

Domaine public **Öffentliche Sachen**

TCVS A1 05 222

ACDP du 25 mai 2007, X. SA c. CE

Concession de prise d'eau sur le Rhône

- Recevabilité du recours de droit administratif (consid. 1a); rejet d'une requête de jonction de cause (consid. 1b).
- Distinctions entre clauses unilatérales et clauses bilatérales d'une concession d'usage particulier du domaine public (consid. 3a).
- Légalité d'une clause unilatérale destinée à sauvegarder la marge de manœuvre du concédant quant à l'octroi à un tiers d'une éventuelle concession d'utilisation de la force motrice du Rhône (consid. 3b).
- Relation entre les questions à traiter dans le recours de droit administratif contre la décision relative à la concession et celles à juger dans un recours parallèlement formé contre une autorisation de bâtir (consid. 4b).

Wasserrechtskonzession an der Rhone

- Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (E. 1a); Abweisung des Begehrens auf Verfahrensvereinigung (E. 1b).
- Unterschied zwischen einseitigen und zweiseitigen Bestimmungen einer Konzession zur Sondernutzung von öffentlichem Eigentum (E. 3a).
- Rechtmässigkeit einer einseitigen Bestimmung, um den Handlungsspielraum des Konzessionsgebers bei der Erteilung einer Wasserrechtskonzession an der Rhone zu gewährleisten (E. 3b).
- Verhältnis der im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren gegen die Konzession zu behandelnden Fragen zu jenen im parallel laufenden Beschwerdeverfahren gegen die Baubewilligung (E. 4b).

Faits

A. En octobre 1962 X. SA a obtenu du Département des travaux publics et des forêts l'autorisation de construire une prise d'eau dans le Rhône en amont d'une installation de dragage sur la commune de Monthey, en vue de l'utilisation d'une concession de prise d'eau d'un débit maximum de 1,4 m³/sec. accordée par cette même autorité pour une durée de 30 ans, prolongeable sur demande.

Cette utilisation des eaux intercantionales a fait l'objet d'une concession des Conseils d'Etat des cantons de Vaud et du Valais du 13 mai 1969 qui confirmait le droit de la SA de prélever, au titre d'eaux industrielles, 1400 l/sec. du 1^{er} janvier 1963 au 31 décembre 1992, concession renouvelable après entente entre les deux cantons.

B. L'exploitant de la raffinerie a sollicité le renouvellement de cette concession le 2 octobre 1992, procédure qui est arrivée à chef une décennie plus tard. Par décision du 30 janvier 2002 le Conseil d'Etat a ainsi concédé à Y. SA, nouvelle dénomination de la requérante, le droit de faire usage des eaux intercantionales du Rhône au km 18,112 à raison de 1,4 m³/sec au maximum par les installations existantes sur territoire valaisan pour une durée échéant le 31 décembre 2031. L'article 4 de l'acte de concession précise qu'en cas de réalisation du palier n° 9 d'Hydro-Rhône et pour ne pas porter atteinte à la force hydraulique exploitable sur ce palier, la concessionnaire assumera à ses frais le déplacement éventuel de sa prise d'eau; la charge g de l'article 10 ajoute que l'eau dérivée doit être restituée en amont du palier 9, à l'exception d'un volume maximum de 700 l/s à restituer dans le canal du Bras-Neuf. Eu égard aux caractéristiques limoneuses des eaux rejetées dans le canal du Bras-Neuf puis du canal Stockalper, la société requérante s'était engagée à réaliser un décanteur-dessableur qui diminuerait la charge de matières non solubles dans ces eaux et apporterait une solution satisfaisante aux problèmes soulevés par les milieux de la pêche: les mesures d'assainissement pour les eaux s'écoulant en aval de l'usine devaient dès lors être réalisées au début 2003 moyennant le dépôt d'une demande d'autorisation de construire (let. d et h de l'art. 10).

Après examen des modalités de réalisation du décanteur-dessableur, Y. SA constata que cette variante ne convenait pas et elle choisit de déposer en septembre 2003 une demande visant à construire une nouvelle prise d'eau sur le Rhône (parcelle n° 1535) à un endroit qui jouxte immédiatement au nord le complexe de la raffinerie (parcelle n° 2499), l'eau étant rejetée après utilisation 64 m en aval sans plus influencer les canaux de la plaine du Rhône.

Au vu de l'enquête publique à laquelle fut soumise cette demande, des propositions contenues dans la notice d'impact de juin 2003 et des préavis des services intéressés, le Conseil d'Etat modifia la concession de janvier 2002 en accordant le droit de dériver les eaux à raison de 700 l/s + 30 l/s au point 562'450/126'550 (art. 1), et prescrivant qu'en cas de réalisation d'un aménagement hydro-électrique ou autre sur le Rhône, Y. SA adapterait sa prise d'eau et sa restitution à ses frais (art. 4 et art. 10 let. g nouvelle teneur). Cette décision du 21 septembre 2005 réserve les charges et conditions contenues dans l'autorisation de construire la nouvelle prise d'eau, notamment celles qui ont trait aux mesures de protection contre l'érosion de la berge dans l'emprise des travaux, à l'utilisation provisoire des palplanches dans le Rhône, au réaménagement et à la revitalisation des berges du canal du Bras-Neuf (art. 10 al. 3).

C. Contre cette décision qui lui a été communiquée le 8 novembre 2005, Y. SA a recouru devant la Cour de droit public du Tribunal cantonal le 9 décembre 2005. Elle conclut, sous suite de frais et de dépens, au complément de l'article 4 par un ajout du palier 9 du projet Hydro-Rhône (km 15.200), à la suppression de la lettre g de l'article 10 et à la suppression, dans l'al. 3 de ce même article, des charges de mesures de protection contre l'érosion et d'utilisation des palplanches. Elle souligne que le premier point doit éviter toute mauvaise interprétation future en cas de réalisation du projet Hydro-Rhône, le bien-fondé de cet article 4 n'étant pas contesté. La réserve des conditions contenues dans l'autorisation de construire concernant la phase de chantier et étant de ce fait provisoire, ces deux conditions lui paraissent étrangères à une concession délivrée pour une durée de 30 ans.

La commune a renoncé à se déterminer le 19 décembre 2005. Après avoir obtenu une prolongation de délai, le Conseil d'Etat a conclu au rejet du recours notant, dans ses observations du 23 janvier 2006, que le nouvel article 4 tenait compte de la situation créée par le projet de 3^e correction du Rhône et entendait empêcher d'éventuels droits acquis contraires. Sur le deuxième point l'autorité attaquée justifie la référence aux charges du droit des constructions par la corrélation entre la nouvelle prise d'eau et la modification de la concession.

A réception de ces réponses, la recourante a sollicité la suspension de l'instruction jusqu'à droit connu sur le recours qu'elle-même avait déposé auprès du Conseil d'Etat contre l'autorisation de construire la nouvelle prise délivrée par la Commission cantonale des constructions le 14 juillet 2005 et qui concernait en partie les mêmes points. La cause a ainsi été suspendue entre le 17 mars 2006 et le 22 février 2007 date à laquelle la Chancellerie d'Etat a communiqué céans la décision portée sur recours de Y. SA par le Conseil d'Etat le 14 février 2007.

Dans ses remarques finales du 26 mars 2007, la recourante confirme ses conclusions initiales et sollicite la jonction de la présente cause avec celle introduite ce même jour contre les conditions de l'autorisation de construire (A1 07 37). Cette écriture s'en prend à la légalité des charges jointes au permis de bâtir et qui ne sont pas en relation étroite avec les travaux approuvés; elle juge superflue toute condition particulière à la 3^e correction du Rhône, opération qui s'imposera de la même manière à tout riverain du fleuve; s'étant acquittée des redevances annuelles de la concession de 2002, Y. SA prétend qu'elle ne saurait enfin se voir imposer par la modification de cet acte des exigences allant au-delà de la remise en état des canaux utilisés à l'origine.

Droit

1. a) En tant qu'autorisation de disposer durablement d'une partie des eaux du Rhône dans la nouvelle prise au droit de la raffinerie, la modification de la concession domaniale accordée par l'Etat à Y. SA le 12 septembre 2005 est une décision finale portée par le Conseil d'Etat en instance unique et peut faire l'objet d'un recours céans en vertu des articles 41 et 72 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA; RS/VS 172.6). Le mémoire du 9 décembre 2005 est au surplus recevable (art. 78 let. a, 80 al. 1 let. a-c, 44 al. 1, 46 et 48 LPJA).

b) La recourante propose, dans ses remarques finales, la jonction de la présente cause avec celle introduite le 26 mars 2007 contre le rejet partiel de son recours en matière d'autorisation de construire la nouvelle prise. Si les deux affaires se rapportent certes au même complexe de faits (art. 11b al. 1 LPJA), les recours n'en contestent pas moins des actes distincts, de nature différente (concession/permis de bâtir; cf. RVJ 1995, p. 76 consid. 2d), à propos desquels des conclusions précises sont prises, de sorte que leur jonction compliquerait le traitement des questions spécifiques soulevées dans chacun des cas. Les causes ne seront donc pas jointes mais jugées simultanément eu égard à leur interdépendance, à la nécessité de veiller à leur concordance matérielle, et au stade procédural identique dans lequel elles se trouvent et doivent continuer à évoluer.

2. Y. SA ne conteste pas la modification de la concession en tant que telle, mais seulement deux modalités retenues par le Conseil d'Etat, souhaitant qu'une précision soit apportée à un article et qu'une réserve incluant certaines charges et conditions de l'autorisation de bâtir soit partiellement supprimée.

3. a) Il convient préalablement de rappeler que la concession pour usage particulier du domaine public est un acte mixte qui contient des clauses unilatérales et des clauses bilatérales (ATF 109 II 76 consid. 2). Pour sa délivrance, l'autorité dispose, si ce n'est d'un pouvoir discrétionnaire (B. Knapp, Précis de droit administratif, 4^e éd. n° 1403), en tout cas d'un large pouvoir d'appréciation qu'elle doit exercer sans excès ni abus, tenue quelle est dès lors de prendre en considération toutes les circonstances pertinentes en évitant l'inégalité de traitement et l'arbitraire. L'usage particulier réclame en

général une prestation positive de l'Etat sous la forme d'un empiétement qui modifie la structure du domaine public de sorte que l'Etat n'a pas besoin de s'appuyer sur une base légale pour soumettre à une concession cet usage particulier (cf. A. Grisel, *Traité de droit administratif*, vol. II p. 564 et 565). Les clauses qui sauvegardent directement l'intérêt public sont unilatérales alors que les clauses négociées sont bilatérales et créent des droits acquis (P. Moor, *Droit administratif*, vol. III ch. 6.4.4.2 et 4).

b) La clause dont Y. SA demande le complément (art. 4 nouveau), puis la suppression de la charge inscrite à la lettre g de l'article 10 dont la teneur est identique, est une clause unilatérale destinée à sauvegarder les intérêts publics liés au Rhône, à savoir la possibilité de concéder l'utilisation de la force hydraulique qui lui est attachée (art. 1, 5 et 19 de la loi du 28 mars 1990 sur l'utilisation des forces hydrauliques) ainsi que toutes mesures d'aménagement du cours d'eau cantonal en vue d'assurer la sécurité des personnes et des biens contre les crues du fleuve (cf. loi du 6 juillet 1932 sur les cours d'eau - RS/VS 721.1; art. 1, 2 et 24 de la loi du 15 mars 2007 sur l'aménagement des cours d'eau; mesures constructives A à F proposées par le projet de 3^e correction du Rhône). En elle-même une telle clause ne peut être limitée d'une manière qui réduirait la marge de manœuvre de l'autorité dans la gestion des intérêts publics ordinaires liés au bien considéré. De plus la limitation que désire introduire la recourante découle d'un projet global par paliers qui, tel qu'envisagé à l'époque, n'est plus d'actualité. Il en découle que cette proposition d'indiquer le palier 9 d'Hydro-Rhône au km 15,200 est inacceptable vu la nature de la clause, l'incertitude actuelle quant à la forme que prendra la valorisation de la force hydraulique à la hauteur de la raffinerie et serait au contraire de nature à créer des droits incompatibles avec la gestion du domaine public Rhône. L'adjonction que propose la recourante sous la seule motivation d'éviter des mauvaises interprétations ultérieures, mais qui est en réalité inspirée par le seul but de limiter les frais d'adaptation de la prise d'eau, ne peut être acceptée, ce d'autant plus que la clause initiale plus générale de prise en charge de tous les frais par le concessionnaire (ch. 3 de l'autorisation du 8 octobre 1962) n'a pas été remise en cause et n'a pas posé de problèmes.

4. Pour ce qui a trait à la conclusion n° 3 du recours, le Conseil d'Etat demande le maintien de la réserve des conditions et charges liées à l'autorisation de construire la nouvelle prise d'eau, même s'il

admet que, du point de vue technique, la suppression de la réserve de l'article 10 al. 3 serait justifiée. Comme le souligne cette autorité dans sa réponse du 23 janvier 2006, la clause en question n'est qu'une référence à un dispositif complexe pris par ailleurs dans une autre procédure dont les effets juridiques découlent de la décision que prend à cet égard l'autorité compétente sur la base du dossier dont elle est saisie. Dénuée de toute autre portée qu'informative, cette réserve ne porte au concessionnaire aucune atteinte qui le légitimerait à en discuter dans le présent recours, ce d'autant qu'il fait valoir dans son recours du 26 mars 2007 ses droits contre les charges litigieuses retenues par la Commission cantonale des constructions. En tant qu'il demande l'annulation des réserves qui ont trait à la protection des berges durant les travaux de construction de la prise, à l'utilisation de palplanches, voire aux mesures de revitalisation du canal du Bras-Neuf comme le complètent les remarques déposées par la recourante du 26 mars 2007 (pt B, p. 12 à 14), le recours est irrecevable, ces questions étant traitées par ailleurs dans l'arrêt présentement rendu sur le recours contre l'autorisation de bâtir.

5. Partant, les brefs motifs invoqués à l'appui des conclusions en modification de la décision du 21 septembre 2005, ne révèlent ni méconnaissance du droit ni excès ou abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité (art. 78 let. a LPJA). Infondé, le recours sera dès lors rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).