

## Constitutionnalité de l'art. 2a du projet de loi sur l'énergie

### DFJP, Office fédéral de la justice (avis de droit du 24 avril 2023)

---

**Mots clés:** centrales hydroélectriques; concessions; débits résiduels minimaux; mesures d'assainissement; droits acquis; garantie de la propriété; protection de la bonne foi; droit transitoire; égalité de traitement

---

#### **Regeste:**

1. Le système en deux temps des art. 31 à 33 LEaux prévu pour fixer les débits résiduels minimaux tient compte des intérêts pertinents de la protection et de l'utilisation économique des ressources en eaux, en réponse au but fixé à l'art. 76, al. 1, Cst., et permet de mettre en oeuvre le mandat de légiférer pour maintenir des débits résiduels appropriés, conféré par l'art. 76, al. 3, Cst.
  2. Les dispositions transitoires des art. 80 ss LEaux reposent sur une interprétation coordonnée et conforme au droit constitutionnel de l'art. 76, al. 1 et 3, Cst., de la garantie de la propriété et du principe de la bonne foi (art. 26 Cst., art. 36 et 9 Cst.), qui pose des limites à une mise en oeuvre plus large du mandat de légiférer de l'art. 76, al. 3, Cst. La mise en oeuvre différente de ce mandat constitutionnel aux art. 29 ss LEaux et aux art. 80 ss LEaux tient compte d'une configuration différente en matière de droit constitutionnel.
  3. Du point de vue du droit constitutionnel, il ne serait pas admissible ni compatible avec le but de l'institut juridique qu'est la concession de préserver les droits acquis liés à l'existence d'une concession au-delà de l'échéance de cette dernière pour alléger pendant une certaine période les conditions de l'octroi de concessions ou de l'autorisation de projets, c'est-à-dire pour poursuivre un tout autre but que la protection constitutionnelle de la propriété. En outre, la Confédération n'aurait pas la compétence législative de régler le maintien des droits acquis à des prélèvements d'eau.
  4. Dans le droit en vigueur, l'assainissement prévu par les art. 80 ss peut aller aussi loin que ce que prescrivent les art. 31 à 33 LEaux. Il n'est plus possible de se prévaloir de droits acquis ni, par conséquent, de prétendre à un dédommagement une fois la concession échu ; c'est-à-dire que les autorités devraient toujours ordonner des mesures d'assainissement complètes selon les critères des art. 31 à 33, même si l'art. 2a, al. 1, let. a, ch. 2, P-LEne s'appliquait. Selon cette interprétation, la référence de l'art. 2a, al. 1, let. a, ch. 2, P-LEne aux art. 80 ss LEaux n'entraînerait pas d'allègement du régime des débits résiduels prévu par les art. 31 ss LEaux. Le mandat de l'art. 76, al. 3, Cst. serait accompli sans restrictions, mais le sens et les conséquences de la suspension prévue par le projet de loi ne seraient pas clairs.
  5. Si on prête à l'art. 2a, al. 1, let. a, ch. 1, P-LEne un autre sens – à savoir que les art. 29 ss LEaux étant suspendus, les art. 31 ss LEaux ne doivent plus être pris en considération dans les prescriptions de l'autorité visées à l'art. 80, al. 1, LEaux – la loi ne fixerait plus de critères pour les assainissements ordonnés. Cette interprétation enfreindrait le mandat énoncé à l'art. 76, al. 3, Cst. de fixer dans la loi des débits résiduels appropriés. Ce mandat ne peut pas être accompli par une obligation faite par la loi aux autorités d'application de veiller dans les cas d'espèce au maintien de débits résiduels appropriés.
  6. En raison du principe de l'égalité, on ne saurait justifier que l'obligation de fixer des débits résiduels appropriés soit appliquée de manière moins stricte pour les concessions renouvelées que pour les nouvelles concessions après l'entrée en vigueur du projet de loi.
-

**Bases juridiques** : Art. 8, 9, 26, 36, 76 Cst.; art. 29 ss., 80 ss LEaux; art. 9 et 10 LFSP

1	Teneur de l’art. 2a de la loi sur l’énergie .....	3
2	Bases constitutionnelles .....	3
2.1	Art. 24 <sup>bis</sup> aCst. (économie hydraulique).....	3
2.2	Art. 76 Cst.....	4
2.2.1	Les objectifs de la législation sur les eaux selon l’art. 76, al. 1, Cst.....	5
2.2.2	Mandat constitutionnel de l’art. 76, al. 3, Cst. ....	6
2.2.3	Interprétation du terme « débits résiduels appropriés » .....	6
3	Mise en œuvre de l’art. 76, al. 1 et 3, Cst. par le législateur.....	7
3.1	Les dispositions sur les débits résiduels des art. 29 à 36 LEaux.....	7
3.1.1	Remarques liminaires .....	7
3.1.2	Régime d’autorisation .....	7
3.1.3	Maintien de débits résiduels convenables.....	8
3.1.4	Conclusion intermédiaire .....	9
3.2	Les dispositions transitoires relatives aux débits résiduels (art. 80 ss LEaux).....	9
3.3	Intégration dans l’ensemble du droit constitutionnel.....	10
3.4	Les dispositions sur les débits résiduels des art. 9, al. 1, let. a, ch. 1, et 10 de la loi fédérale du 21 juin 1991 sur la pêche (LFSP).....	10
4	Constitutionnalité du régime des débits résiduels prévu par l’art. 2a, al. 1, let. a, ch. 2, P-LEne .....	11
4.1	Remarques liminaires .....	11
4.2	Le critère de l’atteinte aux droits d’utilisation existants qui justifierait un dédommagement ne peut s’appliquer après l’échéance de la concession.....	12
4.3	Le mandat de l’art. 76, al. 3, Cst. est-il mis en œuvre ?.....	13
4.4	Inégalité de traitement des concessionnaires .....	14
5	Conclusion.....	14

Dans le cadre de ses délibérations sur l'objet 21.047 (Approvisionnement en électricité sûr reposant sur des énergies renouvelables. Loi fédérale), la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil des États (CEATE-E) a chargé l'Office fédéral de la justice d'examiner la constitutionnalité de l'art. 2a de la loi sur l'énergie (LEne) adopté par le Conseil national.

## 1 Teneur de l'art. 2a de la loi sur l'énergie

Le 15 mars 2023, le Conseil national a adopté un nouvel art. 2a de la loi sur l'énergie dans le cadre des débats sur la loi relative à un approvisionnement en électricité sûr reposant sur des énergies renouvelables. Cet article (ci-après : « art. 2a P-LEne) a la teneur suivante :

### Art. 2a Rénovation et agrandissement des centrales hydroélectriques

<sup>1</sup> Pour les autorisations de concession ou de projet concernant la poursuite de l'exploitation de centrales hydroélectriques dont la puissance nominale est supérieure à 3 MW et qui existaient au 31 décembre 2021, les dispositions suivantes s'appliquent, même si ces centrales sont agrandies ou rénovées :

a. en ce qui concerne les prélèvements d'eau :

1. les art. 29 ss. de la loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux sont réputés suspendus jusqu'au 31 décembre 2035 ;
2. seuls les art. 80, 82 et 83 (prélèvement d'eau), les art. 39a et 43a (éclusées et régime de charriage) de la loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux ainsi que les mesures prévues à l'art. 10 de la loi fédérale du 21 juin 1991 sur la pêche sont déterminants.

<sup>2</sup> Le Conseil fédéral soumet au 31 décembre 2035 un rapport sur la réalisation des objectifs de développement de l'énergie hydraulique visés à l'art. 2, al. 2. Si la réalisation de ces objectifs de développement n'est pas garantie malgré la suspension au sens de l'al. 1, le Conseil fédéral soumet en temps utile un message visant à prolonger cette suspension pendant une durée appropriée.

## 2 Bases constitutionnelles

### 2.1 Art. 24<sup>bis</sup> aCst. (économie hydraulique)

L'art. 24<sup>bis</sup> de la constitution fédérale de 1974 (aCst.) a été adopté en votation populaire le 7 décembre 1975. Il rassemblait des compétences de la Confédération concernant la gestion des eaux autrefois dispersées en plusieurs endroits de la constitution, en les uniformisant et en les étendant si nécessaire<sup>1</sup>. Ce nouvel article a permis de créer une conception d'ensemble du droit en matière hydraulique au niveau de la constitution<sup>2</sup>. La nécessité d'un

---

<sup>1</sup> Message économie hydraulique; FF 1972 II 1144, 1153.

<sup>2</sup> Corina Caluori /Alain Griffel, in: Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Waldmann-Belser-Epiney (Herausgeber) Helbing Lichtenhahn 2015 Art. 76 N 4.

débit résiduel minimum a été reconnue sur le principe<sup>3</sup>. L'obligation faite à la Confédération de garantir des débits minimums convenables (al. 2, let. a) ne se trouvait pas dans le projet du Conseil fédéral mais a été intégrée à la disposition au cours des délibérations parlementaires, en tant que compétence législative globale<sup>4</sup>.

## **2.2 Art. 76 Cst.**

Lors de la révision totale le 18 avril 1999 de l'aCst., l'art. 24<sup>bis</sup> aCst., reformulé, est devenu l'art. 76, intitulé « Eaux ». La disposition demeure pour l'essentiel identique sur le fond, mais elle a été simplifiée sur le plan rédactionnel. Le nouveau titre exprime en outre le fait que l'art. 76 est conçu comme une norme recouvrant l'ensemble du droit en matière d'eaux, et non pas uniquement l'économie hydraulique<sup>5</sup>.

### Art. 76 Eaux

<sup>1</sup> Dans les limites de ses compétences, la Confédération pourvoit à l'utilisation rationnelle des ressources en eau, à leur protection et à la lutte contre l'action dommageable de l'eau.

<sup>2</sup> Elle fixe les principes applicables à la conservation et à la mise en valeur des ressources en eau, à l'utilisation de l'eau pour la production d'énergie et le refroidissement et à d'autres interventions dans le cycle hydrologique.

<sup>3</sup> Elle légifère sur la protection des eaux, sur le maintien de débits résiduels appropriés, sur l'aménagement des cours d'eau, sur la sécurité des barrages et sur les interventions de nature à influencer les précipitations.

<sup>4</sup> Les cantons disposent des ressources en eau. Ils peuvent prélever, dans les limites prévues par la législation fédérale, une taxe pour leur utilisation. La Confédération a le droit d'utiliser les eaux pour ses entreprises de transport, auquel cas elle paie une taxe et une indemnité.

<sup>5</sup> Avec le concours des cantons concernés, elle statue sur les droits relatifs aux ressources en eau qui intéressent plusieurs États et fixe les taxes d'utilisation de ces ressources. Elle statue également sur ces droits lorsque les ressources en eau intéressent plusieurs cantons et que ces derniers ne s'entendent pas.

<sup>6</sup> Dans l'accomplissement de ses tâches, elle prend en considération les intérêts des cantons d'où provient l'eau.

---

<sup>3</sup> Message économie hydraulique; FF 1972 II 1167: Le Conseil fédéral jugeait indispensable que la Confédération dispose également de la compétence de légiférer sur la conservation purement quantitative des eaux.

<sup>4</sup> Maurus Eckert, *Rechtliche Aspekte der Sicherung angemessener Restwassermengen*, in: *Schriftenreihe zum Umweltrecht* Band 18; Schulthess 2002, p. 18ss; Veronika Huber-Wälchli, in: Hettich / Jansen / Norer (édit.); *Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz (Kommentar GschG/WBG)*, Schulthess 2016, Intro aux art. 29-36 N. 13.

<sup>5</sup> Message du Conseil fédéral du 20.11.1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale (message cst.); FF 1997 I 252 s.; Corina Caluori /Alain Griffel, *Basler Kommentar Art. 76 Cst.* N. 6.

### 2.2.1 Les objectifs de la législation sur les eaux selon l'art. 76, al. 1, Cst.

L'al. 1 nomme les trois objectifs généraux de la législation sur les eaux : les ressources en eau, en tant que bien vital, doivent être *utilisées rationnellement* et elles doivent être *protégées* ; toutefois, il faut aussi *lutter contre l'action dommageable* de l'eau. La mise en œuvre de ces objectifs et des compétences législatives correspondantes est détaillée aux al. 2 et 3. L'al. 1 est de nature programmatrice ; il fixe en outre les buts de l'ensemble de la législation sur les eaux de la Confédération et aide à son interprétation<sup>6</sup>.

La notion d'*utilisation rationnelle* exprime le fait que les ressources en eau doivent être utilisées de telle manière qu'il n'en résulte pas de destruction de cette ressource naturelle, mais aussi que les autres fonctions et modes d'utilisation de cette ressource doivent être prises en compte dans une pesée des intérêts. Cette notion renvoie donc sur le fond à la notion de durabilité de l'art. 73 Cst.<sup>7</sup>. Elle concerne en principe tous les modes d'utilisation de l'eau, mais en particulier la production d'énergie, et elle exige à cet égard que la Confédération légifère sur les débits résiduels<sup>8</sup>.

La *protection des ressources en eaux* est un objectif qui s'applique non seulement à l'utilisation de l'eau mais aussi à toute forme d'atteinte portée aux eaux par l'activité humaine ; elle est concrétisée principalement par la législation sur la protection des eaux, mais pas uniquement. Bien que l'al. 1 ne fasse pas expressément référence à la protection du paysage, de la nature et de l'environnement, ce lien découle de la description des compétences législatives aux al. 2 et 3, ainsi que du contexte législatif<sup>9</sup>.

Dans l'ensemble, outre les buts généraux énoncés à l'art. 76, al. 1, Cst., il convient de prendre en considération les buts et réglementations d'autres tâches attribuées à la Confédération qui touchent le domaine des eaux. Dans le présent contexte, ce sont notamment, d'un côté, la protection de l'environnement (art. 74 Cst.), l'aménagement du territoire (art. 75 Cst.), la forêt (art. 77 Cst.) et la protection de la nature et du patrimoine (art. 78 Cst.), et d'un autre côté la politique énergétique (art. 89 Cst.) et l'agriculture (art. 104 Cst.) ; c'est pourquoi le législateur et les autorités d'application du droit doivent régulièrement coordonner et mettre en balance les buts et les intérêts correspondants, parfois contradictoires, tout en gardant toujours à l'esprit l'intérêt global<sup>10</sup>.

L'énoncé de l'al. 1, selon lequel la Confédération doit pourvoir, dans les limites de ses compétences, à la réalisation des buts cités, est compris unanimement par la doctrine comme

---

<sup>6</sup> Arnold Marti, in: St. Galler Kommentar Art. 76 Cst., 3e éd., Verlag DIKE Schulthess 2014 N. 2; Etienne Poltier / Thierry Largey in: Commentaire Romand Constitution fédérale, Martenet / Dubey (édit.) Art. 76 N 16 et 17.

<sup>7</sup> Etienne Poltier / Thierry Largey Constitution fédérale, Art. 76 N. 19; message cst., FF 1997 I 255, dernier par. relatif à l'art. 60.

<sup>8</sup> Arnold Marti, St. Galler Kommentar Art. 76 Cst. N. 3; Corina Caluori /Alain Griffel, Commentaire Art. 76, al. 3, Cst. N 17.

<sup>9</sup> Arnold Marti, St. Galler Kommentar, Art. 76 Cst. N 4; Corina Caluori /Alain Griffel, Commentaire Art. 76, al. 3, Cst. N 11.

<sup>10</sup> Arnold Marti, St. Galler Kommentar Art. 76 Cst. N 6; Corina Caluori /Alain Griffel, Commentaire Art. 76, al. 3, Cst. N 10-15.

une obligation faite expressément à la Confédération de mettre en œuvre les mandats de légiférer des al. 2 et 3 et de veiller à la coordination et à la pesée des intérêts<sup>11</sup>.

### 2.2.2 Mandat constitutionnel de l'art. 76, al. 3, Cst.

La volonté de maintenir des débits résiduels appropriés trouve son origine au début du 20<sup>e</sup> siècle, lorsque les ressources hydrauliques ont commencé d'être utilisées pour la production d'électricité. Les nombreuses retenues hydrauliques de Suisse, construites pour la plupart entre 1950 et 1970, et leurs répercussions sur de vastes bassins hydrologiques, ont conduit en 1975 à l'adoption du mandat législatif visant à assurer des débits minimums convenables à l'art. 24<sup>bis</sup>, al. 2, let. a, aCst.<sup>12</sup>, qui correspond à l'actuel art. 76, al. 3, Cst.

Ce dernier, en prévoyant que « [la Confédération] légifère (...) sur le maintien de débits résiduels appropriés (...) », énonce un mandat de légiférer contraignant pour la Confédération concernant une partie de la conservation quantitative des eaux. La conservation de la quantité des ressources hydrauliques, avec le mandat de légiférer pour protéger la qualité des eaux, inclus dans le même alinéa, représente la compétence législative la plus importante parmi les compétences législatives globales dans le domaine du droit des eaux<sup>13</sup>.

### 2.2.3 Interprétation du terme « débits résiduels appropriés »

La Constitution enjoint au législateur fédéral, à l'art. 76, al. 3, Cst., de fixer des débits résiduels appropriés, au titre de la conservation de la quantité des ressources hydrauliques ; elle ne précise pas plus avant quels sont les débits « appropriés » et ne fixe pas non plus la méthode à suivre pour déterminer ces débits. Si la lettre d'une disposition ou d'une expression, c'est-à-dire l'interprétation grammaticale, ne permet pas de tirer de conclusions précises sur son contenu, il convient d'employer d'autres méthodes d'interprétation pour déterminer quel est le véritable sens d'une norme. Il n'existe pas de méthode d'interprétation meilleure qu'une autre, plusieurs peuvent être combinées<sup>14</sup>. Il ressort des délibérations parlementaires de 1974 que l'on avait préféré le terme de « convenable » (en allemand « *angemessen* ») à celui de « suffisant » (en allemand « *genügend* ») parce qu'il était plus large<sup>15</sup>. L'interprétation historique permet donc d'entrevoir que la commission, en choisissant le terme « convenable », ne souhaitait pas que la Confédération détermine schématiquement un débit résiduel suffisant en termes purement quantitatifs, mais qu'elle voulait plutôt inclure

<sup>11</sup> Arnold Marti, St. Galler Kommentar Art. 76 Cst. N 7 avec d'autres références; Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / WBG, Intro aux art. 29-36 N 13; Corina Caluori /Alain Griffel, Commentaire Art. 76, al. 3, Cst. N 16.

<sup>12</sup> Arnold Marti, St. Galler Kommentar Art. 76 Cst. N 33.

<sup>13</sup> Corina Caluori /Alain Griffel, in: Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Waldmann-Belser-Epiney (édit.) Helbing Lichtenhahn 2015 Art. 76, al. 3, Cst. N 33; Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Stämpfli Verlag 4e éd.; § 20 N. 6; Etienne Poltier / Thierry Largey Constitution fédérale, Commentaire Art. 76 N 38; Arnold Marti, St. Galler Kommentar Art. 76 Cst. N 18.

<sup>14</sup> Sur la pluralité des méthodes, voir par ex. ATF 139 V 442 p. 447 ss.

<sup>15</sup> Voir à ce sujet l'intervention de Jean-François Aubert (BO CN 1974, p. 1544): « Le Conseil des Etats a préféré dire "convenable", alors que nous disions "suffisant". Notre commission estime que l'adjectif "convenable" est préférable à "suffisant". Il permet d'aller plus loin. » Lors de la mise à jour de la Constitution, le terme « convenable » a été remplacé par « approprié », tandis que l'on en restait à « *angemessen* » et « *adeguato* » en allemand et en italien ; cela montre que l'adaptation du texte français n'était pas de nature matérielle. Dans la LEaux, les art. 29 ss, qui mettent en œuvre la disposition constitutionnelle, on utilise dans les trois langues les termes de l'art. 24<sup>bis</sup>, al. 2, let. a, aCst. : « *angemessen* » / « *convenable* » / « *adeguato* ». La terminologie n'a pas été modifiée depuis lors.

dans le mandat législatif l'idée d'un équilibre à fixer si possible en tenant compte de tous les intérêts en présence, pour obtenir le débit approprié dans chaque cas. La doctrine et la jurisprudence parviennent à un résultat comparable sur la base de l'interprétation systématique de la disposition : en effet, les buts cités à l'art. 76, al. 1, Cst. doivent nécessairement participer du sens à donner à ce qu'est un débit résiduel convenable ; cela signifie que les besoins en eau potable et en eau pour l'industrie et l'artisanat, la préservation de l'équilibre biologique et la protection du paysage doivent être pris en compte<sup>16</sup>. Dans cette optique, la législation forme dans l'idéal un tout, un ensemble clair et cohérent de prescriptions légales et un système de valeurs harmonieux.

### 3 Mise en œuvre de l'art. 76, al. 1 et 3, Cst. par le législateur

#### 3.1 Les dispositions sur les débits résiduels des art. 29 à 36 LEaux

##### 3.1.1 Remarques liminaires

Le mandat de l'art. 24<sup>bis</sup>, al. 2, let. a, aCst. (aujourd'hui l'art. 76, al. 3, Cst.) a été mis en œuvre dans la loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (LEaux)<sup>17</sup>, qui comprend un chapitre sur le maintien de débits résiduels convenables. Les art. 29 à 36 LEaux, et plus particulièrement les art. 31 à 35, sont le résultat de plusieurs années de négociations, ayant abouti à un compromis entre les intérêts liés à l'utilisation et ceux liés à la protection des eaux<sup>18</sup>. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1992. L'art. 32, let. a et b<sup>bis</sup>, a été adapté lors d'une modification de la LEaux du 11 décembre 2009, dans le cadre d'un projet concernant la renaturation des eaux : les dispositions sur les débits résiduels ont été assouplies en faveur de la production énergétique<sup>19</sup>.

##### 3.1.2 Régime d'autorisation

L'art. 29 LEaux prévoit une autorisation obligatoire pour les prélèvements d'eau sortant des limites de l'usage commun<sup>20</sup>. Les prélèvements qui correspondent à un accroissement de l'usage commun ou à une utilisation particulière doivent donc être autorisés<sup>21</sup> ; l'octroi d'une concession spéciale pour l'exploitation de la force hydraulique est un exemple d'utilisation particulière<sup>22</sup>.

Les conditions d'octroi de l'autorisation sont fixées à l'art. 30 LEaux<sup>23</sup>. Le prélèvement est autorisé s'il remplit les conditions fixées aux art. 31 à 35 LEaux (let. a) ou bien les exigences applicables à un cas particulier (let. b et c).

<sup>16</sup> Arnold Marti, St. Galler Kommentar Art. 76 Cst. N 18 avec d'autres références; Etienne Poltier/Thierry Largey Constitution fédérale, Commentaire art. 76 N 45.

<sup>17</sup> RS 814.20

<sup>18</sup> Etienne Poltier / Thierry Largey Constitution fédérale, Commentaire Art. 76 N 45 avec d'autres références

<sup>19</sup> Arnold Marti, St. Galler Kommentar, Art. 76 Cst. N 19.

<sup>20</sup> Art. 29 LEaux : Doit être titulaire d'une autorisation celui qui, sortant des limites de l'usage commun:

- a. opère un prélèvement dans un cours d'eau à débit permanent;
- b. opère, dans des lacs ou des nappes d'eaux souterraines, un prélèvement qui influence sensiblement le débit d'un cours d'eau à débit permanent.

<sup>21</sup> Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / WBG, Intro aux art. 29-36 LEaux N 53

<sup>22</sup> Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / WBG Art. 29 LEaux N 12 et 35.

<sup>23</sup> Art. 30 LEaux : Le prélèvement peut être autorisé si:

### 3.1.3 *Maintien de débits résiduels convenables*

Si le prélèvement est autorisé en vertu de l'art. 30, let. a, il doit encore rester, en aval du point de prélèvement, sur ce que l'on appelle le « tronçon à débit résiduel », un débit convenable, fixé en deux temps selon les art. 31 à 33 LEaux<sup>24</sup>. La détermination du débit résiduel convenable obéit à la conception suivante : un débit résiduel minimum est d'abord fixé pour tous les cours d'eau (art. 31, al. 1, LEaux) ; les autorités d'exécution font ensuite une pesée des intérêts dans chaque cas d'espèce pour augmenter cette valeur autant que possible (art. 33 LEaux). Après examen de plusieurs mécanismes possibles lors de l'élaboration de ces dispositions, il était apparu que celui-ci correspondait le mieux au mandat constitutionnel ; c'est donc lui qui a été choisi et mis en œuvre<sup>25</sup>.

L'art. 31, al. 2, LEaux prescrit que le débit résiduel calculé selon l'al. 1 doit être augmenté lorsqu'il ne permet plus d'assurer les fonctions les plus importantes du cours d'eau et qu'elles ne peuvent l'être par d'autres mesures, par exemple par des constructions. Il énumère ainsi les fonctions que le cours d'eau doit encore pouvoir remplir après le prélèvement :

- a. la qualité des eaux superficielles est conforme aux prescriptions en dépit du prélèvement et des déversements d'eaux à évacuer ;
- b. l'alimentation des nappes d'eaux souterraines est assurée de manière à ce que les prélèvements nécessaires à l'approvisionnement en eau potable puissent se faire normalement et à ce que la teneur en eau des sols agricoles n'en soit pas sensiblement affectée ;
- c. les biotopes et les biocénoses rares dont l'existence est liée directement ou indirectement à la nature et à la taille du cours d'eau doivent être conservés ; si des raisons impératives rendent cette conservation impossible, ils seront remplacés, dans la mesure du possible, par d'autres de même valeur ;
- d. la profondeur d'eau nécessaire à la libre migration des poissons doit être garantie ;
- e. les eaux piscicoles dont le débit  $Q_{347}$  est inférieur ou égal à 40 l/s sont maintenues comme telles lorsqu'elles se trouvent à une altitude de moins de 800 m et qu'elles servent de frayère aux poissons ou d'habitat à leur progéniture.

Garantir ces fonctions doit permettre que les eaux conservent une qualité existentielle minimale<sup>26</sup>.

L'art. 32 LEaux autorise les cantons à prévoir des exceptions aux débits résiduels minimaux de l'art. 31 dans cinq cas qu'il définit expressément. Les cantons peuvent fixer des débits

- 
- a. les exigences énoncées aux art. 31 à 35 sont respectées;
  - b. associé à d'autres prélèvements, il réduit de 20 % au plus le débit  $Q_{347}$  d'un cours d'eau et ne dépasse pas 1000 l/s, ou si
  - c. destiné à l'approvisionnement en eau potable, il ne dépasse pas 80 l/s en moyenne par année lorsqu'il est opéré dans une source et 100 l/s lorsqu'il est opéré dans des eaux souterraines.

<sup>24</sup> Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / Intro aux art. 29-36 LEaux N 58 et art. 31 LEaux, N 12.

<sup>25</sup> Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / WBG Art. 29 LEaux N 21 avec d'autres références

<sup>26</sup> Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / WBG, Intro aux art. 29-36 LEaux N. 59.

inférieurs : sur des tronçons moins précieux sur le plan écologique (let. a à b<sup>bis</sup>) ; dans le cadre de plans de protection et d'utilisation des eaux, si la réduction du débit est compensée par des mesures de protection supplémentaires (let. c) et en cas de nécessité (let. d). Les dérogations visées aux let. a à c prennent en compte les intérêts à l'utilisation des eaux, notamment de la force hydraulique<sup>27</sup>.

Dans un deuxième temps, les débits résiduels minimums déterminés sur la base des art. 31 et 32 LEaux sont augmentés en vertu de l'art. 33, autant qu'il est possible après avoir pesé les intérêts en présence. Les intérêts cités à l'art. 33, al. 2 et 3, LEaux, soit en faveur, soit en défaveur du prélèvement, ne sont pas énumérés de manière exhaustive ; d'autres intérêts pour ou contre sont également à considérer. Les art. 31 à 33 LEaux s'appliquent par analogie aux lacs et aux nappes d'eau souterraines.

### 3.1.4 Conclusion intermédiaire

Le législateur a édicté aux art. 29 à 36 LEaux un système normatif répondant aux exigences de la Constitution et permettant de déterminer des débits résiduels appropriés. Ce système satisfait d'une part au point de vue global de la Constitution, en fixant les valeurs principales sur lesquelles se fondent les décisions ; d'autre part, il laisse la marge nécessaire pour que les autorités qui appliquent le droit poursuivent et concrétisent la pesée des intérêts en présence<sup>28</sup>. Le mécanisme en deux temps des art. 31 à 33 LEaux et les possibilités qu'il offre d'augmenter ou de diminuer les valeurs prescrites dans certains cas et à certaines conditions tiennent compte des intérêts de protection et d'utilisation économe des ressources en eau, dans l'esprit de l'art. 76, al. 1, Cst., et permettent de fixer dans des cas concrets des débits résiduels appropriés comme l'exige l'art. 76, al. 3, Cst. Le système mis en place aboutit à des valeurs définitives pour les débits résiduels appropriés au terme d'une vaste pesée des intérêts et remplit le mandat constitutionnel<sup>29</sup>.

## 3.2 Les dispositions transitoires relatives aux débits résiduels (art. 80 ss LEaux)

Les art. 80 ss LEaux (section 2 des dispositions transitoires) sont, du point de vue de la systématique de la loi, le droit intertemporel applicable aux art. 29 ss LEaux. Ils allègent l'application de ces derniers concernant la fixation de débits résiduels après les prélèvements actuels fondés sur des concessions<sup>30</sup>. Les droits relatifs à des prélèvements fondés sur des concessions valables encore en cours sont en effet considérés comme des droits acquis<sup>31</sup>, protégés par la garantie de la propriété énoncée à l'art. 26 Cst. et par le principe de la bonne foi énoncé à l'art. 9 Cst.<sup>32</sup>. La LEaux prévoit en ce cas un assainissement du cours aval lorsque le prélèvement se fonde sur des droits acquis, mais uniquement dans la mesure où ces droits d'utilisation n'en sont pas sensiblement atteints ; l'expropriation est exclue en

<sup>27</sup> Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / WBG, Intro aux art. 29-36 LEaux N. 60.

<sup>28</sup> Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / WBG, Intro aux art. 29-36 LEaux N. 79 avec d'autres références.

<sup>29</sup> Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / WBG, Intro aux art. 29-36 LEaux N. 61; Corina Caluori / Alain Griffel, Commentaire art. 76, al. 3, Cst. N. 35.

<sup>30</sup> Maurus Eckert, Rechtliche Aspekte der Sicherung angemessener Restwassermengen S. 143; Enrico Riva, Kommentar GschG / WBG, Intro aux art. 80-83 N. 10.

<sup>31</sup> C'est explicitement le cas à l'art. 43, al. 1, de la loi du 22.12.1916 sur les forces hydrauliques (LFH ; RS 721.80).

<sup>32</sup> Enrico Riva, Kommentar GschG / WBG, Intro aux art. 80-83 N. 3 et Art. 80 N. 37; Regina Kiener / Walter Kälin / Judith Wyttenbach, Grundrechte, Stämpfli Verlag 3<sup>e</sup> éd. 2018, § 34 N. 26.

principe (art. 80, al. 1, et 83, al. 1, LEaux). Dans certains cas (art. 80, al. 2 et 3, et 83, al. 2.), des mesures d'assainissement supplémentaires, allant au-delà des droits acquis, sont prévues, mais uniquement lorsqu'il existe d'autres intérêts prépondérants, et moyennant une indemnité régie par la loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (LEx)<sup>33</sup>. Le droit transitoire prévu aux art. 80 ss LEaux se base sur une interprétation coordonnée et conforme aux droits fondamentaux de l'art. 76, al. 1 et 3, Cst., de la garantie de la propriété et du principe de la bonne foi (art. 26, 36 et 9 Cst.), interprétation qui fixe les limites de la mise en œuvre du mandat donné à la Confédération par l'art. 76, al. 3, Cst.

### **3.3 Intégration dans l'ensemble du droit constitutionnel**

La LEaux contient donc deux réglementations parallèles de la mise en œuvre du mandat de légiférer pour maintenir des débits résiduels appropriés contenu à l'art. 76, al. 3, Cst. La réglementation principale (art. 29 ss LEaux) s'applique aux nouveaux prélèvements ou aux prélèvements dont la concession est arrivée au terme de sa durée de validité<sup>34</sup>. La deuxième réglementation fixe un régime des débits résiduels applicable aux droits d'utilisation de l'eau reposant sur des droits acquis et limité à un devoir d'assainissement de la situation des eaux résiduelles, lorsque le prélèvement a un fort impact négatif sur le débit des eaux aval ; les art. 80 ss visent donc seulement à se rapprocher des dispositions prévues aux art. 31 ss LEaux<sup>35</sup>. Il existe cependant une relation étroite entre les deux ensembles de normes. L'assainissement prévu par les art. 80 ss peut aller aussi loin que ce que prescrivent les art. 31 à 33<sup>36</sup>. Les autorités, lorsqu'elles ordonnent les mesures fondées sur les art. 80 ss LEaux, doivent donc se fonder sur les exigences des art. 31 à 33 LEaux pour déterminer quelles sont les mesures d'assainissement possibles en vertu des art. 80 ss.

Le législateur a donc mis en œuvre le mandat de l'art. 76, al. 3, Cst. concernant les débits résiduels de manière différente aux art. 29 ss et aux art. 80 ss LEaux de sorte à tenir compte du fait que la configuration en matière de droits constitutionnels est autre dans ce dernier cas ; tenu de mettre en œuvre les droits acquis, protégés par les droits fondamentaux des art. 9 et 16 Cst., le législateur devait respecter les restrictions que cela impliquait pour l'exécution du mandat de l'art. 76, al. 3, Cst. Ce mandat de légiférer est donc réalisé par ces deux réglementations, dans les conditions données.

### **3.4 Les dispositions sur les débits résiduels des art. 9, al. 1, let. a, ch. 1, et 10 de la loi fédérale du 21 juin 1991 sur la pêche (LFSP)<sup>37</sup>**

Selon l'art. 9, al. 1, let. a, LFSP, les autorités compétentes pour accorder les autorisations relevant du droit de la pêche doivent, compte tenu des conditions naturelles et, le cas échéant, d'autres intérêts, imposer toutes les mesures propres à créer des conditions de vie favorables à la faune aquatique. Le ch. 1 de cette disposition cite, parmi les mesures à cet effet, le fait de fixer le débit minimal en cas de prélèvement d'eau. La précision « ... *compte tenu ... le cas échéant, d'autres intérêts ...* » implique, du point de vue du Tribunal fédéral,

<sup>33</sup> RS 711.

<sup>34</sup> Enrico Riva, Kommentar GschG /WBG, Intro aux art. 80-83 N. 11.

<sup>35</sup> Enrico Riva, Kommentar GschG /WBG, Intro aux art. 80-83 N. 1, 6 et 11.

<sup>36</sup> Enrico Riva, Kommentar GschG /WBG, Art. 80 N 25.

<sup>37</sup> RS 923

que l'on tienne aussi compte des intérêts économiques du propriétaire de l'ouvrage<sup>38</sup> ; cela correspond à la réglementation de la LEaux, à propos de laquelle nous avons exposé plus haut que les intérêts des utilisateurs des ressources hydrauliques avaient été pris en compte dans les dispositions des art. 31 à 33 fixant les débits résiduels appropriés, et plus particulièrement à l'art. 32, let. a à c.

L'art. 10 LFSP prévoit qu'en ce qui concerne les installations existantes, les cantons imposent des mesures au sens de l'art. 9, al. 1, qui doivent toutefois être économiquement supportables. Au-delà de la prise en considération des intérêts économiques des propriétaires de ces installations, déjà visée par l'art. 9, il s'agit de protéger les droits acquis. Selon le Tribunal fédéral, la protection conférée par cette disposition correspond à celle visée par les art. 80 ss LEaux, dont l'objectif est que les droits acquis soient préservés dans leur substance ou bien qu'ils fassent l'objet d'une indemnité<sup>39</sup>.

Selon l'art. 8, al. 4, LFSP, les prélèvements d'eau visés aux art. 29 ss LEaux ne nécessitent pas formellement une autorisation au sens de la législation sur la pêche ; celle-ci est comprise dans l'autorisation, plus extensive, relevant de la LEaux<sup>40</sup>. Le Tribunal fédéral requiert cependant que l'art. 9 LFSP soit pris en considération lors de l'application des art. 29 ss LEaux<sup>41</sup>. Le résultat de cette application indirecte, fondée sur l'obligation en droit de la protection de la nature et des eaux, de procéder à une analyse globale, est similaire à celui qu'aurait l'application directe de ces dispositions de la LFSP dans une autorisation régie par cette dernière loi.

#### **4 Constitutionnalité du régime des débits résiduels prévu par l'art. 2a, al. 1, let. a, ch. 2, P-LEne**

##### **4.1 Remarques liminaires**

L'art. 2a, al. 1, let. a, ch. 1, P-LEne prévoit que l'application des art. 29 à 36 LEaux soit suspendue jusqu'au 31 décembre 2035 pour les autorisations de concession ou de projet concernant la poursuite de l'exploitation de centrales hydroélectriques dont la puissance nominale est supérieure à 3 MW et qui existaient au 31 décembre 2021. En d'autres termes, les dispositions en vigueur assurant le maintien de débits résiduels convenables au sens des art. 29 à 36 LEaux ne seraient pas prises en considération pour les renouvellements de concession et les autorisations de projet qui auraient lieu au moins jusqu'à cette date<sup>42</sup>. Selon l'art. 2a, al. 1, let. a, ch. 2, P-LEne, seuls les art. 80, 82 et 83 LEaux concernant les prélèvements d'eau, les art. 39a et 43a LEaux concernant les éclusées et le régime de charriage et les mesures prévues à l'art. 10 LFSP seraient déterminants.

<sup>38</sup> ATF 125 II 591 p. 601.

<sup>39</sup> ATF 139 II 28. c. 2.7 p. 33 ss et c.3.7 p. 45 s : «Soweit die fischereirechtlichen Massnahmen jedoch bestehende Wasserfassungen schmälern, ist Art. 10 BGF zu beachten, der die wirtschaftliche Tragbarkeit der Sanierungsmassnahme verlangt.»

<sup>40</sup> ATF 125 II 18 c.4a/bb p. 22; Veronika Huber-Wälchli, Kommentar GschG / WBG, Art. 29 N 25.

<sup>41</sup> ATF 142 II 517 p. 524 avec d'autres références.

<sup>42</sup> L'art. 2a, al. 2, P-LEne ouvre même la voie à une prolongation de la suspension au cas où les objectifs visés ne seraient pas atteints à cette date.

#### **4.2 Le critère de l'atteinte aux droits d'utilisation existants qui justifierait un dédommagement ne peut s'appliquer après l'échéance de la concession**

Comme on l'a exposé au ch. 3.2, la réglementation transitoire des art. 80 ss LEaux trouve son origine et sa justification au regard du droit constitutionnel dans les droits acquis existants dont le législateur devait tenir compte lors de la réalisation du mandat que lui conférait l'art. 76, al. 3, Cst. Les exigences en matière d'assainissement visées aux art. 80, al. 1, et 83, al. 1, LEaux ont été circonscrites de telle manière que les mesures nécessaires puissent être ordonnées sans atteinte aux droits d'utilisation de l'eau existants et donc sans nécessité d'indemniser leurs titulaires<sup>43</sup>.

La protection que la Constitution accorde à ces droits acquis au travers de la garantie de la propriété (art. 26 Cst.) et du principe de la bonne foi (art. 9 Cst.) n'est déjà pas illimitée avant le terme de la concession, ni dans le temps, ni sur le fond. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les limites de l'atteinte au sens des art. 80 ss réside dans la substance des droits acquis. Il délimite cette notion par celle des mesures « économiquement supportables » : «...das Kriterium der wirtschaftlichen Tragbarkeit [ist] darauf ausgerichtet, den Wert rechtmässig getätigter Investitionen zu bewahren. So soll es möglich sein, während der angenommenen Existenzdauer eines Werks die Investitionen zu amortisieren, fremdes und eigenes Kapital angemessen zu verzinsen, die laufenden Kosten zu decken und eine angemessene Liquidität aufrechtzuerhalten. ...»<sup>44</sup>. Il limite donc clairement à la durée de la concession l'application du critère des mesures « économiquement supportable » et par conséquent la portée du droit acquis.

Une fois échues les concessions d'utilisation des ressources hydrauliques existantes, les droits acquis dont les utilisateurs se prévalaient jusque-là, protégés par la garantie de la propriété et par la bonne foi, cessent d'exister, car les dépenses consenties par le concessionnaire pour l'exploitation spéciale faisant l'objet de la concession sont supposées amorties<sup>45</sup>.

La condition du régime spécial<sup>46</sup> des art. 80 ss LEaux qui était considérée comme conforme au mandat constitutionnel de l'art. 76, al. 3, Cst., du fait des droits acquis, devient caduque

<sup>43</sup> Selon l'art. 80, al. 1, LEaux, lorsqu'un cours d'eau est sensiblement influencé par un prélèvement, il y a lieu d'assainir son cours aval, conformément aux prescriptions de l'autorité, sans que les droits d'utilisation existants soient atteints d'une manière qui justifierait un dédommagement. Selon l'al. 2, l'autorité ordonne des mesures d'assainissement supplémentaires lorsqu'il s'agit de cours d'eau qui traversent des paysages ou des biotopes répertoriés dans un inventaire national ou cantonal ou que des intérêts publics prépondérants l'exigent. La procédure de constat, et le cas échéant, la détermination du montant de l'indemnité sont régis par la LEx. L'obligation d'assainissement prévu par l'art. 83 LEaux suit la même conception : il s'agit de prélèvements planifiés pour lesquels une concession a été octroyée avant l'entrée en vigueur de la loi, c'est-à-dire avant le 1<sup>er</sup> novembre 1992. Dans ce cas également, la protection des eaux n'est garantie par les mesures de la LEaux que dans la mesure où les droits d'utilisation existants ne sont si possible pas atteints d'une manière qui justifierait un dédommagement. Les mesures prévues à l'art. 31 de la loi ne donnent pas lieu à une indemnisation lorsque la concession a été octroyée après le 1<sup>er</sup> juin 1987.

<sup>44</sup> ATF 139 II 28, c. 2.7.2: le critère des mesures économiquement supportables vise à préserver la valeur des investissements faits dans le respect du droit. Il faut qu'il soit possible d'amortir l'investissement pendant toute la durée d'existence présumée de l'ouvrage, de rémunérer les capitaux étrangers et les capitaux propres, de couvrir les frais courants et de maintenir des liquidités suffisantes.

<sup>45</sup> Enrico Riva, Kommentar GschG /WBG, Art. 80 LEaux N. 39.

<sup>46</sup> C'est-à-dire le fait que le tronçon du débit résiduel ne soit être assaini que dans la mesure où les droits acquis sont préservés ; expropriation des droits acquis avec dédommagement dans certains cas.

avec la disparition de ces droits, indépendamment du fait que le renouvellement de la concession s'adresse au même ou à un nouveau concessionnaire<sup>47</sup>.

Il ne serait pas admissible du point de vue constitutionnel ni compatible avec le but de l'institution juridique de la concession que des droits acquis liés à l'existence d'une concession continuent de valoir une fois cette dernière échue, et que l'on poursuive de la sorte un tout autre but que la protection de la propriété au titre de droit fondamental : le but visé par le législateur à l'art. 2a P-LEne est d'alléger les conditions de l'octroi de concessions et de l'autorisation de projets pendant un certain temps afin d'accélérer la construction ou la rénovation de centrales hydrauliques en vue de la production d'énergie renouvelable. Ce projet ne justifie toutefois pas de se référer aux droits acquis pour poursuivre un objectif autre que celui de la protection constitutionnelle de la propriété. Il faut également considérer que la Confédération n'a aucune compétence législative qui lui permettrait de prévoir le maintien de droits acquis aux prélèvements de ressources hydrauliques : l'art. 76, al. 4, Cst. réserve aux cantons la disposition des ressources en eau ; c'est aussi le droit cantonal qui détermine à quelle collectivité publique appartient le droit de disposer de la force des cours d'eau publics<sup>48</sup>. Il appartiendrait donc aux cantons de régler l'existence et le maintien des droits d'utilisation acquis.

### **4.3 Le mandat de l'art. 76, al. 3, Cst. est-il mis en œuvre ?**

L'art. 80, al. 1, LEaux se réfère de manière totalement abstraite aux « prescriptions de l'autorité » pour ce qui est de la détermination des mesures d'assainissement.

L'assainissement prévu par les art. 80 ss actuels peut aller aussi loin que ce que prescrivent les art. 31 à 33 LEaux<sup>49</sup>, à moins qu'il soit possible de faire valoir des droits acquis qui justifieraient des mesures moindres. En principe, on peut postuler qu'en vertu des art. 80 ss, les mesures d'assainissement devraient être aussi étendues que l'exigent les art. 31 à 33 malgré la suspension des art. 29 ss prévue à l'art. 2a P-LEne. Faute de droits acquis et faute de prétention à un dédommagement, l'autorité devrait ordonner, même dans ces cas-là, un assainissement complet, les art. 31 à 33 servant de référence pour déterminer quelles seraient les exigences auxquelles doivent répondre les mesures visées aux art. 80 ss. Interprétée ainsi, la référence de l'art. 2a P-LEne aux art. 80 ss LEaux n'allégerait en rien le régime des débits résiduels prévu par les art. 31 ss LEaux. Le mandat énoncé par l'art. 76, al. 3, Cst. serait rempli sans restriction, mais le sens et les conséquences de la suspension visée par le projet ne seraient pas clairs.

Si, au contraire, on prête à l'art. 2a, al. 1, let. a, ch. 1, P-LEne un autre sens – à savoir que les art. 29 ss LEaux étant suspendus, les art. 31 ss LEaux ne doivent plus être pris en considération dans les prescriptions de l'autorité visées à l'art. 80, al. 1, LEaux – la loi ne fixe plus de critères pour les assainissements ordonnés. Cette interprétation enfreindrait le mandat énoncé à l'art. 76, al. 3, Cst. de fixer dans la loi des débits résiduels appropriés. Ce mandat ne peut pas être accompli par une obligation faite par la loi aux autorités d'application de veiller en l'espèce au maintien de débits résiduels appropriés.

---

<sup>47</sup> On peut faire la même constatation pour l'art. 10 LFSP : cela signifie qu'une fois échus les droits acquis, l'art. 10 LFSP n'exige pas d'autre appréciation sur le fond que celle prévue à l'art. 9, al. 1, de cette loi.

<sup>48</sup> Arnold Marti, Kommentar Art. 76 N 4; art. 2 LFH

<sup>49</sup> Enrico Riva, Kommentar GschG /WBG, Art. 80 LEaux N 25.

#### **4.4 Inégalité de traitement des concessionnaires**

Comme les concessionnaires perdent leurs droits acquis au prélèvement de l'eau à l'échéance de la concession, leur situation est comparable à celle des nouveaux concessionnaires pour ce qui est de la quantité licite des prélèvements. Une réglementation différente des débits résiduels serait contraire à l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) : l'étendue des prélèvements d'eaux reposant sur une concession échue ne constitue pas un motif raisonnable justifiant une différence de traitement, quand bien même le but poursuivi serait la « poursuite de l'exploitation ». En raison du principe de l'égalité, on ne saurait justifier que l'obligation de fixer des débits résiduels appropriés soit appliquée de manière moins stricte pour les concessions renouvelées que pour les nouvelles concessions après l'entrée en vigueur du projet de loi ; cet argument a d'autant plus de poids qu'une telle disposition aurait des conséquences réelles d'une très longue durée.

### **5 Conclusion**

1. Le système en deux temps des art. 31 à 33 LEaux prévu pour fixer les débits résiduels minimaux tient compte des intérêts pertinents de la protection et de l'utilisation économique des ressources en eaux, en réponse au but fixé à l'art. 76, al. 1, Cst., et permet de mettre en œuvre le mandat de légiférer pour maintenir des débits résiduels appropriés, conféré par l'art. 76, al. 3, Cst.

2. Les dispositions transitoires des art. 80 ss LEaux reposent sur une interprétation coordonnée et conforme au droit constitutionnel de l'art. 76, al. 1 et 3, Cst., de la garantie de la propriété et du principe de la bonne foi (art. 26 Cst., art. 36 et 9 Cst.), qui pose des limites à une mise en œuvre plus large du mandat de légiférer de l'art. 76, al. 3, Cst. La mise en œuvre différente de ce mandat constitutionnel aux art. 29 ss LEaux et aux art. 80 ss LEaux tient compte d'une configuration différente en matière de droit constitutionnel.

3. Du point de vue du droit constitutionnel, il ne serait pas admissible ni compatible avec le but de l'institut juridique qu'est la concession de préserver les droits acquis liés à l'existence d'une concession au-delà de l'échéance de cette dernière pour alléger pendant une certaine période les conditions de l'octroi de concessions ou de l'autorisation de projets, c'est-à-dire pour poursuivre un tout autre but que la protection constitutionnelle de la propriété. En outre, la Confédération n'aurait pas la compétence législative de régler le maintien des droits acquis à des prélèvements d'eau.

4. Dans le droit en vigueur, l'assainissement prévu par les art. 80 ss peut aller aussi loin que ce que prescrivent les art. 31 à 33 LEaux. Il n'est plus possible de se prévaloir de droits acquis ni, par conséquent, de prétendre à un dédommagement une fois la concession échue ; c'est-à-dire que les autorités devraient toujours ordonner des mesures d'assainissement complètes selon les critères des art. 31 à 33, même si l'art. 2a, al. 1, let. a, ch. 2, P-LEne s'appliquait. Selon cette interprétation, la référence de l'art. 2a, al. 1, let. a, ch. 2, P-LEne aux art. 80 ss LEaux n'entraînerait pas d'allègement du régime des débits résiduels prévu par les art. 31 ss LEaux. Le mandat de l'art. 76, al. 3, Cst. serait accompli sans restrictions, mais le sens et les conséquences de la suspension prévue par le projet de loi ne seraient pas clairs.

5. Si on prête à l'art. 2a, al. 1, let. a, ch. 1, P-LEne un autre sens – à savoir que les art. 29 ss LEaux étant suspendus, les art. 31 ss LEaux ne doivent plus être pris en considération dans les prescriptions de l'autorité visées à l'art. 80, al. 1, LEaux – la loi ne fixerait plus de critères pour les assainissements ordonnés. Cette interprétation enfreindrait le mandat énoncé

à l'art. 76, al. 3, Cst. de fixer dans la loi des débits résiduels appropriés. Ce mandat ne peut pas être accompli par une obligation faite par la loi aux autorités d'application de veiller en l'espèce au maintien de débits résiduels appropriés.

6. En raison du principe de l'égalité, on ne saurait justifier que l'obligation de fixer des débits résiduels appropriés soit appliquée de manière moins stricte pour les concessions renouvelées que pour les nouvelles concessions après l'entrée en vigueur du projet de loi.