art. 41*c* al. 1 let. a[bis] OEaux s'applique également aux parcelles *partiellement* construites.[159] Le Tribunal fédéral a retenu que la situation envisagée par le législateur[160] pouvait aussi être réalisée lorsqu'une grande parcelle n'était que partiellement construite, si la partie non construite constitue une brèche dans le tissu bâti, située entre plusieurs parcelles construites limitant considérablement et vraisemblablement à long terme l'espace réservé aux eaux. Cela n'était manifestement pas le cas en l'espèce. Le bâtiment – en l'occurrence une église – était situé dans la boucle d'un ruisseau («Förndlibach»), qui délimitait le complexe religieux des zones d'habitation et d'activité sises au sud-est et sud-ouest. Au nord, le terrain jouxtait des prairies et des terres cultivables, à l'exception d'un terrain de jeu en gazon naturel situé au nord-est. La rive située du côté de l'église présentait dès lors un potentiel de revalorisation considérable, raison pour laquelle il s'avérait écologiquement judicieux de préserver cet espace.[161]

La jurisprudence rigoureuse du Tribunal fédéral relative aux zones densément bâties, qui fait écho au principe de la protection de l'espace réservé aux eaux, a certainement contribué à ce que le Conseil fédéral, en collaboration avec les cantons, élargisse les possibilités d'utilisation à travers une modification de l'ordonnance.[162] Celle-ci introduit une «flexibilisation de l'utilisation de l'espace réservé aux eaux à des fins de construction», au motif qu'il existe des territoires urbanisés qui ne peuvent pas être attribués à une zone densément bâtie, notamment en raison de leur localisation en périphérie, alors que leur préservation n'aurait qu'une faible utilité d'un point de vue écologique.[163]

Toutefois, le critère déterminant (selon lequel il doit s'agir de parcelles dont la préservation n'a qu'une faible utilité d'un point de vue écologique) n'a pas été introduit dans l'OEaux. Par analogie à la jurisprudence relative à la notion de zone densément bâtie,[164] l'art. 41*c* al. 1 let. a[bis] OEaux doit être interprété en ce sens que des dérogations peuvent seulement être octroyées lorsque l'espace réservé aux eaux ne peut plus remplir ses fonctions naturelles, même à long terme. Une telle interprétation correspond non seulement à la genèse de la norme, mais aussi à son sens et à son but, et s'impose également pour des raisons d'égalité de traitement (art. 8 Cst.). Le Tribunal fédéral abonde dans ce sens dans l'arrêt susmentionné, lorsqu'il relève l'existence d'un potentiel de revalorisation considérable, justifiant la préservation du terrain d'un point de vue écologique.

158 Arrêt du TF 1C_217/2018 du 11 avril 2019.
159 Cons. 3.1.
160 C'est-à-dire les situations dans lesquelles la préservation de l'espace réservé aux eaux sur quelques parcelles non construites au bord de l'eau n'est d'aucune utilité pour les eaux à long terme, parce que l'espace disponible pour les eaux reste durablement limité au vu de la garantie de la situation acquise dont bénéficient les installations en place (cons. 3.5).
161 Cons. 3.6.
162 Cf. ITEN (note 4), p. 810.
163 Cf. ITEN (note 4), p. 811 s.
164 Voir ci-dessus, chiffre V.4.2.

4.4 Pas d'intérêts prépondérants opposés

Dans les cas mentionnés à l'art. 41*c* al. 1 let. a à d OEaux, notamment dans les zones densément bâties, les installations conformes à l'affectation de la zone ne peuvent être autorisées dans l'espace réservé aux eaux que si «aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose» (art. 41*c* al. 1 let. a OEaux). La jurisprudence a dû clarifier quand il y a lieu de procéder à une pesée des intérêts et de quels intérêts il peut s'agir.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'examen méthodique des intérêts opposés doit être effectué dans un deuxième temps, lorsqu'il est établi que le critère de «zone densément bâtie» est rempli.[165] Cette manière de procéder a été implicitement adoptée dans tous les arrêts.

Dans la pondération des intérêts, il s'agit notamment de prendre en considération, en tant qu'intérêts opposés, la protection contre les crues et la protection de la nature et du paysage, ainsi que l'intérêt de la population à un accès facilité aux rives.[166] L'aménagement en dur des berges sur le tronçon concerné et les faibles possibilités de sa mise en valeur peuvent plaider en faveur d'une dérogation dans le cadre de la pesée des intérêts.[167]

Les intérêts relevant de la protection des sites peuvent également prévaloir et, à ce titre, s'opposer à une dérogation dans un site d'importance nationale (ISOS). Ceci a été mentionné par le Tribunal fédéral dans un *obiter dictum* à l'ATF 143 II 77[168] et à l'arrêt concernant Buchrain (LU).[169] Dans ces cas, une expertise par la Commission fédérale de la protection de la nature et du paysage, respectivement par la Commission fédérale des monuments historiques, est nécessaire.[170] Une dérogation pour construire dans l'espace réservé aux eaux est une autorisation exceptionnelle régie par le droit fédéral et présentant un lien étroit avec la protection de la nature et du paysage, raison pour laquelle son octroi constitue une tâche de la Confédération au sens de l'art. 78 al. 2 Cst. et de l'art. 2 LPN. Par conséquent, l'ISOS est directement applicable dans le cadre de la pesée des intérêts requise par l'art. 41*c* al. 1 OEaux.[171]

Les tribunaux cantonaux se sont prononcés comme suit concernant la pesée des intérêts en lien avec l'art. 41*c* al. 1 let. a OEaux:

> – Dans son arrêt BRGE n° III 104/2012 du 29 août 2012, le Tribunal zurichois des constructions a estimé que les intérêts relevant de la protection contre les crues constituent des intérêts prépondérants opposés. Lorsqu'il s'agit de combler des brèches dans le tissu bâti, il convient de respecter l'alignement des bâtiments existants et de ne pas étendre la construction vers les eaux (cons. 5.4).
> – Dans son arrêt V 12 219 du 30 avril 2013, le Tribunal cantonal de Lucerne a estimé qu'avec un Q100 à Q300, la protection contre les crues était garantie et qu'il n'y avait dès lors pas d'intérêt contraire de ce point de vue (cons. 4.b/dd/bbb). Le fait que

165 ATF 139 II 470 [Rüschlikon I] et ATF 140 II 437 [Rüschlikon II].
166 ATF 139 II 470 [Rüschlikon I] cons. 4.5 resp. ATF 140 II 437 [Rüschlikon II] cons. 6; voir également le Tribunal zurichois des constructions, arrêt BRGE III n° 0208/2016 du 24 août 2016 cons. 5.2.
167 ATF 140 II 428 [Dagmersellen LU] cons. 8.1.
168 Seestatt (SZ).
169 Arrêt du TF 1C_217/2018 du 11 avril 2019.
170 Cons. 3 resp. cons. 4.
171 Cons. 3.1 resp. cons. 4.1.

l'espace réservé aux eaux définitif puisse être modifié dans les zones densément bâties, ce qui sera probablement le cas en l'espèce, jouait également un rôle pour le Tribunal. En outre, les terrains avoisinants étaient en majeure partie construits (cons. 4.b/dd/ddd).
– Dans son arrêt GVP 2013 p. 123 du 25 juin 2013, le Tribunal administratif de Zoug a refusé l'autorisation demandée dans le cadre de la pesée des intérêts, étant donné que le projet de construction pouvait être déplacé du nombre de mètres requis ou être réalisé sur un autre terrain de la requérante (cons. 3 c–f).[172]
– Dans son arrêt V 12 272 du 10 juillet 2013, le Tribunal cantonal de Lucerne a accordé un grand poids à l'intérêt du propriétaire foncier à bâtir et a renvoyé au principe de l'utilisation mesurée du sol dans la zone d'habitation. Les fonctions des eaux étaient de toute façon entravées et le projet de construction n'aggravait pas l'atteinte existante (cons. 3.6).
– Selon le Tribunal administratif du canton de Zurich, l'intérêt de la population à un accès facilité aux rives plaide en défaveur d'une construction (arrêt VB.2013.00340 du 5 septembre 2013 cons. 4.5).
– Dans son arrêt VB.2013.00012 du 16 janvier 2014, le Tribunal administratif de Zurich a effectué une pesée entre les intérêts économiques du maître d'ouvrage et l'important intérêt public à la préservation de la bande riveraine. Cet intérêt public pèse moins lourd si les rives ne sont pas dans un état naturel. Cependant, les efforts considérables en vue de revitaliser le ruisseau donnaient un grand poids à la protection de la nature et du paysage dans le cas d'espèce (cons. 3.5.1 et 3.5.2).
– Dans son arrêt VB.2014.00073 du 30 juin 2015, le Tribunal administratif du canton de Zurich a évalué le danger de crues et la revitalisation en tant qu'intérêts contraires possibles (cons. 3.2).
– Ce même Tribunal mentionne la protection de la nature et du paysage ainsi que la protection contre les crues comme intérêts opposés possibles (arrêt VB.2014.00307 du 16 avril 2015, cons. 13.3).
– La garantie des fonctions naturelles des eaux, la protection contre les crues et l'utilisation des eaux représentent des intérêts publics importants. Ces intérêts peuvent être relativisés lorsque les rives ne sont pas aménagées de manière naturelle (Tribunal administratif de Zurich, arrêt VB.2017.00793 du 7 juin 2018 cons. 5.2 et arrêt VB.2018.00276 du 27 juin 2019 cons. 4.3). En revanche, les intérêts privés opposés, revêtant un caractère uniquement monétaire, pèsent peu dans la balance (Tribunal administratif de Zurich, arrêt VB.2018.00276 du 27 juin 2019 cons. 4.4).

Pour pouvoir être en présence d'une zone densément bâtie, il faut déjà que l'espace réservé aux eaux ne puisse plus remplir ses fonctions naturelles, même à long terme.[173] Dès lors, un aménagement en dur des berges sur le tronçon concerné et les faibles possibilités de mise en valeur ne devraient pas être déterminants dans le cadre de la pesée des intérêts. Conformément au texte de la disposition, il s'agit essentiellement d'intérêts «s'opposant» à une dérogation. Selon la jurisprudence exposée ci-dessus, ces intérêts sont les suivants: protection contre les crues, protection de la nature et du paysage, intérêt de la population à un accès

172 A ce sujet, voir également le chiffre V.4.5.
173 Voir ci-dessus, chiffre V.4.2.

facilité aux eaux, garantie des fonctions naturelles des eaux, utilisation des eaux et protection des sites.

4.5 Un besoin réel et objectivement fondé de construire dans l'espace réservé aux eaux

Même s'il ressort de la pesée des intérêts qu'une exception peut en principe être accordée dans la zone densément bâtie, cela ne signifie pas pour autant que le bâtiment peut être construit directement sur la rive. L'emprise sur la bande riveraine doit être limitée au strict minimum et il incombe au maître d'ouvrage de démontrer qu'il n'est pas possible de construire d'une manière à moins solliciter l'espace réservé aux eaux.[174]

La jurisprudence plus récente du Tribunal fédéral relève également (quoique dans le contexte de l'appréciation de l'existence d'une zone densément bâtie) que la préservation de l'espace réservé aux eaux est d'autant plus importante qu'une utilisation judicieuse du terrain constructible n'est pas d'emblée exclue[175] ou paraît possible[176] sans empiéter sur l'espace réservé aux eaux.

– Dans son arrêt V 12 272 du 10 juillet 2013, le Tribunal cantonal de Lucerne considère en revanche que cette question n'est pas pertinente. Si, suite à la pesée des intérêts effectuée pour le projet de construction concret, l'autorité est parvenue à la conclusion que le projet peut être autorisé sans modifications, cela correspond au but de la réglementation. Des conditions et charges supplémentaires seraient disproportionnées (cons. 3.5).
– Dans son arrêt BRGE III n° 0208/2016 du 24 août 2016, le Tribunal zurichois des constructions a constaté que le terrain litigieux disposait encore d'une possibilité de construction adéquate en dépit de l'espace réservé aux eaux. Il n'existait dès lors pas de besoin réel et objectivement fondé d'aménager une cabane de jardin dans la bande riveraine. Dans l'intérêt de la protection des rives et compte tenu des dimensions généreuses du terrain, un emplacement en dehors de l'espace réservé aux eaux s'imposait (cons. 5.3).

L'art. 36*a* LEaux énonce le principe selon lequel il y a lieu de préserver le plus possible l'espace réservé aux eaux. Ainsi, il semble important d'exiger un besoin réel et objectivement fondé pour ériger la construction dans l'espace réservé aux eaux. Cet aspect est pris en considération au troisième stade de l'examen. On peut se demander s'il ne serait pas plus opportun de l'examiner au deuxième stade, avant la pesée des intérêts. KEHRLI estime à juste titre que la pesée des intérêts doit tenir compte des circonstances concrètes. Plus l'espace réservé aux eaux est sollicité, plus la pesée d'intérêts revêt d'importance.[177] Par contre, s'il n'existe pas de besoin réel et objectivement fondé, il n'est plus nécessaire de procéder à une pesée des intérêts.

174 ATF 139 II 470 cons. 4.5 [Rüschlikon I]; de même: Tribunal cantonal de Bâle-Ville, arrêt 810 16 180 du 22 mars 2017 (Liestal BL); Arrêt du TF 1C_106/2018 du 2 avril 2019 cons. 5.8 [Zoug].
175 Arrêt du TF 1C_444/2015 du 14 mars 2016 cons. 3.6.
176 Arrêt du TF 1C_106/2018 du 2 avril 2019 cons. 5.8 [Zoug].
177 Cf. KEHRLI, Bauen (note 67), p. 697 s.

5. Garantie de la situation acquise

Les installations existantes situées dans l'espace réservé aux eaux bénéficient en principe de la garantie de la situation acquise si elles ont été mises en place légalement et peuvent être utilisées conformément à leur destination (art. 41*c* al. 2 OEaux).

5.1 Distinction entre zones à bâtir et zones non constructibles

Dans le contexte de la garantie de la situation acquise, la jurisprudence constante distingue entre les constructions et installations en zone à bâtir et celles situées en dehors de celle-ci, raison pour laquelle cette distinction est reprise ci-après.

Le Tribunal fédéral a renoncé à cette distinction à une seule occasion: dans son arrêt du 26 août 2015 (Sarnen OW),[178] où le litige portait sur une mise en zone à bâtir dans la région de Felsenheim, le Tribunal fédéral a estimé que la surface en question était déjà construite et équipée au moment du jugement et que les bâtiments existants bénéficiaient de la protection des droits acquis, qu'ils soient attribués à la zone à bâtir ou à la zone non constructible (cons. 3.1).

A l'échelle cantonale, le Tribunal administratif de Saint-Gall a défendu l'opinion selon laquelle l'art. 41*c* al. 2 OEaux ne distingue pas entre zones à bâtir et zones non constructibles (arrêt B 2013/153 du 24 mars 2015 cons. 5.1).

5.2 Constructions et installations en zone à bâtir

Une jurisprudence abondante s'est développée sur la portée de la garantie de la situation acquise dans l'espace réservé aux eaux pour les constructions et installations sises en zone à bâtir.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la protection de la situation acquise en zone à bâtir est en premier lieu régie par le droit cantonal. Ceci sous réserve que la législation cantonale respecte la garantie de la propriété (art. 26 Cst.) et ne vide pas de leur substance les dispositions sur l'espace réservé aux eaux.[179]

L'interprétation du droit cantonal n'est examinée par le Tribunal fédéral que sous l'angle de l'arbitraire (art. 9 Cst.). Ainsi, dans son arrêt du 22 mars 2016 (Freienbach SZ),[180] le Tribunal fédéral a estimé que le Tribunal administratif pouvait sans arbitraire arriver à la conclusion que l'augmentation du nombre d'étages et les modifications des plans n'étaient pas couvertes par la garantie de la situation acquise selon le § 72 de la loi schwyzoise sur la planification et les constructions (PBG/SZ).[181] Le Tribunal fédéral a relevé en outre que la protection de la situation acquise selon l'art. 41*c* al. 2 OEaux ne va pas au-delà du droit cantonal (cons. 4.5).

Le Tribunal fédéral s'est également prononcé dans ce sens dans son arrêt concernant Arth (SZ).[182] En estimant que la démolition et la reconstruction d'une

178 Arrêt du TF 1C_612/2014.
179 Arrêt du TF 1C_473/2015 du 22 mars 2016 cons. 4.2 (Freienbach SZ), arrêt du TF 1C_332/2017 du 23 février 2017 cons. 3.2.2 [Arth SZ].
180 Arrêt du TF 1C_473/2015.
181 Cons. 4.4.
182 Arrêt du TF 1C_332/2017 du 23 février 2017.

maison d'habitation plus haute ainsi que la transformation d'un hangar à bateaux étaient couvertes par la garantie cantonale de la situation acquise, le Tribunal administratif avait appliqué le § 72 de la loi schwyzoise sur la planification et les constructions (PBG/SZ) sans commettre d'arbitraire (cons. 3.3). Le Tribunal fédéral a relevé en outre que, d'après l'OFEV, la nouvelle construction ne conduisait pas à une aggravation du point de vue écologique et que la réglementation cantonale n'avait pas pour effet de vider de leur substance les dispositions de droit fédéral sur l'espace réservé aux eaux.[183]

Les motifs exposés par l'OFEV, déterminants pour la décision, ne sont pas reproduits dans l'arrêt. Pour les praticiens du droit et les justiciables, il aurait été préférable que le Tribunal fédéral dise lui-même quand les dispositions de droit fédéral sont vidées de leur substance et quand cela n'est pas le cas.

Les tribunaux cantonaux divergent quant à la portée de l'art. 41*c* al. 2 OEaux. Une partie défend l'opinion que l'art. 41*c* al. 2 OEaux se limite à une «protection minimale de la situation acquise», d'autres estiment que l'art. 41*c* al. 2 OEaux va au-delà; d'autres encore interprètent cette disposition au sens du droit cantonal.

– Selon le Tribunal zurichois des constructions (arrêt BRGE II n° 0186/2012 du 20 novembre 2012), les cantons disposent d'une marge de manœuvre pour décider si et dans quelle mesure les constructions situées en zone à bâtir peuvent être modifiées. Le § 357 de la loi zurichoise sur la planification et les constructions (LPC/ZH) instaure une garantie étendue de la situation acquise; il est notamment applicable aux constructions et installations situées dans la bande riveraine définie par le droit transitoire (cons. 5.2).
– En revanche, le Tribunal administratif de Saint-Gall (arrêt B 2012/69 du 19 décembre 2013) estime que l'art. 41*c* al. 2 OEaux constitue une «protection minimale de droit fédéral de la situation acquise», qui comprend les travaux d'entretien visant au maintien de la valeur, mais non pas les interventions dans la substance, telles que les transformations, les agrandissements et les changements d'affectation (cons. 3.2.1.1). Ainsi, il faudrait déplacer une route hors de l'espace réservé aux eaux pour pouvoir y effectuer des travaux d'une certaine ampleur. En revanche, le renouvellement du revêtement, le remplacement de l'éclairage et la pose de conduites dans la route étaient couverts par la protection minimale de la situation acquise (cons. 3.2.1.2).
– Se fondant sur l'art. 41*c* al. 2 OEaux, le Tribunal cantonal de Lucerne a admis que la protection de la situation acquise dont bénéficiait l'accès en gravier à un garage permettait de remplacer celui-ci par un chemin pour piétons muni d'un revêtement perméable (arrêt V 12 219 du 30 avril 2013 cons. 4.c).[184]
– Dans son arrêt B 2013/153 du 24 mars 2015, le Tribunal administratif de Saint-Gall estime que le droit fédéral se superpose au droit cantonal pour les espaces réservés aux eaux, leur utilisation étant régie exclusivement par l'art. 41*c* al. 2 OEaux, sans distinction entre zones à bâtir et zones non constructibles (cons. 5.1).
– Selon le Tribunal administratif des Grisons (arrêt R 14 51 du 14 juillet 2015), il résulte de l'art. 41*c* al. 1 OEaux que la garantie de la situation acquise s'applique aussi aux constructions de remplacement. Les nouvelles places de stationnement

183 Cons. 3.5.
184 Le Tribunal semble donc admettre des changements d'affectation dans le cadre de l'art. 41*c* al. 2 OEaux.

prévues constituent des installations et sont dès lors admissibles dans l'espace réservé aux eaux (cons. 5.d).[185]

– Dans son arrêt BRGE III n° 0208/2016 du 24 août 2016, le Tribunal zurichois des constructions estime que le § 357 de la loi zurichoise sur la planification et les constructions (PBG/ZH) s'applique à la démolition d'une cabane de jardin et sa reconstruction à un nouvel emplacement dans l'espace réservé aux eaux, et non pas les art. 24 ss LAT. La reconstruction d'un bâtiment démoli à un autre emplacement représente juridiquement une nouvelle construction qui ne peut pas bénéficier du § 357 PBG/ZH (cons. 4.3).

– Dans son arrêt 810 16 180 du 22 mars 2017 [Liestal BL], le Tribunal cantonal de Bâle-Ville relève que la garantie de la situation acquise au sens de l'art. 41*c* al. 2 OEaux protège les constructions aménagées sous l'ancien droit, dans l'état où elles se trouvaient jusqu'ici. Sont couverts par la garantie de la situation acquise les mesures destinées à la conservation et les travaux simples de rénovation, mais non pas les transformations, les agrandissements, ni les changements d'affectation. Le pont litigieux ne bénéficiait pas de la garantie de la situation acquise, car il était prévu de modifier et d'élargir son affectation (cons. 5.3.2).

– L'arrêt 100.2017.220U du 6 août 2019 (cons. 4.1) du Tribunal administratif de Berne s'appuie sur l'arrêt du TF 1C_332/2017 du 23 février 2017 (Arth SZ), selon lequel la garantie de la situation acquise en zone à bâtir est en premier lieu régie par le droit cantonal. Puisque, selon le TF, le § 72 de la loi schwyzoise sur la planification et les constructions (PBG/SZ) ne vide pas de leur substance les dispositions de droit fédéral, il en va de même pour l'art. 3 de la loi bernoise sur les constructions (BauG), d'autant plus que cet article n'autorise pas la reconstruction de bâtiments démolis (cons. 4.2). La question de savoir si les bâtiments reconstruits portent moins atteinte à l'espace réservé aux eaux que les anciens bâtiments ne joue aucun rôle (cons. 7.3).

Dans l'ensemble, la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle le droit cantonal s'applique en zone à bâtir, paraît trop permissive dans les cas où le droit cantonal tolère la démolition et la reconstruction, comme dans les arrêts du TF exposés ci-dessus. Cette jurisprudence favorise – sans que cela soit nécessaire – le maintien à long terme de constructions dans l'espace réservé aux eaux, à l'encontre du but recherché. Malgré leur portée considérable, ces arrêts n'ont pas été publiés dans le Recueil officiel. La jurisprudence cantonale montre qu'une interprétation de l'art. 41*c* al. 2 OEaux allant dans le sens de la garantie constitutionnelle de la situation acquise est tout à fait possible et serait appropriée, eu égard au sens et au but de l'espace réservé aux eaux.

Si l'on souhaite maintenir le principe de l'application du droit cantonal, il est essentiel de s'assurer que celui-ci ne vide pas de leur substance les dispositions fédérales sur l'espace réservé aux eaux. Contrairement à l'avis de l'OFEV,[186]

185 On ne voit toutefois pas dans quelle mesure l'art. 41*c* al. 1 OEaux et la notion d'installation y mentionnée permettraient d'en déduire l'étendue de la garantie de la situation acquise. Ce résultat surprend d'autant plus que les deux intimées auraient été sans autre disposées à déplacer les places de stationnement pour les sortir de l'espace réservé aux eaux (cons. 8 et 9) et qu'il aurait ainsi été possible de moins solliciter l'espace réservé aux eaux. Selon le sens et le but de l'espace réservé aux eaux, de même que l'égalité de traitement, la protection étendue de la situation acquise ne devrait pas aller plus loin que les exceptions octroyées pour les nouvelles constructions dans les zones densément bâties (voir ci-dessus, chiffre V.4.5).

186 Cf. arrêt du TF 1C_332/2017 du 23 février 2017 cons. 3.4 [Arth SZ].

il ne suffit pas que la reconstruction au même endroit n'entraîne pas d'aggravation d'un point de vue écologique. Les dispositions de droit fédéral relatives à l'espace réservé aux eaux et à la revitalisation aspirent à une *amélioration* de la situation. Il faut en outre vérifier, comme pour les dérogations dans les zones densément bâties, s'il existe un besoin réel et objectivement fondé de reconstruire un nouveau bâtiment au même emplacement, soit dans l'espace réservé aux eaux (voir ci-dessus, chiffre V.4.5), et si l'octroi d'une dérogation ne complique pas la planification future des espaces réservés aux eaux et des revitalisations (art. 38*a* LEaux) (voir ci-dessus, chiffre IV.6). Le Tribunal fédéral dispose d'un plein pouvoir de cognition lorsqu'il examine ces questions.

5.3 Constructions et installations en dehors de la zone à bâtir

Une jurisprudence abondante s'est également développée sur la portée de la garantie de la situation acquise dans l'espace réservé aux eaux pour les constructions et installations sises en dehors de la zone à bâtir.

Dans son arrêt du 17 juin 2015 (Zurich),[187] le Tribunal fédéral a constaté qu'eu égard aux travaux préparatoires et à la doctrine, la portée de l'art. 41*c* al. 2 OEaux était contestée. Certains étaient d'avis que la garantie des droits acquis revêtait la même portée que l'art. 24*c* LAT, d'autres estimaient que l'art. 41*c* al. 2 OEaux n'allait pas au-delà de la garantie de la situation acquise ancrée dans la Constitution (qui comprend uniquement l'entretien normal).[188] Le Tribunal fédéral s'est finalement rallié à la première opinion. Même si le texte de la norme ne contient aucune indication concernant la portée exacte de l'art. 41*c* al. 2 OEaux, le fait que la garantie de la situation acquise soit seulement réglée au niveau d'une ordonnance, à la différence de l'art. 24*c* LAT, s'oppose – selon le TF – à une interprétation plus étroite, d'autant plus que la protection des rives selon la législation sur la protection des eaux et selon le droit de l'aménagement du territoire se recoupent largement.[189] Compte tenu du degré normatif inférieur de l'art. 41*c* al. 2 OEaux, il paraissait logique de tenir compte de la protection de l'espace réservé aux eaux dans la pesée des intérêts en tant qu'exigence majeure au sens de l'art. 24*c* al. 5 LAT.[190] Par conséquent, dans la mesure où l'art. 24*c* LAT est applicable, l'art. 41*c* al. 2 OEaux ne revêt pas de signification propre. Le TF a laissé ouverte la question de l'étendue de la garantie des droits acquis dans les cas où l'art. 24*c* LAT n'est pas applicable parce que des constructions conformes à la zone sont concernées.[191] Dans le cas d'espèce, l'installation solaire projetée sur un hangar à bateaux tombait sous le coup de la garantie des droits acquis selon l'art. 24*c* LAT et l'art. 41*c* al. 2 OEaux.[192]

187 Arrêt du TF 1C_345/2014.
188 Cons. 4.1.1. Le Tribunal fait ici référence à Massüger Sánchez Sandoval Nina, Bestandesschutz von Bauten und Anlagen innerhalb des Gewässerraums im Kanton Zürich, PBG 2012/4, 5–26, p. 6–8 et 23–25.
189 Cf. art. 36*a* al. 1 LEaux, art. 3 al. 2 let. c et art. 17 al. 1 let. a LAT.
190 Le Tribunal fait ici référence à l'arrêt du Tribunal zurichois des constructions BRGE III n° 0117/2013 du 25 septembre 2013 cons. 6.
191 Cons. 4.1.3.
192 Cons. 4.3.

Cet arrêt revêt une portée considérable, parce qu'il y a une énorme différence entre une garantie élargie des droits acquis et une garantie minimale. Cet arrêt n'a toutefois pas été publié dans le Recueil officiel. On peut donc se demander si cette jurisprudence sera précisée ou modifiée si les faits se présentent différemment et qu'il ne s'agit pas «simplement» d'aménager des cellules solaires (qui sont bienvenues sous l'angle du tournant énergétique). D'après l'opinion défendue ici, cela serait souhaitable.

L'idée défendue par le Tribunal fédéral, selon laquelle la garantie de la situation acquise revêt la même portée que l'art. 24*c* LAT, vient en particulier de l'OFEV, qui précise toutefois que seul l'entretien «nécessaire» est autorisé et que la démolition de bâtiments existants est possible (seulement) dans des cas exceptionnels.[193] La «newsletter» de l'étude d'avocats Voser[194] et la doctrine (FRITZSCHE et al.) citées par le Tribunal fédéral ne font que renvoyer à l'OFEV. D'ailleurs, FRITZSCHE a exprimé un autre avis ultérieurement.[195]

Le fait que la protection de l'espace réservé aux eaux soit considérée comme une exigence majeure au sens de l'art. 24*c* al. 5 LAT en raison du degré normatif inférieur de l'art. 41*c* al. 2 OEaux et soit prise en compte dans une pesée des intérêts paraît contestable, et ceci pour trois raisons:

Premièrement, l'art. 24*c* al. 5 LAT parle d'exigences majeures «de l'aménagement du territoire», alors qu'en l'espèce, il s'agit d'exigences majeures de la protection des eaux. L'aménagement du territoire et la protection des eaux ne sont pas identiques. L'aménagement du territoire vise en premier lieu une «utilisation judicieuse et mesurée du sol et une occupation rationnelle du territoire» (art. 75 al. 1 Cst.). En matière d'espace réservé aux eaux, il s'agit en revanche de prévenir et de réparer les atteintes nuisibles aux eaux (art. 76 al. 1 Cst. et intitulé du Titre 2 de la LEaux). La protection des eaux doit être *soutenue* par des mesures d'aménagement (art. 1 al. 2 let. a LAT), c'est-à-dire que ces mesures doivent servir à protéger les eaux. Il en découle que la protection des eaux ne peut en aucun cas être affaiblie par des instruments du droit de l'aménagement du territoire (notamment par une garantie élargie des droits acquis), tout comme on ne peut considérer que ces deux domaines «se recoupent largement». Au contraire, conformément à l'art. 22 al. 3 LAT, les autres conditions du droit fédéral et du droit cantonal demeurent réservées.[196] L'art. 36*a* LEaux en lien avec l'art. 41*c* al. 2 OEaux en font partie. MASSÜGER relève à juste titre que l'interprétation selon laquelle l'art. 41*c* OEaux n'a pas de signification propre à côté de l'art. 24*c* LAT est contraire à la lettre de l'art. 41*c* OEaux et ne tient pas compte du fait que les constructions, en plus de leur non-conformité à l'affectation de la zone, deviennent ainsi *illicites sous l'angle de la législation sur la protection des eaux*.[197]

Deuxièmement, l'art. 24*c* LAT ne se rapporte qu'aux constructions et installations sises hors de la zone à bâtir et non conformes à l'affectation de la zone. Cependant, la question de la garantie de la situation acquise se pose de la même manière pour les constructions et installations conformes à l'affectation de la zo-

193 Cf. OFEV (note 58), p. 15
194 CHRISTIAN MUNZ / PETER HEER, Gewässerraum für Fliessgewässer, BAURECHT LEXPRESS 3/2013 p. 3
195 Cf. FRITZSCHE (note 6), art. 36*a* note 138.
196 Cf. FRITZSCHE (note 6), art. 36*a* note 138.
197 Cf. MASSÜGER (note 188), p. 25.

ne.[198] L'art. 41*c* al. 2 OEaux ne fait pas de distinction entre les constructions conformes à l'affectation de la zone et les constructions non conformes.

Troisièmement, l'exigence d'une pesée des intérêts émane de l'art. 43*a* let. e de l'ordonnance sur l'aménagement du territoire du 28 juin 2000 (OAT; RS 700.1), ce qui signifie que cette question aussi est seulement réglée au niveau d'une ordonnance.

Après l'arrêt du 17 juin 2015 (Zurich),[199] le Tribunal fédéral ne s'est plus penché de manière approfondie sur la question de la portée de l'art. 41*c* al. 2 OEaux en dehors de la zone à bâtir. Dans l'arrêt concernant Vinelz BE,[200] il a seulement fait référence au premier arrêt et relevé que, selon celui-ci, l'art. 41*c* OEaux ne revêtait pas de signification propre dans la mesure où l'art. 24*c* LAT était applicable, mais que cela n'avait aucune pertinence pour la décision dans le cas d'espèce.[201] Dans l'arrêt Freienbach (SZ),[202] le Tribunal fédéral a également résumé les considérants de son premier arrêt concernant Zurich, sans toutefois s'exprimer sur leur valeur, étant donné qu'il s'agissait en l'espèce d'une construction sise à l'intérieur de la zone à bâtir.[203]

La jurisprudence cantonale n'est pas unanime quant à la portée de l'art. 41*c* al. 2 OEaux pour les constructions et installations sises en dehors de la zone à bâtir. Une majorité a défendu l'opinion selon laquelle l'art. 41*c* al. 2 OEaux revêt une signification propre et contient une «protection minimale de droit fédéral de la situation acquise»:

> – Le Tribunal zurichois des constructions (arrêt BRGE III n° 0129/2012 du 24 octobre 2012) a estimé qu'il fallait se fonder exclusivement sur l'art. 24*c* LAT (garantie élargie des droits acquis) pour la modification de bâtiments existants dans l'espace réservé aux eaux en dehors de la zone à bâtir.[204] Il fallait donc s'assurer que les exigences majeures de l'aménagement du territoire (art. 24*c* al. 5 LAT), qui pouvaient aussi être motivées par la protection des eaux, étaient remplies (cons. 7).
> – Dans l'arrêt BRGE III n° 0117/2013 du 25 septembre 2013, le même Tribunal a relevé que la protection des eaux constituait, certes, une exigence majeure de l'aménagement du territoire au sens de art. 24*c* al. 5 LAT (cons. 7.1), mais que cela ne pouvait avoir pour effet que la garantie élargie de la situation acquise ne s'applique jamais (cons. 6).[205] En l'espèce, l'agrandissement du balcon litigieux n'entraînait pas d'atteinte aux fonctions de l'espace réservé aux eaux (cons. 7.2).
> – Dans son arrêt VGE 100.2012.463 du 7 juillet 2014 (Belp BE), le Tribunal administratif de Berne a considéré que l'art. 41*c* al. 2 OEaux ne protège que l'existence de l'installation, son entretien et les travaux de rénovation simples visant au maintien de sa valeur, et non pas les transformations, les agrandissements ou les changements

198 Cf. Massüger (note 188), p. 25.
199 Arrêt du TF 1C_345/2014.
200 Arrêt du TF 1C_43/2015 du 6 novembre 2015.
201 Cons. 7.3.
202 Arrêt du TF 1C_473/2015 du 22 mars 2016.
203 Cf. cons. 4.1 et 4.2.
204 De même: Tribunal zurichois des constructions, BRGE II n° 0186/2012 du 20 novembre 2012 cons. 5.2.
205 C'est l'inverse qui prévaut. Si la garantie de la situation acquise au sens de l'art. 41*c* al. 2 OEaux doit assurer la garantie de la propriété (art. 26 Cst.), elle ne peut pas mettre en péril la protection des eaux que les prescriptions relatives à l'espace réservé aux eaux sont censées sauvegarder.

d'affectation. La transformation et le changement d'affectation partiel de l'ancienne cabane «Schwellihütte», incluant deux nouvelles places pour grillades, n'étaient par conséquent pas compris dans la garantie des droits acquis (cons. 8.4).[206]
– Le Tribunal administratif de Saint-Gall a exprimé le même avis dans son arrêt B 2013/153 du 24 mars 2015. Le fait que le législateur a renoncé à introduire, dans l'art. 41*c* al. 2 OEaux, une garantie élargie des droits acquis comparable à celle prévue à l'art. 24*c* al. 2 LAT, n'est manifestement pas dû à une inadvertance de sa part. Avec les dispositions sur l'espace réservé aux eaux, les rives bénéficient d'une protection notablement plus élevée que les zones agricoles, raison pour laquelle une interprétation téléologique laisse également supposer que l'art. 41*c* al. 2 OEaux ne contient pas une garantie élargie des droits acquis. En outre, l'art. 41*c* OEaux n'opère pas de distinction entre zones à bâtir et zones non constructibles, mais se contente d'accorder des allègements pour les «zones densément bâties». Dans cette mesure, le point de vue défendu par l'OFEV ne convainc pas (cons. 5.1). En l'espèce, l'agrandissement et l'assainissement d'une route communale allaient au-delà de la protection minimale de droit fédéral de la situation acquise au sens de l'art. 41*c* al. 2 OEaux (cons. 5.2).
– Dans son arrêt BRGE I n° 0073/2016 du 29 avril 2016, le Tribunal zurichois des constructions fait référence à l'arrêt BRGE III n° 0117/2013 du 25 septembre 2013 et relève qu'on aurait pu aussi appliquer l'art. 41*c* OEaux, en tant que disposition spéciale ne prévoyant pas de pesée des intérêts, pour déterminer la garantie de la situation acquise des constructions situées dans l'espace réservé aux eaux.[207]
– Dans son arrêt 602 2017 5 du 5 mai 2017, le Tribunal cantonal de Fribourg s'est fondé exclusivement sur l'art. 41*c* al. 2 OEaux. La grange en question bénéficiait de la garantie des droits acquis aussi longtemps qu'elle était utilisée conformément à sa destination, c'est-à-dire en tant que grange. Le changement d'affectation de la grange en appartement ne bénéficiait pas de la garantie de la situation acquise (cons. 4.d). Par ailleurs, l'agrandissement de la grange en vue d'en faire un logement pouvait préjuger de manière négative une éventuelle revitalisation future du cours d'eau, car selon le principe de proportionnalité, le maintien d'un appartement répond à un intérêt privé plus important que le maintien d'une grange. Enfin, il fallait également prendre en considération le danger de crues moyen de la zone concernée (cons. 4.e).

Pour résumer, le Tribunal fédéral est d'avis que l'art. 41*c* al. 2 OEaux doit être compris dans le sens de la garantie élargie des droits acquis conformément à l'art. 24*c* LAT. La plupart des tribunaux cantonaux interprètent l'art. 41*c* al. 2 OEaux dans le sens de la garantie constitutionnelle de la situation acquise, qui permet uniquement l'entretien normal. Les avis divergent et aucune tendance claire ne se dessine jusqu'à présent.

Selon l'opinion défendue ici, l'art. 41*c* al. 2 OEaux doit avoir une *signification propre*, qui tient compte du *but poursuivi par la garantie des fonctions na-*

206 De même: Tribunal administratif de Berne, arrêt VGE 100.2013.134 du 16 décembre 2014 cons. 7.5.1.

207 Cette remarque de la première Cour du Tribunal concernant l'arrêt BRGE III n° 0117/2013 du 25 septembre 2013 montre qu'à Zurich aussi, la jurisprudence n'a probablement pas encore dit son dernier mot. A notre sens, le Tribunal relève à juste titre que l'art. 36*a* LEaux, en lien avec l'art. 41*c* al. 2 OEaux, peut être évalué en tant que lex specialis par rapport à la garantie des droits acquis prévue par la législation sur l'aménagement du territoire.

turelles des eaux au sens de l'art. 36*a* al. 1 LEaux, de la garantie de la propriété (art. 26 Cst.) ainsi que du principe de la confiance (art. 9 Cst.), et correspond ainsi à la *garantie constitutionnelle des droits acquis*.[208]

La protection des eaux ne peut pas être affaiblie par des instruments du droit de l'aménagement du territoire. Ceux-ci doivent au contraire soutenir la législation sur la protection des eaux (art. 1 al. 2 let. a LAT); sinon, ces deux domaines du droit doivent être traités séparément (art. 22 al. 3 LAT). Les constructions non conformes à l'affectation de la zone sises dans l'espace réservé aux eaux sont en plus contraires à la législation sur la protection des eaux. Il reste à voir si la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui jusqu'ici ne s'est exprimé que dans un arrêt non publié au Recueil officiel malgré la portée notable de cette question, sera confirmée.

La question de savoir comment apprécier les *constructions existantes sises hors de la zone à bâtir et conformes à l'affectation de la zone* est restée sans réponse jusqu'à ce jour.

VI. Droit de recours des associations

– Les dispositions relatives à l'espace réservé aux eaux servent les intérêts protégés par la loi sur la protection de la nature et du paysage et ont un impact sur ceux-ci. Dès lors, les associations à but non lucratif sont habilitées à recourir (au sens de l'art. 12 LPN) contre les décisions, telles que l'octroi d'une autorisation exceptionnelle de construire en vertu de la législation sur la protection des eaux (arrêt du Tribunal zurichois des constructions, BRGE II n° 0045/2013 du 26 mars 2013 cons. 3.3.2).

– La protection des eaux représente une tâche de la Confédération au sens de l'art. 76 al. 3 Cst. en lien avec l'art. 2 LPN. En adoptant l'art. 36*a* LEaux et les dispositions de l'ordonnance y relatives, le législateur fédéral a élargi le type et l'étendue de la tâche incombant à la Confédération en matière de protection des eaux. La mise en œuvre de l'art. 36*a* LEaux, mais aussi l'octroi d'autorisations de construire qui se fondent (respectivement auraient dû se fonder) directement sur le droit fédéral en la matière constituent dès lors une tâche de la Confédération, que les cantons sont tenus d'observer. Par conséquent, les associations à but non lucratif concernées ont le droit de recourir dans la procédure relative à la détermination des espaces réservés aux eaux contraignante pour les propriétaires fonciers, respectivement – jusqu'à ce que ces espaces soient fixés conformément à l'art. 36*a* al. 1 LEaux – dans le cadre de l'octroi d'autorisations pour des constructions et installations sises dans les espaces réservés aux eaux définis par le droit transitoire (Conseil d'Etat du canton d'Argovie, arrêt AGVE 2017 p. 383 cons. 1.3).

VII. Remarques finales

La présente chronique de jurisprudence montre que durant les neuf dernières années, les litiges ont principalement porté sur l'utilisation de l'espace réservé aux eaux défini par le droit transitoire. Dans ce domaine, des problèmes de ter-

208 A ce sujet, voir l'arrêt du TF 1P.418/2002 du 16 décembre 2002 cons. 3.1.1 et le renvoi à l'ATF 113 Ia 119 cons. 2a, ainsi que MASSÜGER (note 188), p. 8, FRITZSCHE (note 6), art. 36*a* notes 136 et 138, et enfin les considérants du Tribunal administratif de Saint-Gall, arrêt B 2013/153 du 24 mars 2015 cons. 5.1.

minologie, avec des recoupements entre la législation sur la protection des eaux et celles sur l'aménagement du territoire, ont généré des incertitudes dans l'application du droit.

La question de savoir si l'implantation de nouvelles installations doit être imposée par leur destination au sens de l'art. 24 LAT ou au sens de la législation sur la protection des eaux, soit de l'art. 41*c* al. 1, 1re phrase OEaux, n'a pas trouvé de réponse jusqu'à ce jour. Selon l'opinion défendue ici, il paraît logique d'interpréter cette notion au sens de l'art. 41*c* al. 1 OEaux.

En ce qui concerne la garantie de la situation acquise (art. 41*c* al. 2 OEaux) pour les installations existantes, la jurisprudence établit une distinction entre zones à bâtir et zones non constructibles.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce sont les dispositions cantonales sur la garantie des droits acquis qui s'appliquent en zone à bâtir. En revanche, les tribunaux cantonaux ont souvent appliqué l'art. 41*c* al. 2 OEaux en zone à bâtir, toutefois sans toujours l'interpréter de la même manière. Les uns ont défendu l'opinion selon laquelle l'art. 41*c* al. 2 OEaux contient une «protection minimale de droit fédéral de la situation acquise», les autres ont estimé que l'art. 41*c* al. 2 OEaux va au-delà de cette protection minimale. Il y a lieu de présumer que la jurisprudence cantonale suivra désormais la jurisprudence du Tribunal fédéral. Comme celle-ci est très permissive lorsque le droit cantonal admet la démolition et la reconstruction, il y a lieu, notamment en cas de reconstruction, de vérifier soigneusement et en détail si les dispositions cantonales ne vident pas de leur substance les dispositions sur la protection de l'espace réservé aux eaux. Il faut en outre exiger un besoin réel et objectivement fondé d'ériger le nouveau bâtiment dans l'espace réservé aux eaux. Enfin, l'octroi d'une dérogation ne doit pas compliquer la planification future des espaces réservés aux eaux et des revitalisations.

En ce qui concerne les constructions et installations sises hors de la zone à bâtir et non conformes à l'affectation de la zone, le Tribunal fédéral et la troisième Cour du Tribunal zurichois des constructions sont d'avis que l'art. 41*c* al. 2 OEaux doit être interprété dans le sens de la garantie élargie de la situation acquise conformément à l'art. 24*c* LAT. D'autres tribunaux interprètent l'art. 41*c* al. 2 OEaux dans le sens de la garantie constitutionnelle de la situation acquise, qui permet uniquement l'entretien normal. Les avis divergent et aucune tendance claire ne se dessine jusqu'à ce jour. La jurisprudence n'a pas encore tranché la question de savoir comment apprécier les constructions existantes sises hors de la zone à bâtir et conformes à l'affectation de la zone.

A notre avis, il serait judicieux de conférer à l'art. 36*a* al. 1 et 2 LEaux en lien avec l'art. 41*c* al. 2 OEaux une signification propre, conforme au sens et au but de ces dispositions (soit la protection des eaux). De même, il serait opportun de renoncer à la distinction entre zones à bâtir et zones non constructibles, d'une part, et entre constructions conformes à l'affectation de la zone et constructions non conformes à l'affectation de la zone, d'autre part, car ces distinctions, introduites en droit de l'aménagement du territoire dans l'optique d'une utilisation mesurée du sol, sont étrangères à la protection des eaux. Enfin, ces distinctions ont engendré de grandes insécurités et inégalités juridiques. Celles-ci auraient pu être évitées si l'art. 41*c* al. 2 OEaux avait fait l'objet d'une interprétation spécifique, valable pour tous les espaces réservés aux eaux, ou si l'ordonnance avait été plus claire sur ce point.

L'espace réservé aux eaux peut aussi être utilisé pour de nouvelles installations conformes à l'affectation de la zone dans les *zones densément bâties*. La notion de zone densément bâtie a fait l'objet de nombreuses procédures, qui ont permis, avec le temps, de développer des critères.[209] Dans ce contexte, la situation de l'installation à aménager «en périphérie» s'est souvent avérée décisive.

Dans l'ensemble, l'analyse des différents arrêts a dévoilé l'absence de réel débat entre les tribunaux. Ceux-ci ont par contre accordé un grand poids aux fiches et aux rapports explicatifs de l'OFEV. Les prises de position de l'OFEV dans les cas concrets ont également eu une forte influence sur la jurisprudence, qui semble les avoir reprises sans véritablement les remettre en question, notamment en ce qui concerne les questions d'interprétation du droit. Ceci paraît problématique du point de vue de la séparation des pouvoirs. Il serait souhaitable que les explications et les fiches de l'exécutif, qui ne sont pas légitimées démocratiquement, soient appliquées par les tribunaux pour ce qu'elles sont, c'est-à-dire des indications destinées à faciliter l'interprétation historique d'une disposition.

209 Pour une appréciation de l'art. 41*c* al. 1 let. a OEaux, voir FRITZSCHE, «Dicht überbaut» (note 79), p. 779 ss.

Références au DEP

Arrêts	DEP	Désignation
ATF		
ATF 139 II 470	DEP 2013 333	Rüschlikon I ZH
ATF 140 II 428	DEP 2014 555	Dagmersellen LU
ATF 140 II 437	DEP 2014 569	Rüschlikon II ZH
ATF 143 II 77	DEP 2017 276	Seestatt SZ
Arrêt du TF 1C_15/2019 du 13 décembre 2019; publication ATF	DEP 2020 [...]	
Arrêts du TF: non publiés		
Arrêt du TF 1C_217/2018 du 11 avril 2019	DEP 2019 757	Buchrain LU
Arrêt du TF 1C_106/2018 du 2 avril 2019	DEP 2019 745	Zug
Arrêt du TF 1C_67/2018 du 4 mars 2019	DEP 2019 348	Anniviers VS
Arrêt du TF 1C_289 du 16 novembre 2018	DEP 2019 51	Gelterkinden BL
Arrêt du TF 1C_473 du 22 mars 2016	DEP 2016 375	Freienbach SZ
Arrêt du TF 1C_345/2014 du 17 juin 2015	DEP 2015 706	Zurich
Arrêt du TF 1C_821/2013 et 1C_825/2013 du 30 mars 2015	DEP 2015 301	Wangen SZ
Arrêt du TF 1C_164/2012 du 30 janvier 2013	DEP 2013 113	St. Moritz GR
Arrêt du TF 1C_505/2011 du 1er février 2012	DEP 2012 160	Nebikon ZH
Tribunaux administratifs cantonaux		
Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, arrêt 810 16 180 du 22 mars 2017	DEP 2018 445	Liestal BL
Tribunal administratif d'Argovie, arrêt WBE.2017.224 du 1er mars 2018	DEP 2018 425	Suhr AG
Tribunal administratif de Zurich, arrêt VB.2014.00073 du 30 juin 2015	DEP 2016 711	
Tribunal administratif de Berne, arrêt VGE 100.2012.463 du 7 juillet 2014	DEP 2014 668	Belp BE
Tribunal administratif de Zurich, arrêt VB.2012.00001 du 26 juin 2012	DEP 2013 344	
Tribunal administratif d'Argovie, arrêt WNO.2012.2 du 27 septembre 2012	DEP 2013 145	