

*Droit civil - objet de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs - ATC (Cour civile I) du 18 septembre 2020, X. SA et consorts c. Y. SA et consort - C1 19 140*

**Immeubles susceptibles de faire l'objet d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (art. 837 al. 1 ch. 3 CC)**

- Immeubles relevant du droit privé, respectivement du patrimoine administratif (consid. 4.1.1).
- Notion de choses sans maître et de biens du domaine public (art. 658, 664 CC, 163, 164, 175 LACC ; consid. 4.1.2).
- En l'espèce, la parcelle, qui fait partie du domaine public, est insaisissable (consid. 4.1.3).
- Immatriculation des immeubles publics (art. 944 CC, 184 LACC, 22 al. 1 let. a ch. 2 ORF ; consid. 4.2.1).
- Nature des communes bourgeoises (art. 80 Cst. VS, art. 1 al. 1 let. b LCo ; consid. 4.3.1.1).
- Notion de tâches publiques ; notion d'approvisionnement en électricité (art. 76 al. 2, 89 al. 1 Cst., 6 al. 1 let. m LCo, 12 al. 1, 38 al. 3, 41, 42 al. 2 LFH ; consid. 4.3.1.2).
- En l'espèce, octroi d'une concession d'usage du domaine public, avec tâche d'intérêt public (consid. 4.3.1.3). L'immeuble n° 1 sert un intérêt public majeur, qui serait compromis en cas de vente forcée (consid. 4.3.1.4).
- Notion de droit de retour (Heimfall) (art. 54 al. 2 let. a et b LcFH ; consid. 4.3.2).
- En l'espèce, l'immeuble n° 2, constitué en propriété privée, affecté à un service public, ne saurait constituer l'objet du gage (consid. 5.1 et 5.3).
- Nature du principe de l'accession ; ce principe ne s'applique pas en cas d'installations érigées sur la base d'une concession de droit public (art. 667 CC ; consid. 5.3.1, 5.3.2).
- Le gage immobilier frappe l'immeuble avec ses parties intégrantes et ses accessoires (art. 805 CC ; consid. 5.3.3.1).
- Les autres tiers concernés par l'art. 837 al. 2 CC peuvent être des titulaires de droits d'habitation ou d'usufruits, ou encore les futurs acquéreurs de l'immeuble (consid. 6.1).

**Grundstücke, die Gegenstand eines gesetzlichen Grundpfandrechts der Handwerker und Unternehmer sein können (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)**

- Grundstücke, die dem Privatrecht bzw. dem Verwaltungsvermögen zuzuordnen sind (E. 4.1.1).
- Begriff der herrenlosen und der öffentlichen Sachen (Art. 658, 664 ZGB, 163, 164, 175 EGZGB; E. 4.1.2).
- Im vorliegenden Fall ist die Parzelle, welche zum öffentlichen Eigentum gehört, unpfändbar (E. 4.1.3).
- Eintragung öffentlicher Grundstücke im Grundbuch (Art. 944 ZGB, 184 EGZGB, 22 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 GBV; E. 4.2.1).
- Rechtsnatur der Burgergemeinden (Art. 80 KV, Art. 1 Abs. 1 lit. b GemG; E. 4.3.1.1).
- Begriff der öffentlichen Aufgaben; Begriff der Stromversorgung (Art. 76 Abs. 2, 89 Abs. 1 KV, 6 Abs. 1 lit. m GemG, 12 Abs. 1, 38 Abs. 3, 41, 42 Abs. 2 WRG; E. 4.3.1.2).

- Im vorliegenden Fall, Erteilung einer Konzession für die Nutzung einer öffentlichen Sache zur Verfolgung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse (E. 4.3.1.3). Das Grundstück Nr. 1 dient einem wichtigen öffentlichen Interesse, welches im Falle eines Zwangsverkaufs gefährdet wäre (E. 4.3.1.4).
- Begriff des Heimfalls (Art. 54 Abs. 2 lit. a und b KWRG; E. 4.3.2)
- Im vorliegenden Fall kann das Grundstück Nr. 2, an welchem Privateigentum besteht und welches zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe verwendet wird, nicht Gegenstand eines Pfandes sein (E. 5.1 und 5.3).
- Rechtsnatur des Akzessionsprinzips; dieses Prinzip ist nicht anwendbar auf Anlagen, welche aufgrund einer Konzession des öffentlichen Rechts errichtet wurden (Art. 667 ZGB; E. 5.3.1, 5.3.2).
- Das Grundpfandrecht belastet das Grundstück mit Einschluss aller Bestandteile und aller Zugehör (Art. 805 ZGB; E. 5.3.3.1).
- Andere am Grundstück berechnigte Personen gemäss Art. 837 Abs. 2 ZGB können Inhaber eines Wohnrechts, Nutzniesser oder zukünftige Käufer des Grundstücks sein (E. 6.1).

### Faits (résumé)

**A.** En 2008, la Confédération a octroyé une concession de droits d'eau pour un aménagement hydroélectrique. La commune de A. s'engageait à mettre gratuitement à disposition du concessionnaire les terrains communaux improductifs, nécessaires à l'établissement et à l'exploitation des ouvrages. La concession a été transférée à Y. SA, en vue de la construction d'une centrale de pompage-turbinage. Dans ce cadre, Y. SA a acquis la propriété d'une parcelle n° 1, composée d'eau, pour xxx xxx m<sup>2</sup>, et de terre inculte, pour xx xxx m<sup>2</sup>. La Bourgeoisie de A. est demeurée propriétaire de la parcelle voisine n° 2, d'une surface technique locale de x xxx xxx m<sup>2</sup>, hors zone avec plusieurs montagnes, glaciers et cols alpins (51,66 %, de rochers ; 30,47 % d'éboulis sable ; 14,85 % de prés/champs ; 2,55 % de glaciers/névés ; 0,28 % d'eau stagnante ; 0,13 % de routes/chemins et 0,06 % de forêt dense) ; aucune valeur cadastrale n'est mentionnée. Y. SA a chargé une entreprise de construction de la réalisation des travaux de chaudronnerie de l'aménagement hydroélectrique ; celle-ci a soustraité une partie de ces travaux à une société, qui a ensuite été déclarée en faillite ; cette dernière avait elle-même fait appel à des sous-traitants, X. SA et consorts. X. SA chiffre sa créance à hauteur de xxx xxx fr. pour des prestations de soudure ; un autre consort dit avoir exécuté des travaux, pour xx xxx fr. ; un autre consort chiffre sa créance totale à xx xxx fr. pour le transport d'objets.

**B.** S'agissant des installations de l'aménagement hydroélectrique, aucune servitude, droit de superficie ou autre droit réel limité n'a été inscrit au registre foncier sur les deux parcelles en cause.

**C.** Par décision du 31 mai 2019, le juge de district a notamment constaté que les parcelles visées par les requêtes de X. SA et consorts en inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs ne pouvaient être grevées d'un tel gage.

**D.** X. SA et consorts ont interjeté appel contre ce prononcé.

### **Considérants (extraits)**

**4.** Le premier juge est parvenu à la conclusion que les parcelles litigieuses, « en tant qu'elles supporteront durablement la centrale de pompage-turbinage, soit directement sur leur sol (parcelle n° 1), soit reliées par des cavernes amenant l'eau (parcelle n° 2), [étaient] essentiellement affectées à l'utilisation commune et d[evaie]nt, de par leur affectation, être reconnues comme patrimoine administratif ne pouvant être grevée d'une hypothèque légale ».

**4.1** Les appelantes contestent cette conclusion et estiment essentiellement que les immeubles litigieux sortent du champ de la propriété privée et ne relèvent pas du patrimoine administratif de l'Etat, en sorte qu'elles pourraient faire l'objet d'une inscription d'hypothèque légale.

**4.1.1** En principe, toutes les choses au sens juridique du terme sont soumises au droit privé et peuvent être l'objet de droits réels (Steinauer, Les droit réels I, 2019, n° 72). Le droit public soustrait toutefois totalement ou partiellement certaines choses au domaine privé, comme les choses publiques, dont on distingue les choses du patrimoine administratif et les choses dans l'usage commun (Steinauer, op. cit., n<sup>os</sup> 72 et 74 ss). Si l'immeuble relève du patrimoine administratif de la collectivité publique, il ne peut pas être l'objet d'une réalisation forcée tant qu'il sert à l'accomplissement d'une tâche publique et ne peut dès lors être grevé d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (Steinauer, Les droit réels III, n<sup>os</sup> 2878 et 2878b ; Schmid-Tschirren, Commentaire bâlois, n° 7 ad art. 796 CC). Le principe de base est qu'il

ne faut pas que la constitution d'un droit réel entrave d'une manière quelconque ou mette en question l'exécution des tâches publiques auxquelles sert le bien-fonds (ATF 120 II 321 consid. 2b ; arrêt 5A\_78/2011 du 15 juin 2011 consid. 2.3.2). Ce principe est concrétisé par la loi fédérale réglant la poursuite pour dettes contre les communes et autres collectivités de droit public cantonal (LPCoM [RS 282.11]), laquelle prévoit expressément que les biens du patrimoine administratif ne doivent être ni saisis ni réalisés aussi longtemps qu'ils sont affectés à un service public (art. 9 et 10 LPCoM) ; il vaut également comme principe général lorsque cette loi n'est pas applicable (ATF 120 II 321 consid. 2b ; arrêt 5A\_78/2011 du 15 juin 2011 consid. 2.3.2 ; Schumacher, *Das Bauhandwerkerpfandrecht*, n° 620 et les références citées). Ainsi, les biens du patrimoine administratif restent soumis au droit privé dans la mesure où cela est compatible avec leur destination et où la loi ne prescrit pas expressément une solution différente (ATF 103 II 227 consid. 4). Concernant les immeubles dans l'usage commun, par nature (lacs, montagnes, etc.) ou par affectation (routes, parcs), ils ne peuvent pas être grevés de droit de gage, quand bien même le droit cantonal ne le précise pas expressément (Steinauer, *op. cit.* III, n<sup>os</sup> 2653b, 2878 et 2878b). Certains auteurs estiment leur mise en gage possible, pour autant qu'elle soit compatible avec leur affectation, en excluant le cas des eaux publiques et des terres non cultivables où l'usage public est garanti (Schmid-Tschirren, *op. cit.*, n° 8 ad art. 796 CC ; Meier-Hayoz, *Commentaire bernois*, n° 80 ad art. 664 CC).

**4.1.2** Selon l'art. 664 CC, les choses sans maître et les biens du domaine public sont soumis à la haute police de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent (al. 1) ; sauf preuve du contraire, ne rentrent pas dans le domaine privé, les eaux publiques de même que les régions impropres à la culture, rochers, éboulis, névés, glaciers et les sources en jaillissant. Le canton souverain peut en attribuer la propriété à une collectivité publique (canton ou commune), ouvrir la possibilité d'une occupation de ces immeubles selon les règles de l'art. 658 CC ou renoncer à en attribuer la propriété et se limiter à en régir l'utilisation et l'exploitation (Steinauer, *Commentaire romand*, n° 10 et 13 ad art. 664 CC). Le Canton du Valais a légiféré en la matière à l'art. 163 LACC (Loi d'application du code civil suisse [RS/VS 211.1]), dont l'alinéa 1 dispose que les routes nationales et cantonales, le Rhône et la partie valaisanne du lac Léman, ses rivages et ses ports jusqu'à la limite supérieure de leurs eaux moyennes, sont dans le domaine public cantonal. Les routes

communales, les régions impropres à la culture telles que rochers, éboulis, névés et glaciers, lacs, cours d'eau dès la sortie du fonds où ils ont leur source, rentrent pour leur part dans le domaine public des communes (art. 163 al. 3 LACC). De même, font partie du domaine public communal les eaux souterraines d'un débit moyen supérieur à 300 litres/minute, sous réserve des exploitations privées existantes avant l'entrée en vigueur de la LACC et des prélèvements faits par le propriétaire de la surface jusqu'à concurrence de 50 litres/minute au plus (art. 163 al. 4 LACC). La souveraineté des cantons sur les biens du domaine public est toutefois limitée par les droits acquis, protégés par la garantie constitutionnelle de la propriété ancrée à l'article 26 Cst. (art. 163 al. 5 LACC ; Meier-Hayoz, op. cit., n. 118 ad art. 664 CC). La législation valaisanne précise expressément que les biens du domaine public sont insaisissables (art. 164 al. 1 LACC) et ne peuvent être mis en gage (art. 175 al. 1 LACC). Quant aux forêts, pâturages et alpages publics, ils ne peuvent être saisis et réalisés qu'avec l'assentiment du gouvernement cantonal (art. 8 al. 1 de la LPCom).

**4.1.3** En l'espèce, il est admis que les travaux n'ont porté que sur le bien-fonds n° 1 du cadastre de la Commune de A., qui est composé essentiellement de terrains impropres à la culture (rochers [51,66 %] et éboulis sable [30,47 %] ; Steinauer, Les droits réels II, 2012, n<sup>os</sup> 1529 s.) et constitue un lieu connu de randonnées. Il sied de suivre le premier juge et de considérer que, de par sa nature, ladite parcelle, en mains d'une collectivité publique, fait indéniablement partie du domaine public, qui est insaisissable. Que son sous-sol soit en partie occupé par une centrale hydroélectrique n'amène pas à une autre conclusion, en raison de la vastitude de la parcelle de x xxx xxx m<sup>2</sup> et au fait que sa surface est demeurée dans l'usage commun.

**4.2** Le grief premier qu'y opposent les appelantes est que la parcelle litigieuse ne saurait échapper aux règles régissant la propriété privée en raison de son immatriculation au registre foncier. Cet argument ne résiste pas à l'examen.

**4.2.1** Si le registre foncier est avant tout au service des transactions relatives à des immeubles privés, l'exigence d'immatriculation pour les immeubles publics peut découler des exceptions consacrées à l'art. 944 al. 1 CC (Steinauer, op. cit. I, n° 878). Cette disposition prévoit que les immeubles qui ne sont pas propriété privée et ceux qui servent à l'usage public ne sont immatriculés que s'il existe à leur égard des

droits réels dont l'inscription doit avoir lieu, ou si l'immatriculation est prévue par la législation cantonale. Celle-ci précise à cet égard que les biens du domaine public et leurs dépendances sont immatriculés au registre foncier dans les cas prévus par le droit fédéral et dans d'autres cas (art. 184 al. 1 et 2 LACC). Selon la loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques (ci-après : LFH [RS 721.80]), les concessions octroyées pour trente ans au moins peuvent être immatriculées au registre foncier à titre de droits distincts et permanents (art. 59 LFH ; cf. également art. 22 al. 1 let. a ch. 2 de l'Ordonnance sur le registre foncier [RS 211.432.1]). La concession fédérale du 25 août 2008, d'une durée de quatre-vingts ans, en a justement fait une obligation pour le concessionnaire des droits d'eau conférés. L'immatriculation de la parcelle no 1 au registre foncier apparaît, dans ce contexte, découler de celle de la concession fédérale et non comme une preuve de l'appartenance de l'immeuble au patrimoine fiscal bourgeoisial, autrement dit à son domaine privé. En tout état de cause, elle ne modifie pas sa nature juridique (art. 184 al. 3 LACC).

**4.2.2** Les appelantes se réfèrent ensuite en vain à la considération de l'instance précédente selon laquelle l'installation litigieuse aurait augmenté la valeur de la parcelle n° 1, puisque cette conclusion est douteuse. L'installation qui est, comme nous le verrons, propriété du concessionnaire a augmenté la valeur de la concession. Sans les droits conférés par cet acte pour l'utilisation des eaux publiques, la centrale hydroélectrique n'aurait aucune raison d'être et perdrait toute valeur utilitaire et par là-même toute valeur économique pour son propriétaire.

**4.2.3** Quant à la question de savoir si l'immeuble n° 1 doit être ou non rattaché au patrimoine administratif de la Bourgeoisie de A., elle ne semble pas pertinente en l'espèce, puisque la mise en gage de la parcelle est exclue de par la loi en raison de sa nature (cf. art. 175 al. 1 LACC). Les arguments présentés par les appelantes appellent néanmoins les considérations suivantes.

**4.3.1.** Les appelantes critiquent la solution retenue par le premier juge et estiment que la parcelle n° 1 n'est pas directement affectée à une tâche de droit public d'une commune bourgeoisiale, dont la production d'électricité ne fait pas partie. La société concessionnaire serait, par ailleurs, exclusivement régie par le droit privé et ne remplirait pas de but d'intérêt public. Enfin, l'activité de pompage-turbinage ne saurait

s'apparenter, dans ses aspects techniques, à de la production d'électricité. Elle serait purement commerciale.

**4.3.1.1** Les communes bourgeoises, à la différence des communes politiques, n'ont pas de souveraineté territoriale à proprement parler. Leur tâche réside principalement dans l'administration et l'utilisation de leur patrimoine, ainsi que dans l'engagement de leurs ressources pour des buts d'ordre culturel, social ou d'intérêt public, fréquemment en collaboration avec les communes des habitants (ATF 139 II 90 consid. 2.2, dans lequel le Tribunal fédéral a jugé que les communes bourgeoises entraînent dans les exceptions d'assujettissement à l'IFD prévues à l'art. 56 let. c LIFD). La législation valaisanne définit les communes bourgeoises comme des collectivités de droit public chargées de réaliser des tâches d'intérêt public fixées par la loi (art. 80 al. 1 de la Constitution du Valais [Cst. cant. ; RS/VS 101.1] et 1 al. 1 let. b de la Loi sur les communes [LCo ; RS/VS 175.1]). Selon la loi valaisanne sur les bourgeoisies (RS/VS 175.2), les communes bourgeoises assument, entre autres, comme tâches la gestion de leur patrimoine (entretien et exploitation de leurs propriétés) et encouragent et soutiennent dans la mesure de leurs moyens les œuvres d'intérêt général, coordonnant leurs activités avec celles des communes municipales (art. 3 al. 1 let. b et c). Elles accordent les prestations en nature prévues dans la législation sur les routes et cours d'eau ainsi que sur les chemins pour piétons et les chemins de randonnée pédestre (art. 4 al. 1). Leur fortune comprend tous les avoirs et droits qui sont propriété de la commune bourgeoise (art. 8 al. 1), dont elles disposent librement pour autant qu'elles accomplissent leurs tâches (cf. art. 3 à 5) ou agissent pour le bien général et dans l'intérêt des bourgeois (art. 9 al. 1). Elles peuvent ainsi remettre en jouissance des terrains bourgeoisiaux, gratuitement ou à des conditions préférentielles, à charge pour les bénéficiaires de les exploiter personnellement (art. 12 al. 1 let. b).

**4.3.1.2** Les tâches publiques sont déterminées par la Constitution et les lois et procèdent d'un choix politique. Le cas échéant, il appartient au législateur de déterminer si la tâche publique incombe aux organes étatiques ou si elle est déléguée à des privés. En d'autres termes, c'est l'interprétation de la loi qui détermine ce qui est une tâche publique, qui assume cette tâche et comment elle doit être menée à bien (ATF 138 II 134 consid. 4.3.1). Une tâche publique porte ainsi sur une activité que l'État doit accomplir, voire qu'il se doit de garantir, si elle est confiée à

un acteur privé ; l'État assume donc une obligation d'exécution ou à défaut une obligation de garantie (Poltier, *Marchés publics, délégations de tâches publiques et concessions*, in : BR/DC 1/2020 p. 11/13). Certains auteurs, cités par le Tribunal fédéral (cf. ATF 135 II 49 consid. 5.2.2), définissent la notion plus largement et estiment qu'elle englobe toutes les activités qui favorisent un intérêt public, sans être nécessairement elles-mêmes des tâches publiques à proprement parler (Zufferey/Le Fort, *L'assujettissement des PPP au droit des marchés publics*, in DC 2006 p. 99/100).

Nonobstant la libéralisation du marché de la production hydroélectrique (Fournier, *Vers un nouveau droit des concessions hydroélectriques*, 2002, p. 23 s.) et l'opinion défendue par une partie de la doctrine, qui considère l'approvisionnement en électricité par l'État (art. 89 al. 1 Cst.) comme une activité purement économique (Weber/Kratz, *Elektrizitätswirtschaftsrecht*, 2005, n° 50 ss), l'approvisionnement en énergie est pourtant défini par le canton du Valais comme une compétence des communes, sous réserve des législations cantonale et fédérale (art. 6 al. 1 let. m LCo ; cf. Wyer, *Utilisation de la force hydraulique en Valais*, 2008, p. 222). En ce qui concerne la politique énergétique, les compétences propres de la Confédération en matière des eaux constitue une dérogation au marché libre de l'électricité. La Confédération a, comme attribution constitutionnelle, de fixer les principes applicables à l'utilisation de l'eau pour la production d'énergie (art. 76 al. 2 Cst.). Plus spécifiquement en matière de concession d'utilisation des forces hydrauliques, le DETEC, qui est compétent dans les domaines de l'approvisionnement en énergie et de l'utilisation des ressources en eau (art. 1 al. 3 let. b et c de l'Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication [RS 172.217.1]), octroie les droits d'eau sur les sections touchant à la frontière nationale (art. 38 LFH). Ces concessions fédérales sont fortement marquées par des exigences d'intérêt public, notamment dans le choix des concessionnaires (art. 41 LFH) et en cas de transfert (art. 42 al. 2 LFH), et d'aucuns les considèrent comme des concessions de service public (Moor/Bellanger/Tanquerel, *Droit administratif III*, 2018, p. 258 s.). Les préoccupations relatives à l'« intérêt national », que l'approvisionnement en électricité de la population serait susceptible de représenter en cas de pénurie, demeurent présentes dans l'attribution de la concession : d'un point de vue concurrentiel, il faut le comprendre comme l'octroi préférentiel de la concession au candidat qui produit le

meilleur bilan énergétique par rapport aux forces naturelles disponibles (Fournier, L'attribution d'une concession hydroélectrique, in RVJ 2003 p. 3/11 s.). La Confédération peut en outre requérir la force d'un cours d'eau public pour ses entreprises de transport et de communications (art. 12 al. 1 LFH), lesquelles assument une mission de service public.

**4.3.1.3** En l'espèce, le DETEC a octroyé une concession d'usage du domaine public aux CFF (Knapp, La fin des concessions hydrauliques, in ZSR 1. Halbband, 1982, p. 119/126 et 132 ; Dubey/Zufferey, Droit administratif général, 2014, p. 491), la Commune de A. demeurant seule propriétaire des eaux concédées. Il a alors été convenu du transfert de la concession à la future société Y. SA, avec la réserve pour le Canton du Valais et la Commune de A. - au bénéfice d'une voix consultative - de déléguer chacun un représentant au conseil d'administration de dite société. Y. SA a, comme actionnariat les CFF (36 %), qui sont une société anonyme de droit public assurant l'approvisionnement de base dans le domaine des transports publics (art. 2 al. 1 et 3 al. 1 de la Loi sur les Chemins de fer fédéraux [LCFF ; RS 742.31], ainsi que des partenaires publics et privés dont B. SA. Cette société a comme but de contribuer à valoriser le patrimoine hydraulique des collectivités publiques valaisannes et à approvisionner en électricité le canton au profit d'un développement harmonieux de son économie (art. 2 al. 1 de la loi sur les Forces Motrices Valaisannes [LFMV ; RS/VS 731.1]). Elle est détenue à 55 % par le Canton du Valais et à 35 % par les communes et bourgeoisies valaisannes (Moor/Bellanger/Tanquerel, op. cit., p. 357, n° 460). Force est de constater que Y. SA n'est pas propriété exclusive d'investisseurs privés. La collectivité publique a donc un intérêt public à l'entreprise et peut influencer ses décisions puisqu'elle possède des participations.

La décision du DETEC rendue le 14 avril 2011 et accompagnant l'avenant à la concession fédérale du 28 août 2008 fonde la modification de ladite concession et de l'autorisation de construire sur des considérations liées à l'augmentation de la sécurité de l'approvisionnement énergétique suisse.

Le dossier consacré en 2016 par la Société suisse des ingénieurs et des architectes au projet de la centrale de Y. ce indique que celle-ci « est un instrument indispensable pour valoriser les nouvelles énergies renouvelables dont la production est irrégulière et aléatoire. Elle sera une ressource importante pour assurer la stabilité du réseau électrique

à l'échelle européenne et garantir la sécurité d'approvisionnement en Suisse ». Elle « permettra également aux CFF de couvrir leurs besoins en énergie lors des pointes de puissance sur le réseau ferroviaire ».

Ainsi, l'énergie d'origine hydraulique de la centrale litigieuse servira manifestement au développement de l'économie fédérale et cantonale, et particulièrement à répondre aux besoins de l'industrie et des transports publics ferroviaires, de même qu'à l'approvisionnement des ménages en courant électrique. Selon un communiqué de presse du 5 avril 2019 de l'Office fédéral de l'énergie, le 60 % de l'électricité consommée en Suisse en 2017 provient de la grande hydraulique (<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-74577.html>). L'énergie hydraulique constitue dès lors la principale source indigène d'approvisionnement électrique. En exploitant la concession litigieuse, Y. SA poursuit indéniablement une tâche d'intérêt public.

**4.3.1.4** De par sa mise à disposition du concessionnaire, à titre gratuit, des terrains improductifs aux fins de la réalisation et l'exploitation de l'aménagement hydroélectrique de C., la Bourgeoisie de A. contribue à remplir la mission étatique de maintenir un approvisionnement de base en électricité en Suisse, en rendant possible l'utilisation des forces hydrauliques destinée à la production hydroélectrique, soit une activité d'intérêt public (Fournier, op. cit., p. 12). Bien qu'il ne remplisse pas directement une tâche publique à proprement parler, l'immeuble concerné sert à l'évidence un intérêt public majeur, qui serait compromis en cas de vente forcée.

**4.3.2** Les appelantes considèrent le droit de retour que s'est réservé la Bourgeoisie de A. comme une contrepartie de la mise à disposition du terrain, relevant que l'ouvrage - d'une valeur de plusieurs milliards de francs - lui reviendra à l'expiration de la concession, sans qu'un dédommagement ne soit prévu.

Le droit de retour (Heimfall) est le droit formateur que peut faire valoir la collectivité concédante lorsqu'elle entend devenir propriétaire de l'ouvrage hydroélectrique à la fin de la concession (Fournier, op. cit., p. 231). Ce droit concerne les installations construites sur le domaine public (Favre, Les problèmes juridiques actuels en lien avec les forces hydrauliques, in Journée juridique valaisanne 1999, p. 10). En réalité, il ne s'agit pas d'un véritable retour puisque le droit d'utiliser la force hydraulique est éteint et que des installations, qui n'ont jamais été la

propriété du concédant et ne peuvent le devenir par accession, lui sont désormais attribuées. Il constitue une forme d'acquisition de la propriété de certains biens en vertu de la loi ou de la concession, une fois celle-ci expirée (Knapp, La fin des concessions hydrauliques, in ZSR, 1. Halbband, 1982, p. 119/160 s.). En l'occurrence, le droit de retour que réserve la concession en faveur de la Commune de A., respectivement la Bourgeoisie de A., en conformité des dispositions cantonales, est gratuit concernant une partie des installations et ouvrages décrits à l'art. 54 al. 2 let. a de la loi valaisanne sur l'utilisation des forces hydrauliques [LcFH ; RS/VS 721.8]), mais a lieu, moyennant une équitable indemnité, pour les installations servant à la production (art 54 al. 2 let. b LcFH). En outre, selon Fournier, le droit retour est, dans l'esprit du législateur, la rétribution partielle de la force concédée. L'objectif originel des concessions était en effet de financer par des capitaux privés des infrastructure d'intérêt public. Il équilibre la concession, en ce sens qu'en sachant qu'il devra laisser au concédant l'ouvrage amorti, le concessionnaire prévoit de rentabiliser le capital investi. Il constitue l'un des instruments principaux de la politique énergétique et de l'utilisation des forces hydrauliques dans l'intérêt public (Fournier, op. cit., p. 235 s.). On ne saurait y voir, comme les appelantes, la contrepartie de la mise à disposition de la parcelle n° 1.

**4.3.3** Citant enfin une jurisprudence fédérale (ATF 107 II 44 consid. 1b) disposant que l'appartenance d'un bien au patrimoine administratif suppose que l'Etat ait le pouvoir d'en disposer, les appelantes considèrent que le droit de retour ne constitue en rien un pouvoir de disposer de l'immeuble par la collectivité publique eu égard à la très longue durée de la concession. Ce droit de retour serait ainsi davantage comparable au retour à la fin du droit de superficie.

Pour qu'une chose ait la qualité de bien du domaine public, elle doit remplir une double condition, savoir que la collectivité publique ait le pouvoir d'en disposer et ensuite qu'elle l'affecte à une fin d'intérêt public. L'Etat peut exercer le pouvoir de disposer comme propriétaire, mais également en tant que titulaire d'une servitude ou d'un droit personnel (Grisel, Traité de droit administratif, vol. II, 1984, p. 529 et 531). Le droit de retour - pour autant qu'il soit exercé à l'expiration de la concession - ne concerne que l'ouvrage hydroélectrique et ne remet nullement en cause le pouvoir de disposition de la Bourgeoisie de A. sur la parcelle n° 1, laquelle est demeurée propriété de cette collectivité

publique (cf. Dubey/Zufferey, op. cit., n° 1507). Le grief des appelantes est ainsi dénué de pertinence.

**4.4** En conclusion, la parcelle no 1 du cadastre de la Commune de A., qui non seulement appartient par nature au domaine public bourgeoisial - insaisissable -, mais est également affectée à un but d'intérêt public en tant qu'elle supporte l'usine de pompage-turbinage de Y., n'est pas susceptible d'être grevée d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs.

**5.1** Au même titre que les appelantes, qui se prévalent de l'acquisition de l'immeuble n° 2 par une société privée, il faut admettre que l'appartenance de cet immeuble au domaine public est contestable. Dans les années cinquante, les anciens propriétaires du bien-fonds, les CFF, ont réalisé le barrage de B. (Wyer, op. cit., 2008, p. 214). Par acte authentique du 22 mai 2014, ils ont transféré la propriété de la parcelle n° 2 à Y. SA au prix de xx xxx xxx francs. Or une chose perd la qualité de bien du domaine public, si l'Etat est privé du pouvoir d'en disposer (en cas de vente) ou s'il procède à sa désaffectation (Grisel, op. cit., p. 531). Bien que la propriété des eaux du lac de retenue de cette parcelle suscite des interrogations, l'immeuble n° 2 constitue, selon les registres publics officiels (art. 9 al. 1 CC), une propriété privée. Cela ne signifie encore pas qu'elle peut faire l'objet d'un gage.

L'acte notarié indique en effet que ladite parcelle est sise en « zone d'installations publiques » et on doit reconnaître qu'elle sert, à l'instar de sa parcelle voisine, à une tâche d'intérêt public. Le Tribunal fédéral admet que les immeubles appartenant à un propriétaire privé ou à une corporation de droit privé peuvent être grevés de gage alors même qu'ils sont affectés à une tâche d'intérêt public (ATF 107 II 44). Cette jurisprudence est discutée en doctrine. Marchand estime qu'elle méconnaît l'art. 11 LPCom qui dispose que, lorsqu'un immeuble privé est affecté à un but d'intérêt public, les gages existants doivent être radiés par le désintéressement des créanciers gagistes ou la fourniture de sûretés appropriées. L'auteur en déduit que « [c]e qui doit être défait lorsque l'immeuble est affecté à un but d'intérêt public ne devrait pouvoir être fait alors que l'immeuble est affecté à ce même but (Marchand, Commentaire romand, n° 8 ad art. 796 CC). Se référant à la jurisprudence fédérale (ATF 120 II 321 consid. 2b), il est d'avis qu'un immeuble privé affecté à un service public ne peut être grevé d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (Marchand, op. cit.,

n° 8 et 10 ad art. 796 CC). En l'espèce, la question de savoir si la parcelle n° 2 doit être ou non soustraite aux règles du droit privé peut demeurer ouverte puisque, comme il le sera démontré, la parcelle n° 2 ne saurait constituer l'objet du gage.

**5.2** Les appelantes, qui prônent le contraire, soutiennent que « les conduites de l'aménagement hydroélectrique ayant fait l'objet des travaux des demanderessees sont demeurées la propriété du concessionnaire, Y. SA », la concession de droit public faisant exception au principe de l'accession ancré à l'art. 667 al. 2 CC. Elles citent l'ATF 97 II 326 (consid. 5) qui admet que, si les conduites ont la qualité d'accessoires au sens de l'art. 676 CC, celui qui les a construites peut requérir l'inscription du gage où se trouve l'ouvrage dont elles proviennent, même s'il ne s'agit pas d'un fonds dominant faute de servitude foncière. Les appelantes font ainsi valoir que l'installation hydroélectrique, dont le but serait l'acheminement de l'eau vers la parcelle n° 2, doit lui être rattachée en tant qu'accessoire. Sans cet ouvrage, la production d'électricité et l'exploitation de la centrale hydroélectrique de Y. SA ne serait pas possible.

**5.3** Le premier juge avait écarté l'application de l'art. 676 CC et la jurisprudence y relative, en considérant qu'il n'y avait pas lieu de s'y référer, puisque, d'une part, la parcelle n° 2 faisait partie du patrimoine administratif et que, d'autre part, sa valeur n'était pas augmentée par l'installation de l'usine de pompage-turbinage sur la parcelle voisine, laquelle était bien au centre de la production et « profitait » des amenées d'eaux des lacs. Il était par ailleurs douteux que des cavernes, respectivement tunnels dans lesquels se situe l'installation, constituent des conduites au sens de l'art. 676 CC. Le cas d'espèce n'était en toute hypothèse pas similaire à celui traité dans l'ATF 97 II 326, de sorte que la question d'un cautionnement légal ne se posait que pour la parcelle n° 1.

**5.3.1** Selon le principe de l'accession (art. 667 al. 2 CC), le droit du propriétaire s'étend à tout ce qui est incorporé au sol, dont les constructions, les plantes et les sources. L'art. 676 CC constitue une exception à ce principe, en disposant que les conduites de desserte et d'évacuation qui se trouvent hors du fonds pour lequel elles sont établies sont présumées faire partie de l'entreprise dont elles proviennent ou à laquelle elles conduisent et appartenir au propriétaire de celle-ci. Elles sont désignées comme accessoires de cette

entreprise (art. 676 al. 1 CC). Par conduites, on entend les installations aptes à transporter des matières liquides (eau, lait, huile) ou gazeuses, de l'énergie (électricité) ou d'autres éléments tels que des signaux ou des données (lignes téléphoniques, câbles informatiques). L'art. 676 CC s'applique aussi aux canaux et aux téléphériques ainsi qu'aux installations de transport d'évacuation et de stockage, pour autant que la fonction de transport et d'acheminement l'emporte sur celle de stockage (Steinauer, op. cit. II, n<sup>os</sup> 1661 s.). Généralement, lorsqu'une entreprise de production et/ou de distribution d'électricité, de gaz, d'eau, d'huiles ou de produits analogues établit une conduite sur le fonds d'autrui, elle en est propriétaire, soit par l'effet d'une servitude de conduite, soit en vertu d'une concession sur le domaine public dont elle bénéficie (Steinauer, op. cit. II, n<sup>os</sup> 1662 et 1668). Mais la propriété de la conduite n'est pas suffisante pour l'entreprise ; il faut encore qu'elle puisse en disposer facilement, et en particulier qu'elle puisse aisément constituer un droit de gage sur la conduite de façon à pouvoir profiter de sa valeur économique pour obtenir du crédit (Steinauer, op. cit. II, n<sup>o</sup> 1668). Deux cas peuvent alors se présenter. Si la servitude de conduite est établie au profit d'un fonds qui appartient à l'entreprise ou au profit d'un droit distinct et permanent immatriculé dont celle-ci bénéficie (servitude foncière de conduite), son sort est nécessairement lié à celui du fonds dominant, dont elle est en quelque sorte partie intégrante. Mettre en gage les conduites ne fait alors pas de difficulté, car le créancier, qui a un droit de gage sur le fonds dominant profite par là-même de la valeur économique (Steinauer, op. cit. II, n<sup>o</sup> 1668a ; Bovey, Commentaire romand, n<sup>o</sup> 62 ad art. 839 CC). Par contre, si la servitude de conduite est personnelle, c'est-à-dire est établie au bénéfice de l'entreprise en tant que telle, la règle tirée de l'art. 676 al. 1 CC trouve application, puisque le propriétaire des conduites peut être différent de celui du fonds sur lequel se trouve l'entreprise dont elles dépendent (par exemple, si l'entreprise est au bénéfice d'un droit de superficie), voire différent et du propriétaire du fonds et de celui de l'entreprise (Steinauer, op. cit. II, n<sup>o</sup> 1666a et 1668a).

**5.3.2.** Il est généralement admis que le principe de l'accession ne s'applique pas en cas d'installations érigées sur la base d'une concession de droit public (ATF 131 II 420 consid. 3.1 ; Marchand, op. cit., n<sup>o</sup> 3 ad art. 676 CC ; Meier-Hayoz, op. cit., n<sup>o</sup> 37 ad art. 667 CC). Le titulaire d'une concession sur le domaine public est en effet propriétaire de la construction qu'il a réalisée (par ex. un barrage ; Steinauer, op. cit. II, n<sup>o</sup> 1624a et supra consid. 4.3.2 relatif au droit de

retour). Y. SA, de par sa qualité de concessionnaire, bénéficie d'un droit de propriété distinct de celui du fonds ayant toléré l'ouvrage litigieux. Dans cette mesure, l'art. 676 CC ne trouve pas application en tant que dérogation à l'art. 667 al. 2 CC (Meier-Hayoz, op. cit., n° 32 ad art. 676 CC).

**5.3.3.1** En vertu de l'art. 805 al. 1 CC, le gage immobilier frappe l'immeuble avec ses parties intégrantes et ses accessoires. La jurisprudence à laquelle se réfèrent les appelantes (ATF 97 II 326 consid. 5) pose comme principe que l'entrepreneur chargé par le propriétaire d'une carrière de la construction d'une installation de transport, d'évacuation et de stockage de matériaux de quartz, sur le fonds d'un tiers, pouvait être mis au bénéfice de l'hypothèque légale sur l'immeuble constituant la carrière, pour le cas où la qualité d'accessoire de l'installation et, partant, un droit de propriété distinct de celui du fonds où l'installation avait été faite seraient définitivement acquis. Constatant que l'installation était destinée à l'exploitation de la carrière (dont étaient extraits les minéraux de quartz), le Tribunal fédéral a indiqué que cette dernière constituait en effet pratiquement l'entreprise mentionnée à l'art. 676 CC et que la fourniture des matériaux et du travail pour la création de l'installation en avait augmenté la valeur, ce qui justifiait l'inscription sur ce fonds, de l'hypothèque légale ayant justement comme but de « garantir les créances des entrepreneurs et artisans pour la plus-value créée par leur construction (RO 41 I 293) ». Ce privilège était d'autant plus fondé que l'aliénation, la constitution en gage et la réalisation forcée de l'entreprise visée à l'art. 676 CC s'étendaient ipso jure aux conduites, en tant qu'accessoires. En outre, cela demeurerait conforme à la règle générale de l'art. 805 al. 1 CC, quand bien même la notion d'accessoires de l'art. 676 CC n'était pas celle définie à l'art. 644 al. 2 CC.

**5.3.3.2** En l'espèce, pour autant que l'ouvrage litigieux constitue une conduite - ce qui n'a pas été démontré -, seul le critère du rattachement comme accessoire au bien-fonds n° 2 est déterminant. Or, c'est à bon droit que le premier juge lui a dénié cette qualité, ayant justement relevé que la production électrique interviendrait au cœur même de la parcelle n° 1, où se trouvent les éléments principaux de l'aménagement hydroélectrique (dont font partie la caverne des machines, celle des transformateurs, les différentes galeries et les chambres d'eau, celles pour les vannes. L'eau stockée du lac B. y sera turbinée après son passage dans deux puits verticaux, puis déversée dans le lac C. au

travers d'une galerie. Lorsque les besoins en électricité seront moindres, l'eau du lac C. sera pompée vers le lac B. Le barrage de B., qui a été rehaussé de 20 mètres afin de doubler sa capacité, a pour fonction de stocker l'énergie renouvelable et servira manifestement à alimenter les cavernes de la centrale hydroélectrique se trouvant sous la parcelle n° 1. Dans cette mesure, il en constitue un élément matériel essentiel. Tel ne serait pas le cas s'agissant d'une centrale au fil de l'eau, fonctionnant sans un tel édifice. L'aménagement hydroélectrique sis sous la parcelle no 1, dont fait partie l'ouvrage litigieux, ne constitue donc ni un accessoire ni une partie intégrante, au sens de l'art. 642 al. 2 CC, du barrage de B., érigé sur l'immeuble n° 2. La jurisprudence invoquée par les appelantes ne saurait s'appliquer au cas d'espèce par analogie.

**5.4** Il découle de ce qui précède que la parcelle n° 2 du cadastre de la Commune de A. ne peut être l'objet d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs en lien avec les travaux litigieux.

**6.1** Cela étant, le problème soulevé par les appelantes, résidant dans l'absence d'identité du propriétaire de l'ouvrage et de celui du fonds dans lequel il a été construit, demeure entier. L'immeuble n° 1, s'il était réalisable, ne constituerait une sûreté pour les prétentions des appelantes qu'en tant qu'il supporte l'aménagement hydroélectrique. Or, comme nous l'avons vu, celui-ci ne lui est pas rattaché. L'art. 837 al. 2 CC, qui offre la garantie conférée par l'hypothèque légale aux créances dont le débiteur est un locataire, un fermier ou une autre personne ayant un droit sur l'immeuble - pour autant que le propriétaire foncier ait consenti aux travaux - règle uniquement l'absence d'identité entre la personne étant propriétaire de l'immeuble et celle ayant commandé les travaux. Les autres tiers concernés par l'art. 837 al. 2 CC, peuvent être des titulaires de droits d'habitation ou d'usufruits, ou encore les futurs acquéreurs de l'immeuble (Message du 27 juin 2007, FF 2007 5015/5052). Selon Schumacher, leur situation juridique doit être comparable à celle des locataires et des fermiers, lesquels ont la maîtrise effective (possession) de l'immeuble et ne détiennent aucun droit réel sur celui-ci (Schumacher, *Das Bauhandwerkerpfandrecht*, *Ergänzungsband zur 3. Auflage*, 2011, n° 200 ss). Entre également en ligne de compte le titulaire d'un droit de superficie non distinct et permanent ou d'une part de copropriété (par étages) non inscrits comme immeuble au registre foncier (Carron/Felley, *L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs* : ce qui change et ce qui reste, in

Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, 2012, n° 29 ; cf. également sur le sujet Reetz, Bauhandwerkerpfandrecht, Verwaltungsvermögen und das neue Recht, in : DC 2010, p. 120/123).

**6.2** En l'occurrence, Y. SA, titulaire d'un droit distinct et permanent, inscrit comme immeuble au registre foncier (art. 655 al. 2 ch. 2 CC), ne s'apparente pas aux tiers visés à l'art. 837 al. 2 CC. Aucune garantie, que ce soit sous la forme d'une hypothèque légale grevant l'immeuble n° 1 ou sous celle du cautionnement légal de la Bourgeoisie de A., ne peut dès lors être octroyée aux appelantes pour leurs prétentions pécuniaires.

**6.3** La propriété de l'aménagement hydroélectrique n'ayant de valeur que pour autant que son titulaire puisse bénéficier des droits d'eaux concédés, l'ouvrage litigieux, qui rend possible l'utilisation des eaux publiques, a été constitué au profit de la concession et y est donc intimement lié. En tant qu'immeuble au sens de l'art. 655 al. 2 ch. 2 CC, la concession peut être grevée de droits réels limités immobiliers et son transfert est possible s'il est autorisé par l'autorité concédante et non contraire à l'intérêt public (art. 42 LFH ; Steinauer, Commentaire romand, n° 9, 13 et 16 ad art. 655 CC). Il est également soumis aux règles sur la réalisation forcée des immeubles (art. 1 ORFI ; Steinauer, op. cit. II, n° 1515). La demande en inscription du gage aurait ainsi dû porter sur cet immeuble et non pas sur les parcelles n<sup>os</sup> 1 et 2. Peut demeurer indécise la question de savoir si le but d'intérêt public poursuivi par la concession contreviendrait à une telle inscription.

**7.** Finalement, les appelantes doivent se voir déboutées de l'ensemble de leurs conclusions principales et subsidiaires, celles formulées à titre provisionnel étant dénuées d'intérêt, dès lors que l'appel emporte effet suspensif (art. 315 al. 1 CPC). Le prononcé de première instance sera confirmé dans son ensemble. Ainsi, il sera constaté que les parcelles litigieuses ne peuvent être grevées d'une hypothèque légale, précision faite que ce constat vaut pour la parcelle n° 2 uniquement en lien avec les travaux ayant fait l'objet du présent litige. La radiation des hypothèques légales provisoires grevant ces deux parcelles pourra intervenir sur réquisition des appelées auprès du registre foncier compétent.