

Forces hydrauliques Wasserkraft

TCVS A1 05 197

ACDP du 24 février 2006, Commune de Savièse c. Conseil d'Etat et commune de Conthey

Approbation d'un projet d'utilisation par la commune de la force hydraulique d'eaux de son domaine public

- Qualité pour recourir des communes (consid. 1).
- Griefs relatifs à des règles de procédure prétendûment violées lors de l'approbation, par le Département compétent, d'un projet communal d'auto-utilisation de la force hydraulique d'eaux faisant partie du domaine public de la commune requérante (consid. 2).
- Relation entre cette procédure et la délimitation des zones de protection des eaux souterraines (consid. 3a).
- Et avec l'approbation des plans d'exécution des installations (consid. 3b).
- Si le projet a uniquement trait à l'exploitation d'eaux apparaissant à la surface du territoire d'une seule commune, il ne nécessite pas une approbation du Conseil d'Etat au sens de l'art. 4 al. 2 LFH-VS qui ne concerne que les eaux souterraines (consid. 4a).
- La loi n'accorde aux communes voisines aucun droit de participer à la réalisation d'un projet d'auto-utilisation d'eaux de surface, ni à une prise en compte de leurs intérêts lors de son approbation (consid. 4b).
- Irrecevabilité de conclusions sans lien avec l'objet du procès (consid. 4c).

Genehmigung eines Projekts zur Wasserkraftnutzung einer Gemeinde auf ihrem Gebiet

- Beschwerdelegitimation der Gemeinden (E. 1)
- Rügen betreffend Verletzung von Verfahrensvorschriften, die das zuständige Departement bei der Homologation eines Projekts zur Wasserkraftnutzung bei öffentlichen Gewässern der gesuchstellenden Gemeinde verletzt haben soll (E. 2)
- Verhältnis von diesem Verfahren zur Ausscheidung von Schutzzonen für unterirdische Gewässer (E. 3a)
- Und zur Genehmigung der Ausführungspläne der Anlagen (E. 3b)
- Beinhaltete das Projekt nur die Nutzung von Oberflächenwasser des Gebiets einer einzigen Gemeinde, ist dafür keine Genehmigung durch den Staatsrat im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KWRG erforderlich wie dies bei unterirdischen Gewässern verlangt wird (E. 4a)

- Nach Gesetz sind die Nachbargemeinden weder berechtigt, sich an der Realisierung eines Projekts zur Nutzung von Oberflächenwasser zu beteiligen noch werden deren Interessen bei der Genehmigung berücksichtigt (E. 4b)
- Begehren, die in keinem Zusammenhang zum Streitgegenstand stehen, sind unzulässig (E. 4c)

Faits

A. Durant l'année 1987, la commune de Conthey a commencé les démarches en vue de concrétiser un projet d'adduction d'eau potable pour les Mayens de My. A ainsi été publiée une demande de défrichement pour le captage d'eau à Glarey (B. O. du 20 août 1987) et une enquête plus générale des conduites et de l'implantation des ouvrages (B.O. n° 30), sous l'égide du Service cantonal des améliorations foncières, le 19 juillet 1988. Dans ce cadre, le Conseil d'Etat a estimé que l'œuvre prévue répondait à l'intérêt public lié à l'alimentation de la région de My et au remplacement d'autres captages qui alimentaient les villages de Conthey. Il a ainsi autorisé le défrichement de 755 m² pour le captage le 25 mai 1988, puis accordé des subventions pour deux étapes de la réalisation des travaux par décisions des 6 juillet 1988 et 7 juin 1989.

Dès 1990, la commune de Conthey a souhaité utiliser la force hydraulique du réseau des eaux potables et a requis l'approbation de son projet d'auto-utilisation dans la microcentrale - d'une puissance de 250 kW - située à la Dare (cote 1340), des eaux captées à Glarey (cote 1550). Publiée au B.O. du 28 août 1992 (n° 36), la demande a été approuvée par le Conseil d'Etat le 9 décembre 1992. Le Département de l'énergie a approuvé les plans d'exécution de cette microcentrale, destinée à la fourniture annuelle d'1,1 GWh, le 23 décembre 1992, installation qui fut mise en service en 1995.

B. Poursuivant l'aménagement de son réseau d'eau potable, la commune de Conthey requit l'autorisation de construire le tronçon entre les Mayens de My et la Rapède. Elle publia, le 23 avril 1999 (B.O. n° 17), sa demande relative à la chambre de mise en charge de Mozerin, aux conduites de transport de Rudet-Rapède/Tsamperon-Rapède/Rapède-Le Nez, et au réservoir de Rapède, dossier que la Commission cantonale des constructions (CCC) approuva le 21 juillet 1999 comme projet de réseau d'eau potable avec turbinage, station de filtration et réservoir (20601 129-27). Elle avait préalablement obtenu les préavis positifs du Service cantonal de l'aménagement du territoire (SAT), le 31 mai 1999, et du Service de la protection de l'environnement (SPE) le 15 juillet 1999.

A l'automne 2003, la chambre de Mozerin (cote 1283) et le réservoir de Rapède (cote 1068) furent mis en service selon des modalités garantissant que des volumes d'eau soient disponibles pour le turbinage. Le 13 novembre 2003, le conseil communal de Conthey décida le principe du turbinage des eaux circulant dans son réseau d'eau potable, et de réaliser cet objectif par étapes avec, dans l'immédiat, le palier Rapède déjà approuvé, puis ultérieurement, moyennant des études détaillées et de demandes d'autorisations spécifiques, les paliers Eaux de la Rogne, Beusson, Jameinta, Sensine et Plan d'Avé.

C. Le 20 février 2004, le chef du Département de la santé, des affaires sociales et de l'énergie (DSSE) mit à l'enquête publique au B.O. n° 8 la demande d'approbation de la décision communale d'utiliser les forces hydrauliques des 7 microcentrales réparties sur le réseau d'eau potable. Cet avis concernait aussi la construction de la centrale de la Rapède turbinant les eaux de Glarey. L'opposition déposée par la commune de Savièse, le 17 mars 2004, contestait que le projet répondît à une utilisation rationnelle des eaux du territoire litigieux. L'opposant arguait, d'autre part, que les eaux souterraines turbinées la concernaient également, sans que ses intérêts ne fussent pris en considération, et que les approbations indispensables pour l'utilisation de ces eaux publiques devaient tenir compte des intérêts de Savièse. Dans ce sens, elle souhaitait qu'un délai soit assigné pour élaborer un projet global, à l'amiable ou avec l'intervention du Conseil d'Etat, dans l'intérêt de tous les acteurs. Interpellés à ce sujet, les représentants de la commune de Conthey ont rencontré ceux de Savièse le 27 mai 2004. Le 9 juin 2004 le conseil communal de Conthey signala que cet entretien n'avait pas permis de lever l'opposition et requit une décision, relevant que ce turbinage ne constituait que la suite de celui approuvé à la Dare en 1992, que la solution était rationnelle et ne lésait pas plus les intérêts de Savièse que le ferait pour Conthey un projet de l'opposant à Glarey. La commune requérante a relancé la procédure le 10 février 2005.

Par décision du 21 septembre 2005, le Conseil d'Etat a approuvé la décision communale du 13 novembre 2003. Il a retenu que ce complexe qui permettra la production de près de 6 GWH par année était conforme aux objectifs d'une utilisation rationnelle des forces hydrauliques et que les autres intérêts publics invoqués par la commune de Savièse, soit ceux liés à l'aménagement du territoire et à la protection de l'environnement, n'imposaient pas une solution contraire. Rejetant l'opposition, il constata l'inapplicabilité de certaines dispositions invo-

quées, l'absence de lésions des droits existants et l'existence d'une relation entre le turbinage critiqué et celui du tronçon de la Dare, non contesté en son temps par la commune de Savièse, l'absence d'effet préjudiciel d'une autorisation de turbiner sur les questions de souveraineté ou sur les droits des tiers sur les eaux. Le point 2.1 du dispositif de cette décision impose la charge suivante: «La commune de Conthey entreprendra dès l'entrée en force de la présente les démarches légales afin de régler la situation juridique du captage de Glarey au point de vue du régime des eaux souterraines et de la délimitation de zones de protection de ces eaux souterraines».

D. La commune de Savièse a recouru céans contre cette décision qui lui a été notifiée le 26 septembre 2005. Elle demande l'annulation de l'autorisation de turbiner l'eau potable octroyée à la commune de Conthey, propose de renvoyer le dossier au Conseil d'Etat pour nouvelle décision et requiert une indemnité équitable pour ses dépens. Elle se plaint de la violation de son droit d'être entendue au motif que les préavis émis durant l'instruction de la requête ainsi qu'un rapport Geologos SA ne lui auraient pas été remis et qu'elle n'aurait pas été invitée à se déterminer avant que la décision ne soit rendue, alors même que l'essentiel des eaux turbinées seraient des eaux souterraines qui lui appartiendraient à 95%. La décision attaquée ne serait pas motivée sur ce point. La clause 2.1 du dispositif lui paraît lacunaire parce qu'aucun délai n'est assigné à l'intimée pour régler les questions juridiques évoquées et parce qu'aucune sanction, telle que l'interruption du turbinage, ne lui est imposée. De la même manière, l'obligation de faire approuver par le DSSE des travaux déjà exécutés équivaudrait à régulariser abusivement une situation parfaitement illégale et à légitimer le fait accompli. Au fond, la commune de Savièse maintient que le Conseil d'Etat n'a pas tenu compte de ses intérêts alors que les eaux souterraines captées puis turbinées serviraient aussi à ses propres besoins, que les questions de propriété devaient être résolues avant l'autorisation d'exploiter ces eaux, que la commune de Conthey aurait dû se déterminer sur la proposition de répartition en parts égales des eaux de Glarey formulée en septembre 2004. Elle maintient enfin son argumentation juridique antérieure visant à faire constater des travaux de turbinage entrepris sans autorisation et la nécessité de sanctionner de tels comportements.

La commune de Conthey a conclu, le 22 novembre 2005, au rejet du recours avec octroi de dépens en sa faveur au terme d'une détermination qui prend position, documents à l'appui, sur tous les griefs

formulés par la commune de Savièse; elle ajoute avoir investi 19'554'241 fr. sur le captage et l'exploitation des sources entre Glarey et la Rapède depuis 1988 et, produisant le schéma de turbinage de l'eau potable de la commune de Savièse aux paliers de Dilogne, la Zour et les Rochers mis en service entre janvier 2001 et février 2004, doute qu'autant d'autorisations qu'elle a elle-même obtenues aient été délivrées à la commune de Savièse.

Le Conseil d'Etat a conclu au rejet du recours sur la base du dossier le 30 novembre 2005.

Maintenant ses conclusions antérieures, la commune de Savièse a répliqué, le 4 janvier 2006, sans toutefois déposer de pièces à propos de ses propres démarches en matière de captage ou de turbinage.

L'intimée a, dans sa duplique du 30 janvier 2006, confirmé les conclusions de sa réponse produisant un contrat de prêt pour l'investissement effectué à la Rapède, ainsi qu'une approbation de plans décidée par l'Inspection fédérale des installations à courant fort le 12 janvier 2006 pour cette microcentrale.

Droit

1. a) Ouvert par l'article 94 al.1 de la loi du 28 mars 1990 sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH-VS, RS/VS 721.8), le recours du 20 octobre 2005 vise une décision de dernière instance administrative cantonale et a été exercé conformément aux articles 46 et 48 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA, RS/VS 172.6 - art. 72, 80 al. 1 let. b et c LPJA; Riccardo Jagmetti, *Energierecht*, n^{os} 4417-4419).

b) Examinant d'office la qualité pour recourir de la commune de Savièse (art. 44 al. 3 LPJA), la Cour de céans relève que celle-ci ne souffle mot de cette question et que la commune de Conthey ne la discute pas.

La qualité pour recourir est reconnue à quiconque est atteint pas la décision attaquée et possède un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 44 al. 1 let. a LPJA), et à toute autre personne, organisation ou autorité que la loi autorise à recourir (let. b). D'après la jurisprudence, la commune peut donc recourir tant lorsque la décision lui porte une atteinte semblable à celle dont pâtirait un particulier, tel qu'un propriétaire par exemple, que lorsqu'elle est atteinte comme commune, dans son autonomie par exemple, puisque l'article 156 al. 1 de la loi du 5 février 2004 sur les communes

(LCo, RS/VS 175.1) l'habilité à recourir contre des décisions qui atteignent la commune elle-même (Jean-Claude Lugon, *Quelques aspects de la loi valaisanne sur la procédure et la juridiction administratives*, RDAF 1989 p. 244; RVJ 1999 p. 62). L'article 94 al. 2 LFH-VS, qui confirme la légitimation communale pour contester une décision du Conseil d'Etat qui annulerait ou modifierait un prononcé communal, étend le pouvoir d'examen du Tribunal cantonal au contrôle de l'opportunité (BSGC mars 1990, p. 294) mais n'accorde pas inconditionnellement la qualité pour recourir à n'importe quelle commune, du seul fait qu'elle a participé à la procédure antérieure par exemple.

Dans le cas particulier, rien aux dossiers ne permet de dire que la décision d'approbation de l'autorisation de turbiner, en 2^e palier, les eaux potables entre la chambre de Mozerin à l'altitude de 1'283 m ou la turbine qui sera installée dans les locaux de Rapède à l'altitude de 1068 m porteront aux intérêts privés ou de collectivité de Savièse une atteinte quelconque. La commune de Savièse n'est pas propriétaire dans le voisinage des installations. Elle n'est pas davantage atteinte dans ses prérogatives de puissance publique puisque le turbinage litigieux doit se faire sur le territoire contheysan. Concrètement, la recourante ne peut en tous cas déduire aucune légitimation de l'arrêt du 3 mars 1999 (A1 96 119) puisque ce dernier a constaté que les eaux captées à Glarey (cote 1550) constituaient un cours d'eau public, dès l'endroit où elles apparaissaient à la surface du sol (consid. 3b), et qu'elles faisaient partie du domaine public de Conthey et non pas de celui de Savièse, le lieu où se trouvaient ses aquifères n'étant pas décisif à cet égard (consid. 4b). Par conséquent cet arrêt, rendu à la demande de la commune de Savièse, ne lui attribue aucun droit l'habilitant à intervenir dans les différents paliers du turbinage de ces eaux qui ne lui appartiennent pas.

c) Même s'il fallait néanmoins admettre que la recourante pourrait avoir la qualité pour agir dans la mesure où elle soulève, quant au traitement de son opposition, des griefs de déni de justice formel concernant exclusivement la régularité de la procédure à laquelle elle a été partie (cf p. ex. RVJ 1990 p. 22 consid. 1c), ses moyens devraient de toute façon être rejetés.

2. a) La recourante se plaint tout d'abord de violation de son droit d'être entendu parce que les préavis recueillis durant l'instruction de la requête par le DSSE ne lui ont pas été remis, qu'elle n'a pas été invitée à consulter le dossier avant que la décision ne soit portée, que la

décision attaquée ne mentionne pas l'absence d'autorisation pour la construction de la microcentrale de la Dare et ne se penche pas sur les intérêts de Savièse contrairement à ce qu'imposerait le considérant 5b de l'arrêt du 3 mars 1999.

b) La recourante ne prétend pas que des règles particulières de la LFH-VS ont été méconnues durant la procédure qui a permis d'approuver la décision du conseil communal de Conthey. Il suffit dès lors de constater que le DSSE a appliqué par analogie à la demande d'approbation du projet d'auto-utilisation (art. 47 LFH-VS; BSGC d'octobre 1989, p. 323/324; Hans Wyer, *Rechtsfragen der Wasserkraftnutzung*, p.166 et 170) les dispositions sur l'octroi de concessions. Ce faisant, il a respecté les droits qu'accordent à l'opposant les articles 15 à 20 LFH-VS. Il va pour le surplus de soi que, pour effectuer la pesée des intérêts en présence (art. 18 al. 3 LFH-VS), l'autorité doit recueillir des préavis des organes spécialisés, prises de positions dont la législation ne prescrit pas la transmission aux opposants avant que le Conseil d'Etat ne statue au vu de ces documents (art. 18 al. 2 LFH-VS) par une décision écrite motivée en fait et en droit (art. 29 al. 3 LPJA). De manière générale, en vertu de l'article 25 al. 1 LPJA, la partie a enfin le droit de consulter le dossier de l'affaire en cause au siège de l'autorité, droit qui n'implique pas une obligation de rappel à charge de l'autorité qui instruit d'office une demande en première instance et qui statue ordinairement dans un certain délai dès la fin de l'enquête publique (A. Bonnard et al., *Droit de la construction*, note 1.3 p. 280).

Ces dispositions permettent de retenir que le DSSE n'a pas méconnu le droit de l'opposante en ne communiquant pas à cette dernière les préavis (ceux du SPE et du SAT notamment) qu'il avait recueillis - comme il l'avait d'ailleurs fait dans la procédure engagée en février 2000 par Savièse pour le turbinage de ses propres eaux, laquelle a abouti à l'approbation donnée par le Conseil d'Etat le 15 janvier 2003 (B.O. n° 5 du 31 janvier 2003). De même, l'organe d'instruction n'avait pas à se préoccuper de communiquer le rapport de Geologos SA, qui n'est pas versé en cause et dont la commune de Conthey précise qu'il a trait à la préparation de mesures de protection de la source de Glarey (réponse du 22 novembre 2005 ad 7 et allégués 57-60 admis par la recourante), point étranger au turbinage Mozerin/Rapède. Pareillement, l'autorité n'encourt aucun reproche pour n'avoir pas donné l'occasion à l'opposante de prendre connaissance du dossier avant que ne soit portée la décision, cette partie ayant eu tout le loisir d'y accéder durant l'enquête publique puis, par la suite, si elle l'avait souhaité.

c) La décision du 21 septembre 2005 du Conseil d'Etat est, au surplus, motivée de manière conforme à l'article 29 LPJA. Elle expose sur 4 pages les faits pertinents, sur 2 pages les dispositions applicables et leur mise en œuvre dans le cas d'espèce, de sorte qu'elle ne méconnaît pas les droits de l'opposante. La mention que la centrale de la Dare aurait été construite sans autorisation était en particulier inutile puisque ce n'était pas l'objet de la procédure et que les décisions portées en décembre 1992 à l'égard de ce palier initial en démontraient au reste la légalité. L'application de la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT) et celle de la loi du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE) n'avaient pas non plus à être étayées du moment que le tronçon visé avait déjà été approuvé par la CCC comme réseau d'eau hors de la zone à bâtir le 21 juillet 1999, que les services spécialisés (SAT et SPE) avaient émis des préavis positifs et que l'opposition n'évoquait pas ces questions. Il suit que la décision attaquée n'a pas méconnu le droit d'être entendue sous ses aspects mis en cause par la recourante.

3. a) Dans un deuxième grief, la recourante soutient que le point 2.1 du dispositif de la décision attaquée est lacunaire en ce que, d'une part, il ne fixe pas de délai à la commune de Conthey pour établir la délimitation des zones de protection des eaux souterraines captées à Glarey et régler la situation juridique de ce captage, et que, d'autre part, il ne sanctionne pas d'une obligation d'interrompre le turbinage le défaut de régler définitivement la situation juridique. Ces critiques sont irrelevantes au stade actuel de l'affaire qui permet l'utilisation pour la production d'électricité, en 2^e palier, d'eaux captées ailleurs que sur ce tronçon et à d'autres fins, opération pour laquelle la qualité de l'eau n'est pas déterminante. Au demeurant, la commune de Conthey souligne à bon droit dans sa réponse qu'elle a engagé les démarches de protection de cette source d'eau potable en novembre 2000 en tout cas et que l'achèvement de ce processus ne dépend pas d'elle, mais bien des autorités cantonales (art. 4 du règlement concernant la procédure de délimitation des zones de protection des eaux souterraines, RS/VS 814.200; Luc Jansen, La protection des eaux souterraines, URP/DEP 1998 p. 433). Quant au règlement de la situation juridique, le Tribunal observe que la commune de Conthey n'a pas interjeté de recours contre cette charge de la décision entreprise, et que la propriété des eaux turbinées a été discutée au considérant 1b ci-dessus. La réserve du droit des tiers est, de surcroît, expressément

inscrite sous point 2.3 5° § de la décision. sForce est donc de constater qu'aucun complément ne se justifie à la clause susdite.

b) Sous point 2.3, 3° §, le Conseil d'Etat pose comme condition que «Tous les travaux déjà exécutés ou à exécuter doivent être approuvés par le département chargé de l'énergie». La recourante soutient que pareille clause vise à rendre licite une situation illégale qui durera aussi longtemps que ne sera pas réglée la situation juridique du captage. Or, aucun motif ne vient expliciter cette prescription de l'autorité de sorte qu'il faut en déduire que celle-ci rappelle simplement l'obligation qu'impose l'article 31 al. 1 LFH-VS à l'utilisateur de la force de faire approuver, en deuxième étape, les plans d'exécution des travaux par le département (Jagmetti, op. cit., n° 4420), et ce compte tenu du fait que des ouvrages ont déjà été construits sur la base de l'autorisation de la CCC (réseau, réservoirs et autres locaux). Un rappel identique figure d'ailleurs dans la décision d'approbation notifiée à la commune de Savièse en janvier 2003, et ne l'a pas choquée alors même que deux ans après la mise en service de la troisième et dernière installation de son propre complexe de turbinage des eaux potables (La Zour - www.saviese.ch/ Histoire d'eau: le turbinage; Varone, slides 8 et 10 in Apéro-énergie du 14 septembre 2004 sous www.vs.ch/DSSE, SFH, turbinage des eaux communales), elle n'avait elle-même requis aucune approbation de plans pour ces installations. Telle que formulée, la critique ne démontre nulle tentative de la commune de Conthey de mettre l'autorité intimée ou d'autres titulaires de droits devant le fait accompli.

4. a) Le quatrième grief est que la décision du 21 septembre 2005 omet de se prononcer sur la question des eaux souterraines évitant ainsi à tort de tenir compte des intérêts de la commune de Savièse sur ces eaux, comme le préconisait l'arrêt du 3 mars 1999 en son considérant 5b.

b) Une lecture attentive du passage invoqué montre cependant que, pour appliquer les dispositions pertinentes lors d'une approbation d'un projet d'auto-utilisation de la force hydraulique, point n'est besoin de se soucier de manière générale de la provenance des eaux publiques. En l'espèce, la caractéristique attribuée aux eaux de Glarey est celle de cours d'eau publics (consid. 4b) appartenant à Conthey et non pas d'eaux souterraines. L'arrêt évoqué a certes signalé que la législation soumettait à une approbation du Conseil

d'Etat tout projet d'utilisation, à des fins autres que la production d'énergie électrique, d'eaux souterraines dont le régime intéresse plusieurs communes (art. 4 al. 2 LFH-VS et art. 1 al. 1 1^{re} phrase du règlement du 4 juillet 1990 concernant l'exécution de la LFH; RS/VS 721.800). Or, le projet approuvé le 21 septembre 2005 est précisément destiné à la production d'électricité: il ne tombe donc pas dans le champ de cette décision particulière exigée pour des utilisations à d'autres fins, ce d'autant moins que le captage de Glarey ne s'étend pas à des eaux souterraines, mais recueille les eaux qui apparaissent à la surface du sol.

Partant, la décision attaquée n'a ni méconnu l'arrêt de 1999, ni les exigences particulières posées pour l'utilisation d'eaux souterraines intéressant plusieurs communes. Elle ne lèsera, non plus, pas les intérêts de la commune de Savièse, les eaux litigieuses étant déjà turbinées dans un premier palier sans objections de la part de cette commune. Dite décision pouvait enfin être portée dès l'annonce faite par la commune de Conthey, le 9 juin 2004, que l'opposition n'avait pu être réglée à l'amiable (art. 17 LFH-VS), la proposition de partage des eaux formulée par Savièse sortant du cadre fixé au Conseil d'Etat par la LFH-VS.

c) Enfin, la cour de céans ne saurait discuter de la proposition de sanctions administratives, cet aspect ne faisant pas l'objet d'un prononcé de première instance et aucune autorité n'ayant laissé entendre qu'elle refuserait de prendre les sanctions prévues par la loi en cas de violations avérées du droit applicable.