

Tribunal fédéral – 1C_583/2021, destiné à la publication
1^e Cour de droit public
Arrêt du 31 août 2023

Newsletter janvier 2024



Résumé et analyse

Proposition de citation :

Simon Varin, La constitutionnalité des mesures prises par le conseil d'Etat lucernois contre l'eutrophisation des lacs du Plateau, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_583/2021, Newsletter immodroit.ch janvier 2024

Restriction à la garantie de la propriété ; protection des eaux ; expropriation matérielle ; liberté économique ; égalité de traitement

Art. 8, 26, 27, 36, 74 ss Cst ;
6, 14, 28 LEaux ;
Annexe 2 OEaux ; 1 OPD
PhV/LU

La constitutionnalité des mesures prises par le conseil d'État lucernois contre l'eutrophisation des lacs du Plateau

Simon Varin

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt commenté traite d'un durcissement, par le Conseil d'État lucernois, d'une ordonnance visant à réduire la concentration en phosphore et combattre le processus d'eutrophisation¹ des lacs du Plateau. Dans un arrêt détaillé d'une vingtaine de pages, le Tribunal fédéral rejette le recours des agriculteurs touchés par les mesures contenues dans l'ordonnance et les griefs qu'ils faisaient valoir (violations du principe de légalité, de séparation des pouvoirs, de la garantie de la propriété, de la liberté économique et de l'égalité de traitement).

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

L'Ordonnance du canton de Lucerne du 24 mars 2015 sur la réduction de la pollution des lacs du Plateau par le phosphore d'origine agricole (PhV ; RS/LU 703a) a pour but de réduire la pollution des lacs de Sempach, de Baldegg ainsi que de la partie lucernoise du lac de Hallwil par le phosphore d'origine agricole (art. 1 al. 1 PhV). Le 16 juin 2020, le Conseil d'État du canton de Lucerne a décidé d'apporter diverses modifications à la PhV, qui sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2021.

Ces modifications abaissent la concentration limite de phosphore à 15 mg/m³ dans les lacs de Sempach et de Baldegg et à 10 mg/m³ dans le lac de Hallwil. Pour y parvenir, l'épandage de fumure dans les exploitations agricoles situées sur des terrains dont les eaux ruissellent dans les lacs est limité et l'épandage d'engrais minéraux contenant du phosphore est quant à lui interdit, sous réserve de quelques exceptions. L'augmentation du cheptel présent dans les exploitations est interdite. Des compensations financières sont prévues. Les agriculteurs

¹ Cf. pour une définition, p. 8 du présent commentaire.

concernés forment un recours de droit public par lequel ils contestent la compatibilité de ces mesures avec le droit supérieur.

B. Le droit

S'agissant d'un contrôle abstrait de normes avec le droit supérieur, le Tribunal fédéral commence par rappeler qu'il s'agit de savoir si, selon les règles d'interprétation reconnues, il est possible d'attribuer à la norme concernée un sens qui la rende compatible avec les normes supérieures invoquées. Une norme cantonale ne peut être annulée que si elle se soustrait à toute interprétation compatible avec le droit supérieur [consid. 1.5]. En outre, **si, comme en l'espèce, le contrôle abstrait des normes est dirigé contre une révision partielle d'un acte législatif, seules les dispositions ainsi modifiées ou nouvellement introduites peuvent en principe être contestées** [consid. 1.6].

Dans le cadre d'un bilan historique détaillé, le Tribunal fédéral souligne que la qualité problématique de l'eau des lacs du Plateau lucernois en raison de leur forte teneur en phosphore n'est pas un phénomène nouveau. Suivant l'évolution des données scientifiques, on sait désormais que la valeur seuil de l'apport en phosphore à partir de laquelle la consommation d'oxygène diminue durablement est plus basse qu'on ne le pensait dans le passé et se situe dans une fourchette de 10 à 15 mg/m³ [consid. 2-2.2]. A ce jour, les exigences légales en matière de qualité de l'eau au sens des art. 11 et 13 de l'Annexe 2 de l'Ordonnance sur la protection des eaux du 28 octobre 1998 (OEaux) ne sont toujours pas atteintes dans les lacs de Baldegg, Hallwil et Sempach, avec des conséquences visibles sur la reproduction des poissons [consid. 2.3-2.4].

Dans un premier grief, les agriculteurs recourants font valoir le grief d'**arbitraire dans la constatation des faits**. En substance, ils contestent que le phosphore soit le principal responsable du manque d'oxygène dans les eaux des lacs et, partant, de la croissance des algues. Selon eux, la prolifération d'algues sanguines de Bourgogne serait même consécutive à la diminution des quantités de phosphore dans les lacs ; le réchauffement climatique serait la cause principale du problème d'eutrophisation. Sur un autre plan, ils avancent que l'agriculture ne serait pas principalement responsable de la forte charge en phosphore dans les lacs, mettant en cause les stations d'épuration [consid. 2.5]. Sur ces aspects techniques, le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord que si l'instance inférieure dispose d'une compétence technique particulière dont le tribunal est lui-même dépourvu, ce dernier peut et doit respecter sa marge d'appréciation, y compris le « pouvoir d'appréciation technique », dans les questions de pondération, du moins dans la mesure où l'instance technique a examiné les points de vue essentiels pour la décision et a procédé aux clarifications nécessaires de manière soigneuse et complète. Le tribunal ne doit pas s'écarter de l'appréciation de l'instance spécialisée compétente de son propre gré, mais uniquement pour des raisons valables, même s'il dispose d'une libre cognition pour les questions de fait. Il n'appartient notamment pas aux tribunaux de mener une politique énergétique, respectivement environnementale, ou d'assumer le rôle d'autorité de surveillance en la matière [consid. 2.6]. En l'occurrence, le Tribunal fédéral constate que les mesures litigieuses ont été prises sur la base du rapport annuel 2019 du département lucernois des constructions, de l'environnement et de l'économie (Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartement ; BUWD), dont rien n'indique qu'il n'ait pas reflété l'état actuel des connaissances scientifiques, lesquelles étaient également confirmées par les constatations de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV). Des études scientifiques ont ainsi pu démontrer qu'en cas de diminution continue de la teneur en

phosphore, la croissance des algues sanguines de Bourgogne diminue également [consid. 2.7.1-2.7.2]. En outre, s'il est admis que l'augmentation de la température dans les lacs suisses en raison du changement climatique participe de la diminution de l'approvisionnement en oxygène des eaux profondes, il est toutefois incontesté dans les études scientifiques que le phosphore est toujours le paramètre central de la croissance des algues. Pour le Tribunal fédéral, il est d'autant plus important que les concentrations de phosphore continuent de baisser, alors que les effets du changement climatique sur les lacs apparaissent inévitables [consid. 2.7.3]. Enfin, l'étude sur laquelle se fondent les recourants pour affirmer que les stations d'épuration seraient la cause principale de forte teneur en phosphore dans les lacs concerne les cours d'eau en Allemagne, de sorte qu'elle n'est pas transposable à la situation des lacs suisses, qui plus est alors que l'épuration des eaux usées domestiques est garantie sur l'ensemble du territoire suisse [consid. 2.7.4]. Par conséquent, les autorités lucernoises pouvaient se rallier aux explications et aux résultats du BUWD (en tant qu'autorité disposant des connaissances spécialisées nécessaires) et de l'OFEV [consid. 2.8].

Les recourants font valoir que le Conseil d'État ne disposait pas d'une **base légale suffisante** pour édicter les dispositions contestées de la PhV/LU et qu'il aurait ainsi violé le principe de légalité et de séparation des pouvoirs.

S'agissant de ce grief, le Tribunal fédéral présente tout d'abord la répartition des compétences dans le domaine de la protection des eaux. Il rappelle que la Confédération veille, dans les limites de ses compétences, à l'utilisation rationnelle et à la protection des ressources en eau ainsi qu'à la prévention des atteintes nuisibles à l'eau (art. 76 al. 1 Cst.). Elle légifère notamment sur la protection des eaux (art. 76 al. 3 Cst.), disposition qui contient un mandat législatif pour la Confédération. Dans les domaines qui y sont énumérés, dont fait partie la protection des eaux, la Confédération dispose ainsi d'une compétence législative étendue. **Dans la mesure où la Confédération a exercé sa compétence législative selon l'al. 3 avec l'adoption de la Loi fédérale sur la protection des eaux du 24 janvier 1991 (LEaux), il ne reste en principe plus de place pour un droit cantonal complémentaire ou divergent. Il en va de même pour l'exécution de la loi ; les normes exigées dans la pratique en matière de protection qualitative des eaux doivent être uniformes dans toute l'administration fédérale** [consid. 3.2.1]. Ainsi, les principales dispositions applicables en matière de protection des eaux, que ce soit dans la LEaux ou dans l'OEaux, sont présentées [consid. 3.2.2 et 3.2.3]².

Le Tribunal fédéral souligne ensuite que l'exécution des lois incombe en principe aux cantons, même dans les domaines où la Confédération est compétente pour légiférer (art. 46 al. 1 Cst.). Dans le domaine de la protection des eaux, les cantons exécutent la loi et l'ordonnance dans la mesure où l'exécution n'est pas confiée à la Confédération et édictent les prescriptions nécessaires (cf. art. 45 LEaux et art. 45 OEaux). **Le terme « exécution » englobe tout et les cantons doivent prendre toutes les mesures nécessaires à la réalisation de la loi : édicition de prescriptions légales, mise en place d'une organisation des autorités, de procédures, y compris la protection juridique, mise à disposition de moyens matériels et financiers, prise de décisions, éventuellement conclusion de contrats. Les autorités cantonales d'exécution appliquent directement le droit fédéral, sans qu'une législation de mise en œuvre du**

² Il est renoncé à répéter ici le contenu de ces dispositions, qui sont en partie traitées dans le commentaire qui suit (cf. p. 12).

contenu soit nécessaire au niveau cantonal. Il en va de même lorsque le droit fédéral contient des notions juridiques indéterminées ou des réglementations nécessitant une concrétisation, qui accordent une certaine marge de manœuvre aux autorités d'exécution. Il en va autrement lorsque le droit fédéral confère aux cantons un simple mandat législatif ; tel n'est pas le cas en raison des réglementations fédérales dans le domaine de la protection des eaux. Comme nous l'avons vu, ces dispositions sont exhaustives et il n'y a pas de place pour des réglementations cantonales allant au-delà. Le législateur fédéral laisse aux cantons le soin de déterminer le niveau de l'acte législatif. C'est à eux de décider, selon leur droit (constitutionnel), quelles sont les prescriptions qui nécessitent une loi et quelles sont celles qui nécessitent une ordonnance [consid. 3.3].

Le Tribunal fédéral relève encore que les mesures prévues par la législation sur la protection des eaux s'adressent potentiellement à toutes les personnes qui se consacrent à la gestion du sol. C'est pourquoi, **en règle générale, les mesures de protection des eaux ne sont pas ordonnées par des décisions individuelles et concrètes, mais par des décisions générales ou - comme en l'espèce - par des règles de droit générales et abstraites. Cette différence quant à la forme des mesures à prendre n'a cependant aucune influence sur la question de savoir si les dispositions en question de la législation sur la protection des eaux constituent une base légale formelle suffisante du point de vue du contenu. Si la réponse est affirmative, elles constituent la base légale des mesures à prendre par les cantons, indépendamment de la forme sous laquelle ces mesures sont prises.** Si elles prennent la forme d'une ordonnance, il s'agit d'une ordonnance d'exécution, ce qui, dans le canton de Lucerne, relève de la compétence du Conseil d'État ; une base légale formelle supplémentaire au niveau cantonal n'est pas nécessaire [consid. 3.4]. Si les mesures prévues par la PhV/LU se situent dans le cadre de la simple exécution de normes de droit fédéral relatives à la protection des eaux, le Conseil d'État du canton de Lucerne est compétent pour les édicter (cf. art. 56 al. 1 Cst./LU) [consid. 3.5].

Les ordonnances d'exécution doivent préciser la pensée du législateur en établissant des prescriptions de détail et permettre ainsi l'applicabilité des lois. Elles ne peuvent ni abroger ni modifier la loi à exécuter - comme d'ailleurs toutes les autres lois - ; elles doivent suivre le but de la loi et ne peuvent que développer et prolonger la réglementation qui, en principe, a déjà pris forme dans la loi. En particulier, elles ne peuvent pas imposer aux personnes soumises au droit de nouvelles obligations qui ne découlent pas déjà de la loi et ce, même si cela était couvert par le but de la loi. Pour le Tribunal fédéral, les dispositions critiquées de la PhV/LU se situent dans ces limites et ne sont donc pas critiquables sous l'angle de la séparation des pouvoirs et de la primauté du droit fédéral [consid. 3.6].

Les recourants soulèvent un grief de **violation de la garantie de la propriété**, en ce sens que les différentes mesures prévues par la PhV/LU restreindraient gravement l'utilisation actuelle et future de la propriété foncière en fixant des règles supplémentaires à l'exploitation agricole de leurs terrains. Ils évaluent la perte de rendement à env. 30%. A cet égard, le Tribunal fédéral commence par rappeler que la propriété n'est pas garantie de manière illimitée, mais seulement dans les limites qui lui sont imposées dans l'intérêt public par l'ordre juridique et notamment par l'aménagement du territoire ; les restrictions à la garantie de la propriété ne sont cependant admissibles qu'aux conditions posées par l'art. 36 al. 1 Cst. [consid. 4.1, 4.3].

S'agissant de l'existence d'une **base légale suffisante**, le Tribunal fédéral ajoute que **les dispositions légales existantes de la législation fédérale sur la protection des eaux**

constituent en principe une base légale suffisante, même pour des atteintes graves à la garantie de la propriété. Il suffit donc que les dispositions de la PhV/LU restent dans le cadre des prescriptions de la législation fédérale sur la protection des eaux et qu'elles soient suffisamment définies (exigence d'une densité normative suffisante) [consid. 4.3.1]. Pour le Tribunal fédéral, tel est bien le cas en l'espèce. En effet, la fixation de valeur limite de concentration en phosphore (art. 1 al. 2 PhV) sert directement l'exécution, par le canton de Lucerne, des prescriptions fédérales qui prévoient une teneur minimale en oxygène dans les lacs (Annexe 2, chiffre 13, al. 3 OEaux). De la même façon, les autorités lucernoises chargées de l'exécution des art. 6 al. 1 et 27 al. 1 LEaux peuvent, sur la base de ces dispositions, prendre des mesures lorsque les engrais de ferme menacent de polluer les eaux et édicter, entre autres, des restrictions d'utilisation des produits phytosanitaires et des engrais. Il peut s'agir d'une limitation de l'épandage à 80 ou 90% des besoins des terrains en phosphore (cf. art.3 PhV), de la prise de mesures générales pour l'ensemble des exploitations rentrant dans le champs d'application de la loi (utilisation réduite de phosphore, absence de jachère d'hiver) ou encore des mesures individuelles (p. ex. création d'étangs, admission dans le « contrat lac plus » comprenant les mesures suivantes : bilan de phosphore parcellaire, parcelles avec fertilisation zéro phosphore et assainissement des conduites d'amenée à forte contribution, cf. art. 3a PhV) [consid. 4.3.1-4.4]. De plus, les art. 3b al. 1 et 3c al. 1 et 2 PhV/LU qui définissent les formes juridiques ainsi que le montant des contributions destinées aux agriculteurs respectant les mesures de réduction de la charge en phosphore, constituent, pour le Tribunal fédéral, des dispositions d'exécution cantonales relatives à l'art. 62a LEaux et à l'art. 54 OEaux, selon lesquelles la Confédération verse, dans le cadre des crédits alloués, des indemnités pour les mesures prises par l'agriculture afin d'empêcher le ruissellement et le lessivage de substances [consid. 4.5]. Enfin, la limitation du nombre d'animaux des exploitations situées dans le champ d'application de la PhV trouve sa base légale formelle dans l'art. 14 LEaux, dont l'al. 1 exige un bilan de fumure équilibré. Dans la mesure où la capacité de charge du sol, l'altitude et les conditions topographiques l'exigent, l'autorité cantonale réduit les unités de gros bétail-fumure autorisées par ha (art. 14 al. 6 LEaux). L'abaissement peut en principe se faire par le biais d'une norme générale et abstraite [consid. 4.6]. Ainsi, le Tribunal fédéral conclut que toutes les dispositions contestées de la PhV trouvent leur fondement dans des dispositions de la LEaux, et dans l'OEaux adoptée sur la base de celle-ci, soit une base légale formelle suffisante, même pour une atteinte grave à la garantie de la propriété [consid. 4.7].

Sous l'angle de l'existence d'un **intérêt public** aux restrictions de la garantie de la propriété exposées ci-dessus, le Tribunal fédéral signale que le maintien de la pureté des eaux est un intérêt public inscrit dans la loi (art. 6 al. 1 LEaux). Or en l'espèce, la pureté des eaux nécessite une réduction supplémentaire des apports de phosphore, afin de diminuer la production primaire et donc la consommation d'oxygène dans les lacs [consid. 5].

En ce qui concerne la condition de la **proportionnalité** des mesures évaluées, le Tribunal fédéral précise qu'il suffit, pour qu'une mesure soit considérée comme **adéquate**, qu'elle puisse déployer des effets au regard du but visé et qu'elle ne passe pas complètement à côté de celui-ci. **Une adéquation partielle peut suffire, par exemple dans le domaine de la protection de l'environnement, où c'est souvent la conjonction de nombreuses petites mesures qui produit l'effet souhaité.** Il ajoute que la prise de position de l'instance inférieure, par laquelle elle constate expressément qu'une mesure peut être considérée comme appropriée si elle représente au moins une tentative valable de pouvoir contribuer à la réalisation du but, est conforme à la jurisprudence fédérale [consid. 6.1.1]. En l'occurrence,

pour le Tribunal fédéral, le plus important est de relever que les études scientifiques présentées ne laissent aucun doute sur le fait que la réduction des apports de phosphore peut à long terme réduire la production d'algues par photosynthèse dans les eaux de surface d'un lac et conduire à une meilleure saturation en oxygène des lacs. Même si d'autres apports en phosphore existent, la réduction d'une part importante des apports, soit en l'occurrence ceux en provenance de l'agriculture - et donc une aptitude au moins partielle - est toujours possible. Ainsi, la réduction des apports de phosphore est sans aucun doute une mesure appropriée pour améliorer la qualité des eaux [consid. 6.1.2 – 6.1.5].

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite que la **nécessité** d'une atteinte aux droits fondamentaux fait défaut lorsqu'une mesure moins incisive du point de vue de la personne concernée permet d'atteindre le but visé de la même manière. A cet égard, le Tribunal fédéral retient que la mesure plus douce invoquée par les recourants, à savoir les « *Seeverträge* » déjà existants et conclus sur une base volontaire, n'a pas permis d'atteindre jusqu'ici les valeurs limites prévues par l'OEaux, bien que ces contrats volontaires existent depuis près de 40 ans et que les lacs sont en outre aérés artificiellement en oxygène. Il est donc établi que les moyens plus doux utilisés jusqu'à présent se sont révélés moins appropriés pour atteindre les objectifs que les nouvelles mesures prévues [consid. 6.2].

Pour le Tribunal fédéral, l'exigence de **proportionnalité au sens étroit** est également remplie. Alors que les mesures prévues par la PhV présentent un intérêt public important puisqu'elles doivent permettre de respecter les exigences légales en matière de qualité de l'eau dans les lacs du Plateau, les intérêts contraires ne sont touchés que de manière secondaire, puisque des exceptions sont prévues dans la loi, de même que des compensations financières. En particulier, les constatations de l'instance inférieure selon lesquelles les pertes de rendement ne seront pas de nature à remettre en cause l'existence des exploitations agricoles n'apparaissent pas arbitraires. Enfin, les exploitations qui touchent les paiements directs sont déjà soumises, si elles se trouvent dans une aire d'alimentation au sens de l'OPD, à une limitation de l'épandage correspondant à maximum 80 % de leurs besoins en phosphore, de sorte qu'il s'agit d'une mesure courante n'ayant pas remis en cause la rentabilité des exploitations concernées [consid. 6.3].

Par la suite, le Tribunal fédéral examine la question de savoir si les mesures prises de la PhV correspondent à une cause d'**expropriation matérielle** donnant droit à une indemnisation. La Haute Cour relève sur ce point que **les exigences légales en matière de protection des eaux, de protection de l'environnement et d'aménagement du territoire constituent des dispositions définissant le contenu de la propriété foncière, de sorte qu'elles doivent généralement être admises sans indemnisation**. En l'occurrence, l'utilisation des terres agricoles concernées conformément à leur destination reste possible, même si certaines mesures ou l'ensemble des mesures devaient entraîner une baisse de rendement pour certaines exploitations et ce, sans que leur rentabilité soit remise en question. De plus, les éventuelles pertes seront réduites par des compensations financières (mesure d'exécution de l'art. 62a LEaux). Le Tribunal fédéral souligne également qu'il conviendrait le cas échéant de déterminer au cas par cas si l'une des exploitations est touchée de manière telle qu'un cas d'expropriation matérielle doit être admis et non de le faire à ce stade, de manière générale et abstraite. En outre, un sacrifice spécial au sens de la jurisprudence fédérale n'est pas non plus reconnaissable, étant donné que toutes les exploitations situées dans le bassin versant des zones d'alimentation des lacs sont concernées [consid. 7].

Alors que les recourants de plaignent également d'une atteinte à leur **liberté économique** (art. 27 Cst.), le Tribunal fédéral reconnaît que les mesures prises les atteignent dans l'exercice de leur activité commerciale. Il justifie cette restriction en renvoyant largement aux considérations qui précèdent, s'agissant de l'existence d'une base légale suffisante, d'un intérêt public important et du respect de la proportionnalité des mesures [consid. 8].

Dans un ultime grief, les recourants avancent que les mesures prévues par la PhV violeraient, à plusieurs égards, le **principe de l'égalité de traitement** selon l'art. 8 Cst. Après avoir exposé les principes en la matière [consid. 9.1], le Tribunal fédéral revient sur le reproche des recourants, selon lequel le lac de Hallwil aurait dû être traité différemment des deux autres, dès lors que l'agriculture ne constitue pas le principal apport de phosphore dans ses eaux. Du point de vue de la Haute Cour, l'absence de distinction se justifie, dans la mesure où la teneur en phosphore de ce lac provient notamment des eaux du lac de Baldegg, lesquelles sont fortement chargées en phosphore d'origine agricole. En outre, même à supposer que l'agriculture ne soit pas la principale responsable (au sens de plus de 50%) des apports de phosphore, une distinction entre les exploitations agricoles ne s'imposerait pas forcément, dès lors que les études scientifiques indiquent expressément que c'est dans le domaine de l'agriculture qu'il est le plus facile d'influer sur les apports de phosphore. Puisque les conditions dans les zones d'apport au sein des trois lacs du Plateau sont comparables, une solution schématique s'impose et des mesures à l'échelle de la parcelle ne sont pas judicieuses [consid. 9.2]. De même, le Tribunal fédéral ne voit pas d'inégalité de traitement dans le fait d'exclure du champ d'application de l'ordonnance les exploitations dont le centre d'exploitation et plus de la moitié de la surface agricole utile se trouvent en dehors de la zone d'apport superficielle des trois lacs concernés [consid. 9.3]. Aussi, la différence opérée par le Conseil d'État entre le lac de Baldegg (épandage maximal de 80% des besoins en phosphore) et les deux autres lacs (épandage maximal de 90% des besoins en phosphore) est parfaitement justifiée par la plus forte teneur en phosphore du premier [consid. 9.4]. Enfin, le fait que seul un sixième du lac d'Hallwil soit situé dans le canton de Lucerne ne constitue pas non plus une inégalité de traitement, l'art. 8 al. 1 Cst. n'étant en principe pas violé par une réglementation inégale dans différents cantons et les lacs concernés présentant bel et bien des situations comparables s'agissant de la nécessité d'améliorer la qualité de l'eau [consid. 9.6].

III. Commentaire

L'arrêt commenté ne présente pas de d'innovations juridiques essentielles ; il pourrait néanmoins avoir une importance pratique dans un contexte de lutte (toujours bien actuelle) contre l'eutrophisation des lacs suisses (cf. ci-après, point A).

En outre, il contient d'intéressantes indications sur la manière dont les exécutifs cantonaux peuvent mettre en exécution les dispositions de la LEaux et de l'OEaux (cf. ci-après, point B).

A. Contexte de la lutte contre l'eutrophisation des lacs en Suisse

L'arrêt commenté s'inscrit dans l'une des problématiques de pollution des eaux dues à l'activité humaine les mieux identifiées et les plus répandues en Suisse : l'eutrophisation des lacs en raison d'une forte teneur en phosphore des eaux³. Le processus d'eutrophisation désigne un enrichissement excessif d'une eau en nutriments (principalement nitrates et

³ L'arrêt commenté contient un historique de la situation détaillé : TF 1C_583/2021, arrêt du 31 août 2023, consid. 2.

phosphates) entraînant des déséquilibres écologiques tels que la prolifération de la végétation aquatique et l'appauvrissement du milieu en oxygène⁴. Il s'ensuit en effet l'apparition de substances toxiques, menaçant les poissons et l'ensemble de la biodiversité aquatique⁵.

Si les lacs de montagne ont été tendanciellement moins soumis à la surfertilisation des surfaces agricoles ainsi qu'au rejet de phosphore par l'industrie et la vie urbaine, une part importante des lacs du Plateau ont connu, dans les années 1970-1980, une acmé de ce type de pollution. Comme le montre la figure no 1⁶ ci-dessous, la tendance est à une forte réduction de la teneur en phosphore dans les lacs suisses au cours des trente dernières années. L'OFEV attribue cette amélioration « aux mesures de protection des eaux en vigueur depuis 1970, à la construction de stations d'épuration, à l'interdiction des phosphates dans les poudres à lessive (1986) et à l'écologisation de l'agriculture dès les années 90 »⁷.

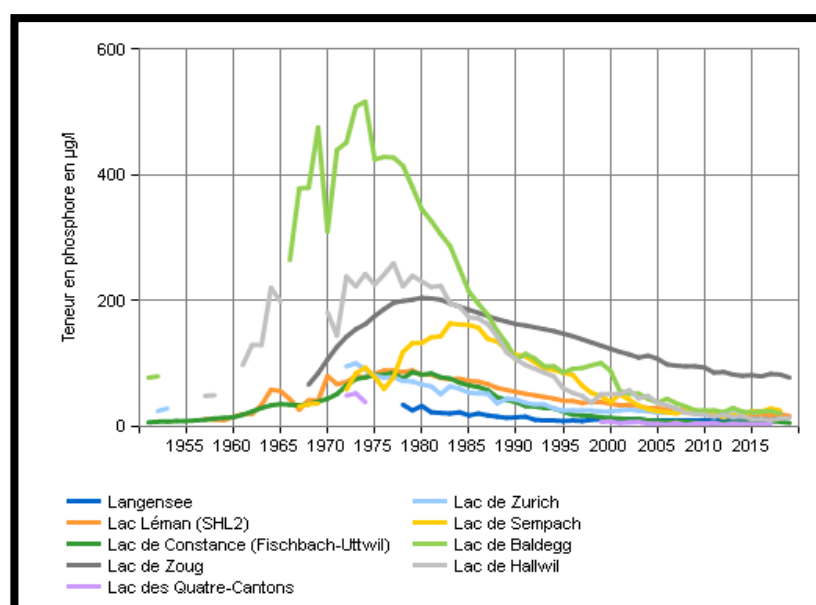


Figure 1 : Evolution de la teneur en phosphore de quelques grands lac suisses (source : OFEV, CIPEL, BOWIS).

Toutefois, comme l'ont également constaté les autorités lucernoises en 2020, au moment de l'adoption des modifications de la PhV, la teneur en phosphore reste globalement trop élevée. Dans son Rapport 2022 « Eaux suisses, État et mesures », l'OFEV soulignait encore que 60% des grands lacs suisses n'atteignent pas le seuil légal d'oxygène de 4 mg/L (Annexe 2, ch. 13, al. 3 OEaux) ; c'est notamment le cas des lacs de Bienne et de Zürich, ce dernier voyant même la part des eaux profondes dépassant ce seuil augmenter ces dernières années⁸. S'agissant du

⁴ Cf. p.ex. la définition du Larousse en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/eutrophisation/31777> (consulté la dernière fois le 23 janvier 2024).

⁵ Cf. la page internet de l'OFEV, Indicateur Eau, Teneur en phosphore des lacs : <https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themen/thema-wasser/wasser--daten--indikatoren-und-karten/wasser--indikatoren/indikator-wasser.pt.html/aHR0cHM6Ly93d3cuaW5kaWthdG9yZW4uYWRtaW4uY2gvUHVibG/ljL0FlbURidGFpbD9pbmQ9V1MwMzcmbG5nPWZyJlBhZ2U9aHR0/cHMIM2EIMmYIMmZ3d3cuYmFmdS5hZG1pbj5jaCUyZmJhZnUIMm/ZkZWZyaXRlbiUyZmhvbWUIMmZ0aGVtZW4IMmZ0aGVtYS10cmFl/Z2Vyc2VpdGUIMmZ0cmFIZ2Vyc2VpdGUtLWRhdGVuLS1pbmRpa2/F0b3Jlbi11bmQta2FydGVuJTJmdHJhZWdlcnNlaXRILS1pbmRpa2/a2F0b3JlbiUyZmluZGlryXRvc10cmFIZ2Vyc2VpdGUuchQuaH/RtbCZTdWJqPU4%3d.html> (consulté la dernière fois le 23 janvier 2024).

⁶ Idem (figure no 1 tirée de la page citée en nbp no 5).

⁷ Idem. Cf. également sur cet historique : Commentaire LEaux/LACE-GRANDJEAN/BRIGUET, art. 28 LEaux, N 1.

⁸ Rapport 2022 « Eaux suisses, Etat et mesures » de l'OFEV, p. 35-36.

Lac Léman, celui-ci n'atteint pas davantage le seuil légal en oxygène⁹ et la Commission internationale pour la protection des eaux du Léman (CIPEL) surveille avec attention la teneur en phosphore des eaux du lac¹⁰. Il est notable de constater que la CIPEL, s'inspirant également des études scientifiques sur le sujet, avait fixé, dans le cadre de son plan d'action 2011-2020, un objectif similaire aux autorités lucernoises dans la PhV/LU pour la concentration en phosphore, lequel n'avait pas non plus pu être atteint selon les dernières données prises en considération¹¹.

A cet état des lieux, il faut ajouter deux aspects. Premièrement, la dynamique positive en matière de diminution de la concentration de phosphore et d'oxygénation des lacs doit être nuancée par le fait qu'une telle courbe ne s'observe plus dans les cours d'eau, à tout le moins au cours de la dernière décennie¹². L'OFEV juge ainsi l'évolution en la matière comme insatisfaisante¹³. Or, les eaux des lacs proviennent des cours d'eau et la pollution des premiers est consécutive à celle des seconds¹⁴.

Deuxièmement, les progrès des dernières décennies pourraient également être remis en question par un phénomène indépendant, à savoir la hausse des températures des eaux, liée au réchauffement climatique¹⁵. Dans son dossier « L'eau des lacs suffoque » du 19 mars 2020¹⁶, l'OFEV expliquait et illustre (cf. figure no 2) l'importance du brassage hivernal des eaux des lacs pour leur oxygénation. Ce brassage ne peut s'effectuer normalement que si l'eau en surface, chargée en oxygène, descend à 4°C, réduisant l'écart de température entre les couches superficielles et les couches profondes¹⁷. En raison du réchauffement des eaux, les conditions d'un tel brassage sont de moins en moins souvent réunies, réduisant la teneur en oxygène des eaux profondes.

⁹ Notice du 1^{er} juillet 2016 « Le Léman, Qualité de l'eau du lac » de l'OFEV, p. 5 ; cf. également les chiffres un peu plus récents de la Commission internationale pour la protection des eaux du Léman (CIPEL), selon lesquels la valeur de 4mg/l n'est régulièrement pas atteinte ces dernières années : <https://www.cipel.org/catalogue/l2-2-oxygene/> (consulté la dernière fois le 23 janvier 2024).

¹⁰ Cf. les différentes études qu'elle a réalisées en la matière au fil du temps, disponible sur la page suivante : <https://www.cipel.org/catalogue/evolution-des-apports-en-phosphore-au-leman/> (consulté la dernière fois le 23 janvier 2024).

¹¹ FASEL/LOIZEAU/LEHMANN, Modélisation des apports diffus de nutriments (phosphore) dans le Léman, CIPEL, 2021, p. 6.

¹² Cf. la page internet de l'OFEV, Indicateur Eau, Nutriments dans les cours d'eau : <https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themen/thema-wasser/wasser--daten--indikatoren-und-karten/wasser--indikatoren/indikator-wasser.pt.html/aHR0cHM6Ly93d3cuaW5kaWthdG9yZW4uYWRtaW4uY2gvUHVibG/ljL0FibURIdGFpbD9pbmQ9V1MwMjUmbG5nPWZyJlBhZ2U9aHR0/cHMlM2EIMmYlMmZ3d3cuYmFmdS5hZG1pbi5jaCUyZmJhZnUIMm/ZkZWZyaXRlbiUyZmhbWUIMmZ0aGVtZW4IMmZ0aGVtYS10cmFI/Z2Vyc2VpdGUIMmZ0cmFIZ2Vyc2VpdGUTLWRhdGVuLS1pbmRpa2/F0b3Jlbi11bmQta2FydGVuJTJmdHJhZWdldnNlaXRILS1pbmRpa2/a2F0b3JlbiUyZmluZGlrYXRvci10cmFIZ2Vyc2VpdGUucHQaH/RtbCZTdWJqPU4%3d.html> (consulté la dernière fois le 23 janvier 2024).

¹³ Idem.

¹⁴ GRANDJEAN/BRIGUET, Commentaire LEaux/LACE, art. 28 LEaux, N 5.

¹⁵ Rapport 2022 « Eaux suisses, Etat et mesures » de l'OFEV, p. 35-36 et 58-59 pour des données chiffrées.

¹⁶ Cf. Dossier de l'OFEV du 19 mars 2020, « Le fonds des lacs suffoque » : <https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/eaux/dossiers/le-fond-des-lacs-suffoque.html> (consulté la dernière fois le 23 janvier 2024).

¹⁷ Idem.

En conséquence, avec une concentration en phosphore encore trop importante dans de nombreux lacs suisses et le risque de voir le réchauffement des lacs aggraver le déficit en oxygène des eaux profondes, l'on peut prendre le pari que le débat autour des mesures à prendre pour atteindre le seuil fixé dans l'OEaux va se poursuivre dans les années à venir.

A Lucerne, les nombreux recourants de l'arrêt commenté ont pris acte de la décision de la Haute Cour et ont déclaré l'accepter dans la presse régionale¹⁸. Alors que la PhV modifiée est entrée en vigueur en 2021, les valeurs en oxygène et en phosphore ne sont aujourd'hui toujours pas atteintes et l'exécutif ne cache pas que des mesures supplémentaires seront proposées. Il n'exclut pas un nouveau durcissement de la PhV mais promet davantage de collaboration avec les milieux paysans dans une telle procédure¹⁹.

A l'échelle nationale, n'ayant pas de prise directe sur la température des eaux, d'autres exécutifs cantonaux confrontés à la même problématique pourraient être tentés d'agir également sur les apports en phosphore d'origine agricole, que le Tribunal fédéral considère, à la suite d'études scientifiques sur le sujet, comme les plus faciles à réduire²⁰.

Dans ce contexte, les mesures lucernoises, désormais validées par le Tribunal fédéral, pourraient constituer une source d'inspiration pour les autorités, soucieuses à la fois d'agir pour la protection des eaux et de s'éviter d'éventuelles déconvenues judiciaires.

B. De la conception large de l'« exécution » de la LEau par le Tribunal fédéral

Le résultat auquel est parvenu le Tribunal fédéral s'agissant des griefs de violation de la garantie de la propriété (art. 26 Cst.) et de violation de la liberté économique (art. 27 Cst.) n'est pas surprenant.

S'agissant de l'existence d'un intérêt public, il est manifeste que la protection des eaux constitue un tel intérêt et qu'il est expressément inscrit dans la Constitution (art. 76 al. 1 Cst.). Sous l'angle de la proportionnalité, si l'on trace un parallèle entre les restrictions à la propriété foncière agricole – ici concernée – et la propriété foncière de terrains situés en zone à bâtir,

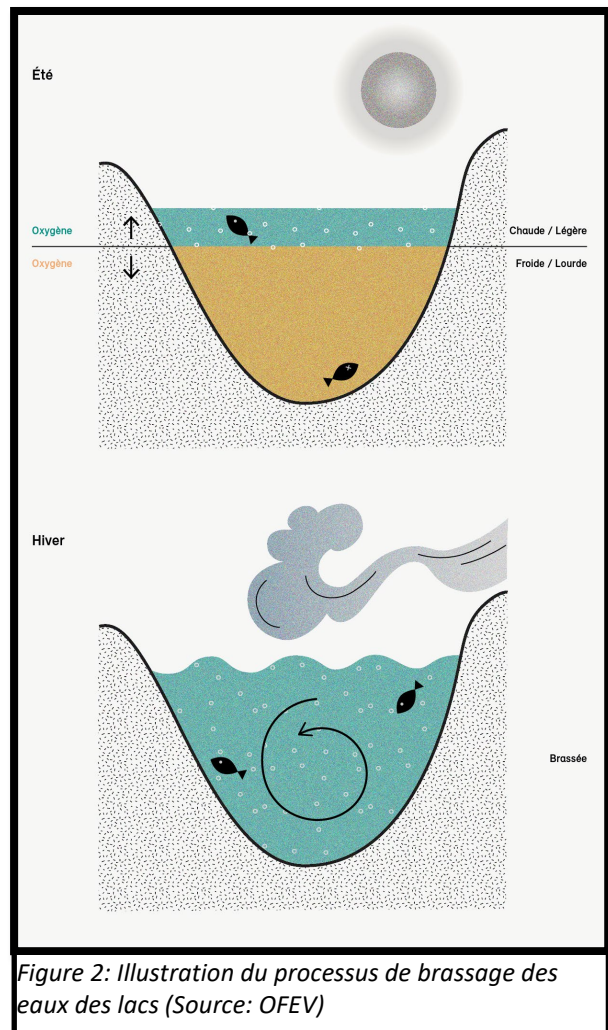


Figure 2: Illustration du processus de brassage des eaux des lacs (Source: OFEV)

¹⁸ Luzerner Zeitung du 24 janvier 2024, «Bauern blitzen beim Bundesgericht ab», p. 21.

¹⁹ Idem.

²⁰ TF 1C_583/2021, arrêt du 31 août 2023, consid. 9.2.

force est d'admettre que les mesures de non-augmentation du cheptel et de limitation de l'épandage ne vont pas au-delà des règles d'affectation les plus courantes, limitant les possibilités de tout propriétaire dans la construction de sa parcelle en zone à bâtir (hauteurs, volumes, distances, types de matériaux utilisés, types d'activités, résidences secondaires, etc.).

De notre point de vue, une telle comparaison cesse cependant de fonctionner s'agissant de l'exigence d'une base légale à l'origine de la restriction des droits fondamentaux. Alors que les objectifs et les principes d'aménagement du territoire sont également inscrits dans la loi fédérale formelle (Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 ; LAT), les règles d'aménagement du territoire sont décrites dans le détail dans des plans d'affectation ainsi que dans des lois cantonales et communales²¹, entrés en vigueur à l'issue d'un processus législatif. La PhV est quant à elle présentée par le Conseil d'État lucernois (cf. les renvois figurant sous le titre de l'ordonnance) comme une ordonnance d'exécution de (1) l'art. 28 LEau, (2) de l'Annexe 1, ch. 2.1.5 de l'Ordonnance sur les paiements directs versés dans l'agriculture du 23 octobre 2013 (OPD) ainsi que (3) des art. 2 al. 3 et 27 de la Loi cantonale lucernoise d'introduction de la loi fédérale sur la protection des eaux (Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer, EGGSchG ; RS/LU 702).

L'art. 28 LEau prévoit que, si les exigences de qualité des eaux ne sont pas atteintes, « *les cantons veillent à ce que des mesures complémentaires soient appliquées directement* » aux eaux concernées. L'art. 27 EGGSchG est une disposition similaire, en ce sens qu'elle se borne à indiquer qu'il incombe au Conseil d'État d'établir des mesures supplémentaires si les mesures de protections des eaux devaient s'avérer insuffisantes. L'Annexe 1, ch. 2.1.5 OPD précise quant à elle que les « *cantons peuvent édicter des règles plus sévères pour certaines régions ou certaines exploitations* » s'agissant du bilan de fumure²².

A la lecture de l'arrêt commenté, il faut constater que le Tribunal fédéral a substitué le catalogue des dispositions que la PhV est censé exécuter : l'art. 28 LEau est uniquement mentionné pour confirmer que l'exécutif lucernois s'est bien référé à cette loi, se contentant d'ajouter que la EGGSchG est elle-aussi fondée sur la LEau²³. La Haute Cour a ensuite déroulé le catalogue des dispositions de la LEau, loi au sens formelle, qui fondent selon elle les mesures contenues dans la PhV ; le Conseil d'État n'aurait agi que comme autorité d'exécution (cf. les consid. 4.3.2 à 4.7).

Pour rappel, l'art. 36 al. 1 Cst. pose comme exigence à toute restriction des droits fondamentaux l'existence d'une base légale ; alors qu'une base légale matérielle suffit pour les atteintes légères ou moyennes, les atteintes graves doivent être prévues dans une loi formelle. En outre, la gravité d'une restriction affecte également le niveau d'exigence en matière de densité normative, lequel augmente avec l'intensité des atteintes²⁴.

En procédant de la sorte, le Tribunal fédéral s'est économisé non seulement l'analyse de la gravité des restrictions d'espèce – une loi fédérale formelle telle que la LEau pouvant

²¹ Sur les plans d'affectation et règlements cantonaux et communaux d'aménagement du territoire : Commentaire pratique LAT, Planifier l'affectation, JEANNERAT/MOOR, art. 14 LAT, N 7, p. 233 ss.

²² Signalons que l'Annexe 1, ch. 2.1.6 OPD contient quant à elle la règle, identique à celle retenue dans la PhV, d'une limitation de l'épandage de phosphore à 80% des besoins des exploitations concernées par l'aire d'exploitation.

²³ TF 1C_583/2021, arrêt du 31 août 2023, consid. 3.2.

²⁴ CR Cst.-DUBEY, art. 36 Cst., N 41 et 86.

contenir mêmes des atteintes graves²⁵ – mais également une éventuelle remise en question des prémices, selon lesquelles la Confédération avait épuisé sa compétence en matière de protection des eaux²⁶. Il a également pu passer sous silence la densité normative nulle des bases légales susmentionnées (art. 28 LEaux et 27 EGGSchG), lesquelles s'apparentent bien davantage à des normes de délégation de compétences qu'à des dispositions susceptibles d'être exécutées directement par les autorités. Pour GRANDJEAN/BRIGUET, l'art. 28 LEaux « *rérocède aux cantons la compétence* » de prendre des mesures si les exigences de l'art. 9 LEaux ne sont pas remplies²⁷.

Le résultat auquel parvient le Tribunal fédéral ne tient alors qu'avec une acception large de la notion d'exécution : « *Im Begriff "Vollzug" ist **alles enthalten** und die Kantone haben alles vorzukehren, was der Verwirklichung des Gesetzes dient [...]* »²⁸. L'exemple le plus marquant nous semble être celui de l'art. 1 al. 2 PhV qui fixe une valeur limite à 10-15mg de phosphore par litre dans les lacs concernés. En l'occurrence, l'art. 9 al. 1 LEaux confère au Conseil fédéral la compétence de fixer les exigences en matière de qualité de l'eau ; ce dernier a choisi de mesurer cette qualité à l'aune de sa teneur en oxygène et de fixer à 4mg/l le seuil en-dessous duquel la qualité de l'eau est jugée insuffisante (Annexe 2 ch. 13 al. 3 OEaux). Selon le Tribunal fédéral, ces bases légales fondent la possibilité pour les autorités d'exécution de prévoir des seuils supplémentaires, tel que celui prévu par la PhV²⁹. S'il n'est pas question ici de remettre en cause, comme ont tenté de le faire en vain les recourants, que la teneur en phosphore est l'une des principales causes du manque d'oxygène dans les eaux profondes, il nous semble néanmoins que l'instauration d'un instrument de mesure supplémentaire, d'objectifs chiffrés nouveaux, fondés sur un mode de calcul différent, vont au-delà de la simple exécution de la loi. Un autre exemple concerne les limitations de l'épandage autorisé par la PhV. Les art. 6 et 27 LEaux posent certes une interdiction de polluer les eaux, y compris par l'épandage de substances et d'engrais et l'Annexe 4 ch. 212 OEaux précise effectivement qu'en présence d'eaux polluées notamment par des engrais, les cantons définissent les mesures nécessaires pour assurer la protection des eaux³⁰. Compte tenu de la très grande marge de manœuvre dont disposent les cantons dans les mesures à prendre, il ne nous semble pas évident que le rôle des autorités cantonales se borne à celui d'autorité d'exécution, comme le soutient le Tribunal fédéral³¹.

Pour la solution d'espèce, cette conception large de l'exécution ne nous semble pas avoir permis ce qu'une autre solution théorique aurait interdit. En effet, même à considérer que les autorités lucernoises seraient allées au-delà de la simple exécution de la LEaux, les restrictions

²⁵ TF 1C_583/2021, arrêt du 31 août 2023, consid. 4.3.1 : « *Ob die vorgesehenen Massnahmen (je einzeln oder in ihrer Gesamtheit) tatsächlich in schwerwiegender Weise die Eigentumsrechte der Beschwerdeführenden beschränken, kann vorliegend offenbleiben. Die bestehenden gesetzlichen Vorgaben durch die eidgenössische Gewässerschutzgesetzgebung stellen selbst für schwere Eingriffe in die Eigentumsgarantie grundsätzlich eine ausreichende Grundlage dar* ».

²⁶ TF 1C_583/2021, arrêt du 31 août 2023, consid. 3.2.1 : « *Soweit der Bund seine Rechtsetzungskompetenz nach Abs. 3 wahrgenommen hat, bleibt grundsätzlich kein Raum mehr für ergänzendes oder abweichendes kantonales Recht [...]. Gleich verhält es sich insofern beim Gesetzesvollzug; die in der Praxis verlangten Standards beim qualitativen Gewässerschutz müssen bundesweit einheitlich sein* ».

²⁷ Commentaire LEaux/LACE-GRANDJEAN/BRIGUET, art. 28 LEaux, N 2.

²⁸ TF 1C_583/2021, arrêt du 31 août 2023, consid. 3.3, reprenant ici RUCH, Commentaire LEaux/LACE, art. 45 LEaux, N 4 ; mise en évidence de l'auteur.

²⁹ TF 1C_583/2021, arrêt du 31 août 2023, consid. 4.3.2.

³⁰ Applicable dans les aires d'alimentation Zu et Zo ; des mesures exemplatives sont listées.

³¹ TF 1C_583/2021, arrêt du 31 août 2023, consid. 4.3.3.

des droits fondamentaux sont admissibles dans des ordonnances fondées sur une délégation de compétence³². Aussi, ce n'est pas parce que la Confédération dispose effectivement d'une compétence complète en matière de protection des eaux, dont elle a fait usage³³, que cela exclut toute possibilité pour elle de déléguer des compétences aux cantons³⁴. Pour POLTIER/LARGEY, la Confédération est tenue de « *légiférer exhaustivement en réglant la matière dans les détails* » sur la protection qualitative et quantitative des eaux, ce qui n'empêche une compétence cantonale si le droit fédéral le permet³⁵. Comme nous l'avons vu, ces normes de délégations de compétences existent en l'espèce (cf. notamment l'art. 28 LEaux et l'Annexe 4 ch. 212 OEaux), autorisant les autorités lucernoises à légiférer. De plus, l'atteinte aux droits fondamentaux n'apparaît pas telle qu'elle eut exigé d'être formulée dans la loi formelle. Si l'on reprend la comparaison avec la propriété foncière en zone à bâtir entamée ci-dessus, seule la perte totale de la faculté de bâtir est considérée comme grave, alors que de simples réductions des possibilités de construire ne le sont pas³⁶. En matière de propriété agricole, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion, sous l'angle de l'expropriation matérielle, de relativiser la gravité de l'atteinte d'une limitation de l'épandage de purin³⁷.

A terme, une compréhension trop large de la notion d'exécution présente néanmoins des dangers non négligeables. D'une part, la volonté expressément formulée par le Tribunal fédéral de disposer, y compris pour l'exécution, de normes uniformes dans toute l'administration fédérale en matière de protection qualitative des eaux³⁸, se voit forcément contrariée. Force est par exemple de constater que les exploitations agricoles situées au bord du lac d'Hallwil ne sont actuellement pas soumises aux mêmes règles selon qu'elles se situent dans le canton de Lucerne ou d'Argovie, les deux gouvernements pouvant « exécuter » la LEau de manière bien différente. D'autre part, l'exigence d'une base légale formelle prévue à l'art. 36 al. 1 2^e phrase Cst. tend à conférer une légitimité démocratique aux restrictions les plus graves des droits fondamentaux³⁹. Si les principes contenus dans la LEaux ou d'autres lois protectrices de l'environnement permettent aux autorités d'« exécution » de prendre, par voie d'ordonnances, des mesures portant atteintes aux droits fondamentaux, enjambant à la fois l'exigence de normes de délégation de compétences suffisamment denses et celle de loi formelle, c'est finalement la légitimité démocratique qui est enjambée. Une systématisation du procédé pourrait engendrer chez les agriculteurs suisses une défiance démocratique et une grogne similaire à celle de leurs homologues européens, dont la colère actuelle n'est pas étrangère à l'inflation législative des normes environnementales qui les concernent⁴⁰.

³² MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit constitutionnel suisse, vol. I : L'État, 4e éd., Berne 2021, N 1878.

³³ Dike Kommentar-MARTI, art. 76 Cst., N 18.

³⁴ CR Cst.-MARTENET, art. 3 Cst., N 72.

³⁵ CR Cst.-POLTIER/LARGEY, art. 76 Cst., N 39.

³⁶ Commentaire pratique LAT, Planifier l'affectation, RIVA, art. 5 LAT, N 176ss, 209ss ; CR Cst.-DUBEY, art. 26 Cst., N 101 et les références citées. Cf. ég. CR Cst.-DUBEY, art. 26 Cst., N 114 : On ne peut toutefois pas exclure qu'une atteinte soit être suffisamment grave pour devoir figurer dans la loi formelle mais pas assez pour déclencher le droit à une indemnité pour expropriation matérielle.

³⁷ TF A39/86, arrêt du 12 janvier 1988, consid. 3, in : RIDA 1988, p. 91.

³⁸ TF 1C_583/2021, arrêt du 31 août 2023, consid. 3.2.1.

³⁹ Cf. en ce sens : CR Cst.-DUBEY, art. 36 Cst., N 82.

⁴⁰ Cf. parmi d'autres : Article RTS du 20 janvier 2024, « Partout en Europe, la colère gagne du terrain chez les agriculteurs » : <https://www.rts.ch/info/monde/14640852-partout-en-europe-la-colere-gagne-du-terrain-chez-les-agriculteurs.html> (consulté la dernière fois le 23 janvier 2024).