

Forces hydrauliques Wasserkraft

ATC (Cour de droit public) du 27 mai 2019 – A1 17 170

Fixation des débits résiduels dans le cadre d'une autorisation provisoire d'exploiter

- Dispositions applicables en matière de débits résiduels (art. 31, 32 et 33 LEaux ; consid. 4.2.1).
- Dispositions applicables en matière d'assainissement de prélèvements d'eau existants (art. 80, 81 et 82 LEaux ; consid. 4.2.2).
- La fixation de débits résiduels minimaux selon l'art. 31 LEaux dans le cadre d'une autorisation provisoire d'exploiter est légale, ne viole pas les droits acquis du concessionnaire et poursuit des intérêts publics importants (art. 31 LEaux ; consid. 4.3).

Bestimmung der Restwassermenge im Rahmen einer provisorischen Betriebsbewilligung

- Geltende Bestimmungen betreffend die Restwassermengen (Art. 31, 32 und 33 GSchG; E. 4.2.1).
- Anwendbare Bestimmungen für die Sanierung bei bestehenden Wasserentnahmen (Art. 80, 81 und 82 GSchG; E. 4.2.2).
- Die Festlegung von Mindestrestwassermengen nach Art. 31 GSchG im Rahmen einer provisorischen Betriebsbewilligung ist legal, sie verletzt die wohlerworbenen Rechte des Konzessionärs nicht und verfolgt wichtige öffentliche Interessen (Art. 31 GSchG; E. 4.3).

Faits (résumé)

Le 19 juillet 2002, X. a déposé auprès de six communes et de l'État du Valais une demande tendant au renouvellement pour 80 ans des concessions de forces hydrauliques communales et cantonales utilisées dans les centrales hydroélectriques de A. et de B., concessions qui arrivaient à échéance le 20 juillet 2017.

Dans le cadre du dossier visant ce renouvellement de concessions, il est apparu que les documents nécessaires n'étaient pas encore disponibles et que les dispositions d'application immédiate, devant permettre l'organisation de la poursuite de l'exploitation des forces hydrauliques, ne pouvaient pas être prêtes à l'échéance du 20 juillet 2017. Dès lors, X. a requis de l'autorité cantonale l'autorisation de poursuivre cette

exploitation pour une durée de cinq ans, soit jusqu'au 20 juillet 2022, dans l'attente du renouvellement formel des concessions. Cette demande se fondait sur l'article 28 de la loi du 28 mars 1990 sur l'utilisation des forces hydrauliques (LcFH ; RS/VS 721.8).

Le 21 juin 2017, après consultation notamment des communes concernées et du Service de l'environnement (ci-après : SEN), le Conseil d'Etat a autorisé X. à poursuivre l'exploitation des centrales hydroélectriques de A. et de B. jusqu'au 20 juillet 2022. A cette occasion, il a fixé les débits résiduels minimaux que le concessionnaire devait assurer durant cette période transitoire à l'aval de la prise sur le cours d'eau C. et de la prise sur le cours d'eau D.

Le 13 septembre 2017, X. a contesté céans cette décision, critiquant en particulier les débits résiduels fixés par le Conseil d'Etat en aval des prélèvements sur le C. et sur le D.

Considérants (extraits)

(...)

4.1 Ensuite, la recourante conteste les dotations fixées par le Conseil d'Etat en aval des prélèvements sur le C. et sur le D. Elle soutient qu'il est erroné de fixer ces débits résiduels sur la base de l'article 31 alinéa 1 de la loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (LEaux ; RS 814.20), car cette disposition ne s'applique pas dans le cadre d'une réglementation provisoire, telle que celle que détermine l'autorisation d'exploiter litigieuse, limitée à une durée de cinq ans. Selon la recourante, il convient de faire application de l'article 80 alinéa 1 LEaux.

4.2.1 Intitulé « Débit résiduel minimal », l'article 31 LEaux s'insère dans un chapitre de cette loi relatif au maintien de débits résiduels convenables. Il fixe la dotation minimale lorsque des prélèvements sont opérés dans des cours d'eau à débit permanent en fonction du débit Q_{347} (al. 1) et règle les cas dans lesquels cette dotation minimale doit encore être augmentée (al. 2). L'article 32 LEaux traite quant à lui des dérogations au débit résiduel minimal fixé à l'article précédent et l'article 33 LEaux énonce le principe selon lequel l'autorité fixe un débit résiduel supérieur aussi élevé que possible après avoir pesé les intérêts en présence

(al. 1), intérêts que les alinéas 2 et 3 mentionnent de manière non exhaustive.

Ainsi, la détermination du débit résiduel repose sur une procédure en deux phases. Il s'agit d'abord de déterminer, à l'article 31 LEaux, le débit résiduel minimal qui ne peut en principe être réduit (hormis les cas d'exception prévus à l'article 32 LEaux). Dans une deuxième étape, l'article 33 LEaux oblige les cantons à augmenter le débit résiduel minimal dans la mesure justifiée par une pesée des intérêts en faveur et à l'encontre du prélèvement envisagé. Pour ce faire, il faut déterminer soigneusement la situation de fait et les intérêts en présence. Le rapport prévu par l'article 33 alinéa 4 LEaux, à fournir par celui qui entend opérer un prélèvement, sert de base pour la décision de l'autorité, notamment pour la pesée des intérêts en présence (ATF 140 II 262 consid. 5.2 et les réf. cit. ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_231/2015 du 23 novembre 2016 consid. 5 et 6). Ainsi, le rapport doit déterminer en premier lieu quels débits résiduels sont nécessaires du point de vue écologique et paysager et quel impact auraient des débits résiduels inférieurs sur les divers intérêts dignes de protection. Ce n'est qu'une fois ces débits résiduels fixés que le rapport pourra se prononcer sur l'intérêt à utiliser l'eau et que la pondération des intérêts pourra avoir lieu (ATF 126 II 283 consid. 4b).

4.2.2 L'article 80 LEaux est intitulé « Assainissement » et s'insère quant à lui dans un chapitre consacré aux dispositions transitoires et dans une section relative aux « Prélèvements d'eau existants ». Son premier alinéa prévoit que 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. Les alinéas 2 et 3 règlent les mesures d'assainissement supplémentaires, l'article 81 LEaux la question des délais et l'article 82 LEaux celle des critères d'assainissement.

L'existence de ce régime transitoire s'explique par le fait que l'application pleine et entière des articles 31 ss LEaux précités ne peut pas être exigée pour les droits d'utilisation existants, bénéficiant de droits acquis (cf. Message relatif à la LEaux, FF 1987 II p. 1193 ; voir aussi arrêt du Tribunal fédéral 1A.320/2000 - 1P.786/2000 du 20 septembre 2001 consid. 3a).

4.3.1 La loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH ; RS 721.80) ne prévoit pas de mesures provisoires lorsque, comme en l'espèce, la concession est échue et que le futur régime d'utilisation des forces hydrauliques n'est pas encore formellement défini. L'absence de prescription de droit fédéral à cet égard n'empêche toutefois pas le législateur cantonal de prévoir des solutions adaptées à cette situation, ainsi que cela a été fait à l'article 28 LcFH, sur lequel se fonde l'autorisation provisoire d'exploiter litigieuse (cf. arrêts du Tribunal 1C_437/2010 du 20 juillet 2011 consid. 5 et 1A.46/1997 du 1^{er} septembre 1997 consid. 4). Ce régime des mesures provisoires est donc une particularité de droit cantonal.

4.3.2 La recourante soutient que ces mesures provisoires ont pour but de prolonger une situation existante et invoque le respect de ses droits acquis. En tant que concessionnaire, elle devait toutefois prévoir qu'à l'échéance de la concession, le 20 juillet 2017, les droits d'utilisation tels qu'ils lui avaient été octroyés depuis plusieurs décennies allaient s'éteindre et que, dans le cadre du renouvellement de la concession, de nouveaux droits allaient être concédés selon des modalités à définir à l'aune des dispositions légales applicables. Ce changement de paradigme était attendu. Partant, la recourante ne peut invoquer utilement une situation acquise, puisqu'elle savait que celle-ci prendrait fin à l'échéance de la concession et qu'à partir de ce moment, les nouveaux droits d'utilisation allaient être définis conformément au droit en vigueur avec pour conséquence, en particulier, la fixation de débits de dotation conformément aux articles 31 ss LEaux. Le maintien provisoire des anciens droits d'utilisation au-delà du 20 juillet 2017, sous une forme et dans des conditions qui sont obsolètes car elles ne correspondent pas au régime légal instauré par la LEaux depuis son entrée en vigueur en 1992, ne saurait ainsi être justifié sous l'angle des droits acquis. A l'instar de l'autorité précédente, la Cour ne voit dès lors pas de raison de soustraire les mesures provisoires valant jusqu'au 20 juillet 2022 à l'application du régime légal en vigueur, à tout le moins l'article 31 LEaux instaurant un débit résiduel minimal.

La recourante se réfère en particulier à l'article 58a LFH, intitulé « Renouvellement de la concession » et dont l'alinéa 3 prévoit que « les nouvelles prescriptions sur les débits résiduels s'appliquent sans restrictions cinq ans au plus tard après la date fixée pour l'expiration de la concession. » Elle ne peut toutefois rien tirer de cette disposition qui ne fait que fixer un délai maximum (« au plus tard ») d'application en

cas de renouvellement de la concession. De même, le fait que le Tribunal administratif fédéral a jugé cette disposition inapplicable dans le cadre d'une réglementation provisoire (cf. arrêt A-473/2008 du 8 avril 2008) ne permet nullement de déduire que les articles 31 ss LEaux sur les débits résiduels ne peuvent pas être appliqués dans ce même cadre (cf. réponse du Conseil d'Etat du 25 octobre 2017 p. 2).

4.3.3 Il existe en outre des intérêts manifestes à l'instauration de débits résiduels minimaux dans l'autorisation provisoire d'exploiter. D'abord, cette solution correspond à la première étape obligatoire, prévue à l'article 31 LEaux, du renouvellement de la concession (cf. *supra*, consid. 4.2.1). Elle va donc dans le sens du nouveau régime qui sera défini à l'échéance de l'autorisation provisoire. La quotité des débits fixée par le Conseil d'Etat à chaque point de captage ressort d'ailleurs du préavis du SEN du 20 avril 2017, lequel se fondait sur des mesures figurant dans le rapport d'enquête préliminaire de l'étude d'impact sur l'environnement ; elle est au surplus conforme à l'avis de l'Office fédéral de l'environnement (ci-après : OFEV) du 6 juin 2017 (cf. pièce n°9 jointe au mémoire de recours). Ensuite, dite solution permet de mieux tenir compte de l'intérêt à la protection de l'environnement durant cette période de cinq ans. Il est rappelé à cet égard que, si le renouvellement de la concession s'était déroulé normalement, les débits résiduels auraient déjà été fixés conformément aux articles 31 à 33 LEaux. Il serait ainsi contraire à toute logique de renoncer à fixer des débits résiduels minimaux pour la durée de l'autorisation provisoire d'exploiter, alors que l'autorité dispose de données permettant de le faire.

4.3.4 Attendu ce qui précède, les griefs de la recourante sont à écarter.

(...)

5.1 Attendu ce qui précède, le recours est rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).