

La concession de forces de l'eau dans la jurisprudence du Tribunal fédéral

Autor(en): **Lorétan, Rodolphe**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **59 (1940)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896179>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

La concession de forces de l'eau dans la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Par Rodolphe Lorétan, Dr en droit, avocat,
à Lausanne.

TABLE DES MATIERES.

Première partie.

Chapitre 1. Nature et portée de l'article 50, alinéa 1 LFH	67
§ 1. Nature de l'article	67
§ 2. Notion du délai de construction	68
§ 3. Durée du délai	68
§ 4. Redevance et prestation en nature	69
§ 5. Inobservation du délai	71
§ 6. Cas de la concession ne prévoyant pas de délai	72
§ 7. Spéculation sur les forces hydrauliques	73
Chapitre 2. Disposition contraire au droit	74
§ 1. Renonciation à l'exercice de droits publics . .	74
§ 2. Nullité de la disposition	76
§ 3. Nullité totale ou partielle?	79
Chapitre 3. Portée de l'article 50, alinéa 2 LFH	79

Deuxième partie.

Chapitre 1. Dispositions obligatoires; inexécution d'obligations, fin de la concession; registre foncier	80
§ 1. Dispositions obligatoires de la concession	80
§ 2. Inexécution d'obligations incombant au concessionnaire, fin de la concession	82
§ 3. Inscription du droit d'eau au registre foncier . .	83
Chapitre 2. Rétroactivité; maximums du droit fédéral. .	84
§ 1. Effet rétroactif de la LFH	84
§ 2. Limites maximums du droit fédéral	86
Chapitre 3. Légalité de l'article 22 du Règlement du 12 février 1918	87

Troisième partie.

Chapitre 1. Interprétation; changement de législation; revisions	92
§ 1. Interprétation de l'acte de concession	92
§ 2. Effets du changement de législation	94
§ 3. Revisions périodiques	96
Chapitre 2. Contestations entre l'autorité concédante et le concessionnaire	97
§ 1. Juridiction administrative	97
§ 2. Tribunal fédéral et Conseil fédéral	98
§ 3. Prorogation de for	98
§ 4. Forme du litige	99
§ 5. Contestation entre autorité concédante et concessionnaire	100
§ 6. Droits et obligations découlant de la concession	100
§ 7. Nature de l'article 71 LFH	101
Chapitre 3. Nature juridique de la concession de droits d'eau	102
§ 1. Définition adoptée par le Tribunal fédéral	102
§ 2. Critique de cette définition	105
§ 3. Esquisse d'une définition	108
Table des arrêts publiés	112
Principaux arrêts non publiés	114
Note sur l'arrêt Obwalden c. Centralschweizerische Kraftwerke AG.	114

Ces pages contiennent un exposé des solutions du Tribunal fédéral, en matière de concession hydraulique, depuis 1918 (entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques, LFH).

La plupart de ces solutions sont sans lien entre elles.

La troisième partie groupe, cependant, les problèmes qui ont trait à la nature du rapport de concession (chapters 1 et 2). L'étude des réponses du Tribunal fédéral nous amène à examiner, dans le chapitre 3, la théorie de la concession adoptée par la Cour. Nous avons fait suivre cet examen d'une esquisse de définition.

Le droit administratif est un droit de formation récente. Sa doctrine n'est pas encore bien établie: | a

jurisprudence lui fournit une matière première dont elle ne peut se passer.

Il sera également utile au praticien, croyons-nous, d'avoir une vue d'ensemble sur cette jurisprudence des forces hydrauliques¹⁾, remarquable par le sens des réalités et de l'équilibre équitable qu'elle manifeste.

Première partie.

Chapitre 1.

Nature et portée de l'article 50, alinéa 1 LFH.

§ 1. Nature de l'article.

L'art. 50, al. 1 prescrit que „durant le délai fixé pour la construction, il n'est pas perçu de redevance“.

Dans l'arrêt Lonza c. Valais, le TF a défini la nature de l'art. 50, al. 1.

Cette disposition procure au concessionnaire une facilité d'ordre financier. Elle le fait dans un but d'intérêt public: par cet allègement le législateur veut stimuler l'exploitation des forces hydrauliques, dans l'intérêt de l'économie nationale. L'art. 50, al. 1 est donc incontestablement de droit public²⁾.

Et l'arrêt Dixence c. Evolène précise: „Cette disposition part de l'idée que la redevance est payée sur le revenu d'exploitation. L'art. 50 veut éviter qu'une entreprise soit obérée du paiement de redevances, avant d'avoir

¹⁾ Tous les arrêts publiés du TF, dans le domaine de l'utilisation des forces hydrauliques, se rapportent aux concessions, sauf un seul, dont on trouvera le résumé à la suite de la table des arrêts.

²⁾ P. 178. Le TF remarque encore à la même page: „Allein es soll doch berücksichtigt werden, daß der Wasserzins eine Abgabe auf dem Betriebe ist, daß er normalerweise aus dem Ertrag, den der Betrieb liefert, bestritten werden muß, und nicht den Anlagekonto belasten soll, daß während der Baufrist ein solcher Ertrag noch nicht vorhanden ist.“

un revenu industriel". Cela en vue de „faciliter l'équipement des forces hydrauliques"³⁾.

§ 2. Notion du délai de construction.

Dans la règle, la concession prévoit deux délais⁴⁾. Un délai préliminaire (ou préalable, Vorfrist), pendant lequel le concessionnaire doit achever les études et les plans que supposent les constructions. Le délai de construction proprement dit (eigentliche Bauperiode), au cours duquel le concessionnaire doit construire les installations hydro-électriques.

Le „délai fixé pour la construction", au sens de l'art. 50, al. 1, comprend-il ces deux périodes, ou n'implique-t-il au contraire que le délai de construction proprement dit?

Le TF a jugé que le „délai" de l'al. 1 englobait les deux périodes⁵⁾.

Cette solution est conforme à la ratio de l'art. 50, al. 1. Celui-ci veut éviter, dans l'intérêt de l'économie nationale, „qu'une entreprise soit obérée du paiement de redevances, avant d'avoir un revenu industriel"⁶⁾. On irait donc à l'encontre de l'idée sur laquelle repose l'art. 50, al. 1 en n'exemptant pas le concessionnaire des redevances pendant le délai préalable aussi.

§ 3. Durée du délai.

Le TF a examiné cette question dans l'affaire Lonza c. Valais. D'après cet arrêt, peu importe que le délai soit plus ou moins long ou court, que la période préalable (l'arrêt vise spécialement cette période) ne comprenne que le temps absolument nécessaire pour les préparatifs ou qu'elle ait été au contraire largement mesurée⁷⁾. Le juge

³⁾ P. 438. P. 436: „L'art. 50 est d'ordre public".

⁴⁾ Voir aussi l'art. 54, lettre e LFH.

⁵⁾ Lonza c. Valais, p. 179.

⁶⁾ Dixence c. Evolène, p. 438.

⁷⁾ P. 178 s.

accepte le délai tel que le prévoit la concession. Il s'en remet, pour que les périodes restent dans des limites acceptables, à l'appréciation de l'autorité concédante et à la compétition éventuelle de différents candidats à l'octroi. L'intérêt de l'autorité à l'utilisation rapide des forces concédées et la concurrence de plusieurs requérants empêcheront, dans la règle, qu'un délai préalable plus largement mesuré ne s'étende au-delà du maximum indiqué par les circonstances, dit le TF dans notre arrêt⁸⁾.

Il importe de préciser la pensée de la Cour en posant que le délai de construction doit être raisonnable.

Le délai raisonnable est celui qui tient compte des intérêts des parties à la concession, dans le cadre de l'intérêt général, c'est-à-dire l'intérêt de la communauté à l'exploitation rationnelle des forces hydrauliques, l'intérêt de l'économie nationale.

L'exemption de l'art. 50, al. 1, qui est basée sur l'intérêt général, suppose que le temps d'exemption soit conforme à cet intérêt général.

Le juge ne saurait s'en remettre purement et simplement à l'appréciation administrative et à la concurrence, admettre sans autre examen que le délai fixé dans la concession est raisonnable. Il doit au besoin le corriger, l'adapter à la ratio de l'art. 50, al. 1.

§ 4. Redevance et prestation en nature.

La redevance est une prestation périodique en argent. Elle est une des contre-prestations que le concessionnaire doit à l'autorité publique pour le droit d'eau concédé. Le terme allemand est „Wasserzins“.

En général, les concessions prévoient à la charge du concessionnaire, à côté et en plus des redevances, des prestations en nature.

Ainsi, la concession de l'arrêt Dixence c. Evolène imposait au concessionnaire l'obligation de fournir gratuite-

⁸⁾ P. 179.

ment de l'énergie électrique aux ménages de la commune d'Evolène et pour des usages publics (éclairage de l'église d'Evolène, de la maison de commune, des maisons d'école et des rues et places de village . . .). Le concessionnaire s'était engagé à payer, jusqu'à la mise en marche de l'usine, en lieu et place des prestations en nature, des annuités de 10'000 francs.

Les prestations en nature ne sont pas des redevances au terme de l'art. 50, al. 1. La loi oppose en effet systématiquement ces deux sortes de prestations. A l'art. 48 LFH, le législateur distingue la redevance (Wasserzins) des prestations en nature, livraison d'eau ou d'énergie (Abgabe von Wasser oder Kraft). „Cette distinction n'est pas de pure forme, ainsi qu'il ressort clairement des art. 48, 49 et 50, al. 2; tandis que la redevance annuelle ne peut excéder une certaine somme, fixée par la loi proportionnellement au rendement théorique des forces utilisées, somme qui doit être réduite de plein droit dans certaines circonstances, aucune limite n'est imposée pour les prestations en nature et autres charges; exceptionnellement, le Conseil fédéral peut être appelé à en fixer le maximum, lorsqu'elles grèvent d'une façon excessive l'utilisation de la force“. Et il n'y a pas de raison d'admettre que le terme technique „redevance“ ait à l'art. 50, al. 1, un sens différent, plus large, que dans les autres articles de loi cités⁹⁾.

Les prestations en nature, les annuités qui les remplacent temporairement, sont-elles, pour autant, dues avant la mise en marche, pendant le délai de construction? L'obligation de les payer est-elle conciliable avec l'esprit de la loi?

Le TF pense que oui¹⁰⁾. Il nous semble, au contraire, qu'elle ne l'est pas.

Il est vrai que l'art. 50, al. 1 ne vise expressément que les redevances. Mais l'idée qui l'anime dépasse les

⁹⁾ Dixence c. Evolène, p. 439.

¹⁰⁾ Dixence c. Evolène, p. 439 s.

termes de la prescription. Le législateur a exempté le concessionnaire des redevances (plus exactement des équivalents des redevances)¹¹⁾, parce que celles-ci sont normalement payées sur le revenu d'exploitation et que pendant la période de construction ce revenu n'existe pas encore. L'art. 50, al. 1 veut donc décharger le concessionnaire de prestations pour le temps (raisonnable) pendant lequel il est privé de la source économique de ces prestations. Or, les prestations en nature sont prélevées sur la production industrielle et cette production n'existe que dès la mise en marche de l'usine. Exiger du concessionnaire des équivalents, des annuités, pendant le délai de construction, soit avant qu'il puisse disposer d'une production industrielle, c'est méconnaître l'idée qu'implique l'art. 50, al. 1. Les termes de cette disposition sont trop étroits. Le juge doit remédier à cette déficience verbale en appliquant par analogie aux annuités la règle d'intérêt général de l'al. 1.

En admettant que les annuités sont licites, le TF compromet d'ailleurs l'application de l'art. 50, al. 1, même dans son sens littéral, strict. En effet, par le détour des annuités, l'autorité concédante impose au concessionnaire les redevances que les termes de l'art. 50, al. 1 l'empêchent de prélever.

§ 5. Inobservation du délai.

Dès l'expiration du délai prévu dans l'acte d'octroi, ou, cas échéant, de la période raisonnable fixée par le juge, le concessionnaire sera tenu de fournir, s'il n'a pas achevé ses constructions, des équivalents tant pour les redevances¹²⁾ que pour les prestations en nature.

¹¹⁾ Comme le calcul des redevances se fait sur la base des chevaux (effectifs ou théoriques), les concessions qui prévoient à la charge du concessionnaire, *contra legem*, des redevances dès le début, indiquent des forfaits annuels pour la durée du délai de construction.

¹²⁾ Lonza c. Valais, p. 180.

Rappelons aussi que l'art. 65 LFH permet à l'autorité concédante de déclarer le concessionnaire déchu de ses droits s'il n'observe pas les délais prescrits dans la concession.

Qu'en est-il lorsque le concessionnaire fait preuve d'une grande diligence et termine ses constructions avant que le délai soit écoulé?

Il devra les redevances, opine le TF dans l'arrêt *Lonza c. Valais*¹³⁾. Il devra aussi, dès la mise en service, les prestations en nature.

§ 6. Cas de la concession ne prévoyant pas de délai.

Dans l'arrêt *Lonza c. Valais*, le TF avait jugé que l'art. 50, al. 1 ne s'appliquait pas au cas où le concessionnaire ne s'était pas engagé à construire une usine déterminée, où la concession ne prévoyait par conséquent pas de délai de construction¹⁴⁾.

Dans l'arrêt *Dixence c. Evolène*, la Cour a précisé: „Ce qui exclut l'application de l'art. 50, ce n'est pas le fait qu'une concession n'imposerait pas expressément au concessionnaire l'obligation de construire une usine déterminée, mais le fait qu'elle ne lui impartirait pas un délai déterminé pour s'exécuter. La fixation d'un délai implique, à elle seule, l'obligation de construire dans le terme fixé“.¹⁵⁾

Le TF applique cette théorie dans l'arrêt *Leuk-Leukerbad*. L'acte d'octroi ne fixait pas de temps de construction. La Cour en a conclu que l'art. 50, al. 1 n'était pas applicable et que le concessionnaire ne pouvait s'en prévaloir¹⁶⁾.

¹³⁾ P. 180.

¹⁴⁾ P. 179. On trouve la même opinion dans le commentaire Geiser, Abbühl et Bühlmann, p. 185 s.

¹⁵⁾ P. 437.

¹⁶⁾ P. 311 s.

La solution du TF ne nous semble pas résister à l'examen.

L'art. 50, al. 1 procure un allègement dans l'intérêt de l'économie nationale. Il est d'ordre public. Or, on ne saurait faire dépendre de la volonté des parties l'application d'une règle d'intérêt général et d'ordre public. On ne peut donc admettre que les parties excluent l'art. 50, al. 1 en ne prévoyant pas de délai de construction. Toute concession doit indiquer un tel délai. Si l'acte est muet sur ce point, il appartiendra au juge de fixer le délai raisonnable qu'exigent les intérêts des parties et l'ordre public.

L'obligation de prévoir une période de construction découle donc directement de l'art. 50, al. 1. Pour les concessions de plus de cinquante chevaux, l'art. 54 LFH¹⁷⁾ exige également des normes relatives „aux délais pour le commencement des travaux et la mise en service“, c'est-à-dire aux périodes, préalable et principale, qui, ensemble, font le délai de l'art. 50, al. 1.

On peut se demander qui profite, dans la solution admise par le TF, de la carence de délai.

L'autorité peut percevoir les redevances, l'art. 50 ne s'appliquant pas. Le concessionnaire peut construire quand bon lui semble. Les deux parties tirent donc profit du silence de la concession.

Ces avantages réciproques sont éminemment contraires à l'esprit de l'art. 50, al. 1, qui, encore une fois, décharge le concessionnaire de certaines prestations, pendant un certain temps, dans l'intérêt de l'économie nationale, afin de stimuler la mise en valeur — et une prompte mise en valeur — des forces hydrauliques.

§ 7. Spéculation sur les forces hydrauliques.

Il arrive que le premier concessionnaire, au lieu de construire, transfère ses droits à un nouveau concession-

¹⁷⁾ Qui énumère les dispositions obligatoires de l'acte d'octroi.

naire. Il est évident que cette possibilité ou ce fait ne changent rien à la solution des problèmes envisagés.

Dans l'arrêt *Dixence c. Evolène*, le TF remarque qu'une redevance „imposée durant la période de construction à un concessionnaire qui aurait acquis la concession pour la rétrocéder, finirait indirectement par frapper l'entreprise, car le concessionnaire se récupérerait nécessairement sur celui qui se ferait céder la concession pour l'exploiter industriellement. L'entreprise serait ainsi grevée de la charge excessive que l'art. 50 a pour but d'éviter en vue de faciliter l'équipement des forces hydrauliques¹⁸⁾.

L'autorité pourra d'ailleurs s'opposer au transfert de la concession (art. 42 LFH).

La spéculation sur les forces hydrauliques présente naturellement les inconvénients et les avantages de la spéculation en général.

Si, par suite du transfert, le délai de construction n'est pas observé, le concessionnaire actuel payera les équivalents prévus dans la concession. L'autorité pourra faire usage des facultés que lui confère l'art. 65 LFH.

Chapitre 2.

Disposition contraire au droit.

§ 1. Renonciation à l'exercice de droits publics.

Dans la concession de l'arrêt *Lonza c. Valais*, le canton et son concessionnaire avaient prévu, contrairement à l'art. 50, al. 1, des redevances annuelles payables aussi pendant le délai de construction. Après avoir payé les redevances, sans protester, jusqu'en 1920, le concessionnaire ouvrit action à l'Etat en 1921. Il demandait au tribunal de constater que le canton n'était pas en droit de percevoir des redevances pendant le temps fixé pour la construction.

¹⁸⁾ P. 438.

Le TF a jugé¹⁹⁾ que la disposition attaquée n'était pas nulle, mais simplement annulable, que le concessionnaire pouvait valablement renoncer, à l'occasion de chaque règlement de comptes annuel, à l'exercice du droit que lui conférait l'art. 50, al. 1 (renonciation particulière, et non renonciation générale, exprimée d'avance).

En droit public, dit l'arrêt, les règles légales sont en principe impératives. Exceptionnellement elles sont de portée dispositive, lorsque leur texte le prévoit ou lorsque ce caractère dispositif résulte de la nature du cas (Natur der Sache). D'autre part, on ne saurait renoncer à des droits subjectifs publics (aux droits comme tels), à moins que la loi ne prévoie spécialement le contraire ou que la solution contraire ne résulte en toute clarté de la nature du droit.

En ce qui concerne l'art. 50, al. 1, qui est de droit public, ni son texte, ni sa nature n'impliquent qu'il ait une portée dispositive ou qu'il confère un droit auquel le concessionnaire pourrait renoncer.

La nature impérative de l'art. 50, al. 1 ressort d'ailleurs directement de ce qu'il sauvegarde des intérêts publics et généraux. Ses termes aussi prouvent son caractère impératif.

L'autorité concédante est donc tenue, poursuit l'arrêt, d'observer l'art. 50, al. 1. Elle n'en est pas dispensée par l'acquiescement (général) du concessionnaire. Celui-ci ne peut valablement renoncer au droit (comme tel) que lui reconnaît l'art. 50, al. 1.

Par contre, on peut d'ordinaire renoncer, à chaque occasion particulière, à l'exercice de son droit public (surtout lorsqu'il s'agit de facultés patrimoniales)²⁰⁾. En payant, chaque an, les redevances, sans faire de réserves, jusqu'en 1921, la Lonza a renoncé pour chacune de ces années à l'exercice de son droit à l'exemption légale.

¹⁹⁾ P. 180 ss.

²⁰⁾ „Von der Ausübung seines Rechts im einzelnen Falle abzusehen und dadurch auf den einzelnen aktuellen Anspruch zu verzichten“, p. 181.

La clause de la concession Lonza/Valais contraire au droit est annulée; elle ne sortira plus effets. Les paiements effectués sans réserves par le concessionnaire restent, par contre, valablement acquis à l'autorité²¹).

Le TF reprend ces principes de solution dans l'arrêt Dixence c. Evolène²²).

Il les rappelle également dans l'arrêt Klosters²³).

§ 2. Nullité de la disposition.

A l'examen, ces arrêts soulèvent des objections.

Certes, l'art. 50, al. 1 est de droit public et impératif. Il s'impose à l'autorité concédante.

La théorie de la renonciation aux droits subjectifs publics, par contre, est sujette à caution. Elle est de ces théories très générales du droit public, du droit administratif en particulier, affirmées par les uns, rejetées par les autres, et qui n'emportent guère conviction (on remarquera le caractère imprécis des expressions telles que „Natur der Sache“, „on peut d'ordinaire renoncer“, „surtout lorsqu'il s'agit de droits patrimoniaux“, etc.). Son application au cas particulier de l'arrêt Lonza c. Valais suppose d'ailleurs que l'art. 50, al. 1 confère au concessionnaire un droit subjectif public. Or, rien ne le prouve. On ne peut en particulier tirer argument de l'art. 43 LFH, qui vise le „droit d'utiliser le cours d'eau“.

Il est, nous semble-t-il, plus sûr de trouver une solution dans la ratio de l'art. 50, al. 1.

Or, comme le note le TF lui-même²⁴), cette disposition a moins pour but de sauvegarder les intérêts du concessionnaire, que d'encourager la mise en valeur des forces hydrauliques dans l'intérêt de l'économie nationale. Elle n'a pas été prévue pour avantager le concessionnaire. Elle

²¹) Voir les auteurs cités dans l'arrêt. Egalement: Spillmann, Die bundesrechtliche Beschränkung.

²²) P. 440.

²³) Cons. B, 5, c.

²⁴) Lonza c. Valais, p. 178.

est avant tout d'utilité générale. Elle s'impose donc tant à l'autorité concédante qu'au concessionnaire. Celle-là ne peut se dispenser d'observer l'art. 50, al. 1. Celui-ci ne saurait davantage renoncer au bénéfice de l'art. 50, al. 1, ni de façon générale, ni à l'occasion d'un règlement de comptes particulier (pour telle redevance annuelle), puisqu'on n'a pas établi l'exemption dans son intérêt. On ne peut tolérer que le concessionnaire dispose d'un allègement créé au profit de l'économie nationale.

Il faut donc admettre que la clause contraire à l'art. 50, al. 1 est irrémédiablement nulle. Ce que le concessionnaire paie en vertu de cette clause nulle représente un enrichissement illégitime de l'administration. L'autorité est tenue de restituer, sauf prescription (art. 67 CO, 86 LP).

Si l'on examine, d'autre part, d'un point de vue pratique, le problème que pose la norme contraire à l'art. 50, al. 1, il faut reconnaître que le concessionnaire ne consent à la clause illicite que sous la pression économique de l'autorité. Cette pression est possible, parce que la corporation concédante détient le bien économique recherché et aussi parfois du fait que l'autorité tire profit de la concurrence de plusieurs amateurs. Permettre une renonciation, ne fût-ce que dans de certaines limites, comme le fait le TF, c'est sanctionner dans cette mesure la contrainte exercée par le pouvoir administratif.

Seule la nullité absolue de la clause répond à la nature de l'art. 50, al. 1, comme aux exigences de la pratique.

Le TF n'admet pas que la clause soit nulle. Il tire cette conclusion du raisonnement suivant:

La concession de forces hydrauliques n'est pas un contrat de droit privé. L'art. 20, al. 1 CO, qui prescrit la nullité de la norme contractuelle contraire au droit, de la norme contractuelle illicite, ne s'applique donc pas. La concession est un acte de l'administration (*Verfügung der administrativen Behörde*), qui ressemble à un jugement. Un acte administratif peut aussi être nul par suite de

vices qui l'affectent. Cependant, on ne peut admettre la nullité absolue d'un acte administratif qu'en cas de vices les plus graves (allergröbste Verstöße). Or, on ne saurait considérer une contradiction du contenu de l'acte d'octroi avec la loi comme un vice d'une gravité suffisant à entraîner la nullité de la clause illicite²⁵).

A ces arguments (qui n'ont pas le mérite de la précision: les termes „allergröbste Verstöße“, entre autres, sont très vagues), on peut opposer que l'art. 20, al. 1 CO applique au domaine contractuel un principe juridique fondamental et général. Il ne repose nullement sur l'idée de l'égalité contractuelle, mais sur le principe que le droit doit être respecté et que toute clause adoptée en contravention d'une loi impérative ne peut sortir effets. Ce principe est tout aussi nécessaire, tout aussi indispensable en droit public qu'en droit contractuel privé. Dans un Etat de droit, l'inobservation de règles impératives par l'autorité et ses concessionnaires doit choquer autant, sinon plus, que la violation de ces normes par des particuliers.

Si l'on voulait d'ailleurs admettre le point de départ du TF, il faudrait alors, croyons-nous, conclure que la contradiction avec une loi impérative est de ces „allergröbste Verstöße“ susceptibles d'entraîner la nullité de la clause illicite²⁶).

Le concessionnaire peut faire valoir la nullité de la clause violant l'art. 50, al. 1 et son droit à des restitutions éventuelles dans la procédure prévue à l'art. 71 LFH²⁷). L'autorité concédante, qui n'a pas observé un article impératif et a poussé le concessionnaire à consentir à la clause et aux paiements contraires à l'article d'exemption, ne peut lui opposer qu'il agit de mauvaise foi en invoquant cette exemption²⁸).

²⁵) Lonza c. Valais, p. 182 ss.

²⁶) C'est aussi l'opinion de Fleiner, Institutionen, trad. Eisenmann, p. 129 s.

²⁷) Lonza c. Valais, p. 173.

²⁸) Lonza c. Valais, p. 182 s.

§ 3. Nullité totale ou partielle?

Reste à résoudre la question suivante: l'illégalité de la clause contraire à l'art. 50, al. 1 entraîne-t-elle la nullité de toute la concession?

Le TF écarte une application analogique de l'art. 20, al. 2 CO²⁹). Cette disposition tient compte de la volonté des parties, qui en droit public est loin de jouer le rôle primordial qu'elle revêt en droit privé, dit le TF. En matière d'actes administratifs il faut admettre dans une plus large mesure qu'en droit des contrats la nullité partielle³⁰).

Ces considérations souffrent d'un caractère incertain („dans une plus large mesure“ — „in weiterm Umfang“ —, etc.). On suit mieux le TF lorsqu'il soutient que la clause illicite en litige se présente comme une disposition secondaire indépendante. C'est pourquoi il faut limiter à elle l'invalidité³¹).

Chapitre 3.

Portée de l'article 50, alinéa 2 LFH.

L'al. 2 de l'art. 50 prévoit: „Pendant les six premières années à partir de l'expiration du délai de construction, le concessionnaire peut exiger que la redevance annuelle soit réduite en proportion de la force effectivement utilisée, mais de moitié au plus.“

Le concessionnaire peut renoncer au droit de l'al. 2 en n'exigeant pas une réduction de la redevance annuelle, bien que les conditions soient remplies, dit le TF dans l'arrêt Klosters³²).

²⁹) „Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles“.

³⁰) Lonza c. Valais, p. 185: „Es ist deshalb bei Verwaltungsakten eine bloß teilweise Ungültigkeit in weiterm Umfang anzunehmen, als es bei den Verträgen des Zivilrechts möglich ist.“

³¹) Lonza c. Valais, p. 186. Doctrine: Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte.

³²) Cons. B, 5, c.

Avec raison. L'al. 2 n'a pas la même portée que l'al. 1 de l'art. 50. Leurs textes le prouvent. L'al. 1 interdit d'une façon absolue le prélèvement de redevances pendant le délai fixé pour la construction. L'al. 2, en revanche, accorde au concessionnaire une faculté. Le concessionnaire „peut exiger“ une réduction quand l'hypothèse de la loi est réalisée. Il y a droit et non obligation.

Le fait que la loi accorde cette faculté au concessionnaire, dans son intérêt, mais aussi et surtout dans l'intérêt de l'économie nationale, ne change rien au système de l'al. 2, qui rend le concessionnaire juge de l'opportunité d'une réduction. Il y a, encore une fois, entre l'al. 1 et l'al. 2 une différence qui résulte nettement du texte de la loi.

Par contre, comme le remarque le TF, une renonciation générale au droit que confère l'al. 2, au cours des pourparlers ou dans l'acte d'octroi, est nulle.

Dans l'arrêt Klosters, notons-le en passant, le concessionnaire, qui avait droit à certaines restitutions pécuniaires de la part de l'autorité concédante, ne se vit cependant adjuger les intérêts moratoires de ces sommes que pour l'époque postérieure au jugement. Il n'avait en effet jamais adressé à l'autorité une mise en demeure indiquant les sommes réclamées. Or, en l'absence d'interpellation précise, il n'y a demeure et partant intérêts moratoires, ni en droit public, ni — en principe — en droit privé.

Deuxième partie.

Chapitre 1.

Dispositions obligatoires; inexécution d'obligations, fin de la concession; registre foncier.

§ 1. Dispositions obligatoires de la concession.

La LFH, à son art. 54, énumère les dispositions obligatoires, c'est-à-dire les clauses que doit contenir toute concession.

„Toute concession doit indiquer:

- a) la personne du concessionnaire;
- b) l'étendue du droit d'utilisation concédé; le débit en mètres cubes-secondes et le mode d'utilisation;
- c) la durée de la concession;
- d) les prestations du concessionnaire, telles que redevance annuelle, fourniture d'eau ou d'énergie, et autres charges ne résultant pas de prescriptions généralement obligatoires.

Les concessions de plus de cinquante chevaux contiendront en outre des prescriptions relatives:

- e) aux délais pour le commencement des travaux et la mise en service;
- f) au droit de retour ou au droit de rachat par la communauté concédante.“

Il ne suffit naturellement pas de baptiser un accord du nom de concession pour en faire un acte conforme au chapitre III de la LFH³³).

L'art. 54 est applicable aux concessions que régit le droit fédéral. Cependant, même les actes d'octroi soumis à la loi cantonale doivent en tout cas, pour être considérés comme tels, et sauf prescriptions plus sévères du droit du canton, indiquer la personne du concessionnaire, le droit concédé, la durée, les contre-prestations du concessionnaire. Les parties ne sauraient en effet se décider si elles ne sont pas au clair sur la durée et les prestations réciproques³⁴).

Dans le cas particulier de l'arrêt Lonza, on ne pouvait admettre que la loi valaisanne suppléait au silence de l'acte, parce qu'elle ne fixe que la durée maximum des concessions et les limites inférieure et supérieure de la taxe initiale et des redevances³⁵).

Dans les cantons où la loi prescrit l'homologation par une autorité supérieure (en Valais p. ex. la loi de 1898

³³) Lonza c. Valais, p. 176 s.

³⁴) Lonza c. Valais, p. 174.

³⁵) Lonza c. Valais, p. 174 s.

prévoit l'homologation du Conseil d'Etat pour les droits d'eau accordés par les communes), l'acte n'est parfait qu'avec cette confirmation³⁶⁾.

§ 2. Inexécution d'obligations incombant au concessionnaire, fin de la concession.

Aux termes de l'art. 64 LFH:

„La concession s'éteint de plein droit:

- a) par l'expiration de sa durée;
- b) par la renonciation expresse du concessionnaire“.

Le refus du concessionnaire d'exécuter les obligations qui découlent de l'acte d'octroi n'a pas pour effet d'éteindre la concession, d'après la LFH. Le pouvoir concédant peut uniquement s'en prévaloir pour déclarer le concessionnaire déchu de ses droits, dans les conditions de l'art. 65 LFH³⁷⁾.

Une norme cantonale qui prescrit la fin du rapport pour le cas où le concessionnaire n'accomplit pas ses obligations, n'est pas applicable aux droits d'eau postérieurs au 25 octobre 1908 (voir art. 74, al. 2 LFH). Elle vise une hypothèse envisagée et réglée par l'art. 65 à l'exclusion du droit cantonal, qu'il remplace³⁸⁾.

Dans l'arrêt Luzern-Engelberg, le TF résoud un autre problème relatif à l'inexécution des obligations du concessionnaire.

En droit public, pour que l'inaccomplissement de l'obligation de faire quelque chose (Verpflichtung zu einem Tun) entraîne des dommages et intérêts, il faut que la loi ou les parties aient prévu cette conséquence

³⁶⁾ Voir en particulier Leuk-Leukerbad, p. 310.

³⁷⁾ Leuk-Leukerbad, p. 311. L'art. 65 prévoit que „l'autorité concédante peut déclarer le concessionnaire déchu de ses droits: a) lorsqu'il n'observe pas les délais fixés par la concession, . . . b) lorsqu'il interrompt l'exploitation, . . . c) lorsque, malgré les avertissements de l'autorité, il contrevient gravement à des devoirs essentiels.“

³⁸⁾ Leuk-Leukerbad, p. 311 s.

ou que celle-ci résulte de la nature spéciale du rapport de droit. En ce qui concerne les concessions, il faut qu'une règle (légale ou conventionnelle) prévoie des dommages et intérêts. Lorsque pareille règle manque, on en reste à l'effet légal de l'inexécution: la caducité (art. 65 LFH)³⁹⁾.

§ 3. Inscription du droit d'eau au registre foncier.

L'art. 56 du Titre final du CC prescrit que „les concessions octroyées sur des eaux publiques pour trente ans au moins ou pour une durée indéterminée, sans être constituées en servitudes au profit d'un fonds, peuvent être immatriculées au registre foncier à titre de droits distincts et permanents“.

Cette disposition a été abrogée par l'art. 59 LFH, qui prévoit: „Les concessions octroyées pour trente ans au moins peuvent être immatriculées au registre foncier à titre de droits distincts et permanents“. On a donc supprimé les mots „sans être constituées en servitudes au profit d'un fonds“. Sous l'empire de la LFH, l'autorité ne peut, en effet, plus accorder de concessions au profit d'un fonds dominant, au bénéfice de ses propriétaires successifs. L'art. 40 LFH prévoit que le droit d'eau est octroyé à une personne physique ou morale nominativement désignée ou à une communauté de personnes.

Cependant, si l'administration a concédé des droits d'eau avant l'entrée en vigueur de la LFH en la forme de servitudes foncières, l'art. 59 LFH n'empêche nullement qu'ils ne restent inscrits dans la colonne des servitudes ou qu'ils n'y soient éventuellement portés. Cette interprétation n'est pas contraire à l'art. 45 du Titre final du CC, qui prescrit: „Les droits réels qui ne peuvent plus être constitués à teneur des dispositions relatives au registre foncier, ne seront pas inscrits, mais simplement mentionnés d'une manière suffisante“. En effet, ce ne

³⁹⁾ Luzern-Engelberg, p. 572.

sont pas les normes relatives au registre foncier qui font obstacle à la constitution de droits d'eau sous forme de servitudes foncières, mais bien celles de la LFH⁴⁰).

Chapitre 2.

Rétroactivité; maximums du droit fédéral.

§ 1. Effet rétroactif de la LFH.

L'art. 24bis de la Constitution fédérale prévoit à son al. 8 („Dès l'entrée en vigueur du présent article, la future législation fédérale sera réservée dans toutes les concessions hydrauliques“) d'une façon toute générale l'application rétroactive de la LFH aux concessions conclues dès l'entrée en vigueur de l'article constitutionnel, c'est-à-dire dès le 25 octobre 1908 (date à laquelle le peuple suisse et les cantons ont accepté la nouvelle norme 24bis de la Constitution).

Les normes du chapitre III (qui traite „des concessions de droits d'eau“) s'appliquent en principe sans restriction aux droits d'eau constitués après le 25 octobre 1908. Toutefois, l'art. 74 de la loi excepte l'art. 50, qui, d'après l'al. 4, „n'est pas applicable aux droits d'eau accordés entre le 25 octobre 1908 et l'entrée en vigueur de la présente loi“ (soit le 1er janvier 1918)⁴¹).

La jurisprudence du TF (arrêt Luzern-Engelberg) a d'ailleurs établi, en interprétant la volonté du législateur,

⁴⁰) Aluminium-Industrie AG. c. Bureau du registre foncier de Schaffhouse.

Ajoutons que dans l'arrêt Masse Bau- und Handelsgenossenschaft Neuenhof c. Stadtgemeinde Zurich, le TF a jugé que l'art. 46 LFH implique également, malgré son texte (si des motifs d'utilité publique l'exigent, l'autorité concédante doit accorder au concessionnaire „le droit d'exproprier les biens-fonds et les droits réels nécessaires à la construction, à la transformation ou à l'agrandissement de son usine“), le droit d'interdire à un tiers d'exercer les facultés du droit de voisinage (art. 684, 689, al. 2 CC, etc.).

⁴¹) Leuk-Leukerbad, p. 310. Lonza c. Valais, p. 174.

qu'il fallait également excepter l'art. 58, al. 1 LFH de la règle générale. L'art. 58, al. 1 ne s'applique, d'après cette jurisprudence, qu'aux droits d'eau concédés dès le 1er janvier 1918⁴²⁾.

L'art. 58, al. 1 prescrit: „La durée de la concession est de quatre-vingts ans au plus, à compter de la mise en service de l'usine.“

La durée est un élément important de la concession, dit le TF dans l'arrêt cité. Les parties mesurent d'après elle les prestations du concessionnaire, en particulier la taxe initiale et les obligations annuelles.

En appliquant, dans notre arrêt, l'art. 58, al. 1 à la concession en litige (conclue entre le 25 octobre 1908 et le 1er janvier 1918), on aurait réduit la durée de cent à quatre-vingts ans, sans diminuer les prestations du concessionnaire, prestations mesurées d'après la durée initiale de cent ans. Le législateur n'a pu vouloir pareilles conséquences.

D'après l'art. 43 LFH, le concessionnaire est titulaire d'un droit que le texte allemand qualifie de „droit bien acquis“⁴³⁾. Or, en vertu d'un postulat élémentaire de justice, le législateur ne peut porter atteinte à la substance de ces droits que contre indemnité⁴⁴⁾. L'effet rétroactif de l'art. 58, al. 1, la réduction de durée qu'il entraînerait en l'espèce, impliqueraient une atteinte à la substance du droit bien acquis. La clause de la concession fixant la durée n'est, en effet, pas une norme de caractère secondaire. Elle délimite le droit bien acquis (Umschreibung des Umfanges). L'application rétroactive au cas particulier équivaldrait à un retrait partiel du droit (teilweiser

⁴²⁾ Luzern-Engelberg, p. 583 ss.

⁴³⁾ „Wohlerworbenes Recht“.

⁴⁴⁾ „Es ist ein allgemeines Postulat der Gerechtigkeit, daß ein Eingriff in die Substanz solcher Rechte im Gegensatz zu der bloßen Neuregelung ihres Inhalts, der damit verbundenen Befugnisse, auch auf dem Wege der Gesetzgebung nicht anders als gegen Entschädigung erfolge“, Luzern-Engelberg, p. 584.

Entzug). La loi devrait d'ailleurs décider expressément pareille extension de la rétroactivité. On ne saurait la déduire d'une règle aussi générale, aussi vague et aussi contradictoire que celle de l'art. 74, al. 2. D'autre part, puisque toute atteinte à la substance d'un droit acquis est liée au dédommagement du titulaire, le législateur, s'il avait voulu l'effet rétroactif de l'art. 58, al. 1, aurait prévu l'indemnité correspondante (diminution des charges du concessionnaire). Il aurait aussi indiqué la procédure d'indemnisation. Ces prescriptions manquant, il faut en conclure que le législateur ne voulait pas que l'art. 58, al. 1 agisse sur le passé. Du reste, on ne peut invoquer aucun intérêt impérieux en faveur d'une application rétroactive de l'art. 58, al. 1.

L'administration pourra naturellement toujours retirer ou restreindre le droit du concessionnaire pour cause d'utilité publique et moyennant indemnité (art. 43)⁴⁵.

§ 2. Limites maximums du droit fédéral.

L'art. 24bis de la Constitution fédérale prévoit à son al. 5: „Les droits et redevances à payer pour l'utilisation des forces hydrauliques appartiennent aux cantons ou aux ayants droit selon la législation cantonale“. Et l'al. 6 ajoute: „La Confédération fixe, après avoir entendu les cantons intéressés et en tenant équitablement compte de leur législation, les droits et redevances dus pour les concessions qu'il lui appartient d'octroyer. Les cantons déterminent dans les limites à fixer par la législation fédérale, les droits et les redevances à payer pour les autres concessions“.

Conformément à ces dispositions, la LFH ne fixe que des maximums; la loi cantonale ne peut les dépasser, mais elle n'est pas obligée de les atteindre (voir en particulier les art. 48, 49, 50 et 51 LFH).

⁴⁵) Luzern-Engelberg, p. 586.

Entre autres normes, l'art. 48, al. 1 dispose que „l'autorité concédante fixe, conformément au droit cantonal, les prestations et conditions imposées au concessionnaire, telles que taxes, redevance annuelle, livraison d'eau et d'énergie, durée de la concession, normes des tarifs électriques, participation de la communauté au bénéfice, droit de retour et de rachat“. L'autorité ne peut exiger du concessionnaire, en appliquant les principes de calcul et les maximums du droit fédéral, des redevances supérieures à celles qu'il doit en vertu du droit cantonal ou de la concession. Le concessionnaire a le droit de s'en tenir aux prestations prévues dans l'acte d'octroi, dit le TF dans l'arrêt Luzern-Engelberg, prestations inférieures, dans le cas particulier, au maximum fédéral, mais qui n'en sont pas pour autant contraires à la LFH⁴⁶).

Chapitre 3.

Légalité de l'article 22 du Règlement du 12 février 1918.

L'art. 49, al. 1 LFH dispose que „la redevance annuelle ne peut excéder six francs par cheval théorique (75 kilogrammètres à la seconde)“.

L'art. 51 LFH définit la notion de cheval théorique:

„La puissance qui fait règle pour le calcul de la redevance est la puissance théorique moyenne de l'eau, cal-

⁴⁶) P. 579 ss. Dans ce même arrêt, le TF rappelle que l'art. 23 du Règlement concernant le calcul des redevances en matière de droits d'eau (du 12 février 1918) prescrit: „Le calcul de la redevance pour les droits accordés postérieurement au 25 octobre 1908 sera déterminé dès le 1er janvier 1918 conformément aux dispositions du présent règlement“; cet article signifie simplement que la limite maximum fixée par les art. 49 et 51 LFH et précisée par le Règlement vaut aussi pour les droits d'eau constitués avant le 1er janvier 1918, mais après le 25 octobre 1908. Auteurs: Mutzner, Grenzen der fiskalischen Belastung der Wasserwerke. Isler, Die Kompetenzabgrenzung. Egger, Die öffentlichen Abgaben der Wasserwerkenanlagen.

culée d'après les hauteurs de chute et les débits utilisables.

La hauteur de chute utilisable est définie par la différence des niveaux d'eau mesurés entre la prise d'eau et le point de déversement dans le cours d'eau public.

Sont considérées comme débits utilisables les quantités d'eau débitées effectivement par le cours d'eau, jusqu'à concurrence du débit maximum que peuvent absorber les installations prévues dans la concession“.

Et l'al. 4 prévoit: „Le Conseil fédéral édicte les dispositions de détail nécessaires“.

Le Conseil fédéral a édicté, en exécution de l'al. 4, le Règlement concernant le calcul des redevances en matière de droits d'eau, du 12 février 1918. Les articles 1 et suivants précisent le système de l'art. 51 LFH. Les articles 16 et suivants posent des règles spéciales pour le calcul des débits utilisables. L'art. 22 prescrit:

„Pour les usines avec accumulation on prend en considération le débit utilisable des affluents naturels, sans tenir compte de l'accumulation; si toutefois la capacité de l'installation dépasse le débit semi-annuel des cours d'eau utilisés, on tient compte du débit naturel jusqu'à concurrence du débit semi-annuel.

Au-delà de cette quantité on ne tient compte du débit que s'il est effectivement utilisé.

On entend par débit semi-annuel le débit moyen journalier qui est dépassé aussi souvent qu'il n'est pas atteint dans le cours de l'année.“

Cette norme particulière concernant les usines avec accumulation (Akkumulierwerke) emploie la notion de débit semi-annuel (gewöhnliche Wassermenge). Le débit semi-annuel reste plus ou moins au-dessous de la moyenne du débit des affluents naturels. L'art. 22, al. 1, deuxième phrase, envisage le cas où la capacité de l'installation du concessionnaire dépasse le débit semi-annuel. Lorsque cette hypothèse est réalisée — et elle l'est dans toutes les usines avec accumulation — le débit semi-annuel est une

limite générale jusqu'à laquelle on prend en considération le débit naturel. Le débit des affluents naturels dépassant toujours le débit semi-annuel, on tiendra compte du surplus du débit naturel, mais seulement dans la mesure où il est effectivement utilisé (al. 2). Dans cette mesure on considère donc, dans le calcul des chevaux et redevances des usines visées à l'art. 22, non pas les débits utilisables, mais les quantités d'eau effectivement utilisées. L'art. 22 du Règlement s'écarte par conséquent sur ce point du principe de l'art. 51, qui base le calcul des redevances, d'une façon toute générale, sur les débits utilisables.

L'art. 22, al. 2 est-il pour autant contraire à la loi et dépourvu de force obligatoire?

Le TF pouvait examiner cette question à titre préjudiciel, puisqu'il s'agissait d'un Règlement du Conseil fédéral (et non des textes énumérés à l'art. 113 de la Constitution fédérale). Il l'a fait dans l'arrêt Klosters⁴⁷⁾.

A l'art. 22, le Conseil fédéral ne s'est pas borné à établir des règles d'application pour l'art. 51, al. 3 LFH, mais il a corrigé cette disposition par une norme spéciale concernant certaines usines. La légalité de l'art. 22 dépend donc de l'étendue du pouvoir dont le Conseil fédéral dispose en matière de calcul des redevances: doit-il se limiter à exécuter les principes de l'art. 51 LFH ou est-il au bénéfice d'une compétence plus large lui permettant d'édicter des prescriptions telles que celle de l'art. 22, al. 2 du Règlement?

L'al. 4 de l'art. 51 parle en faveur de cette compétence plus large. Puisque d'après l'art. 72 LFH „le Conseil fédéral est chargé de l'application de la présente loi“, le mandat de l'al. 4 n'a un sens que si le législateur a voulu munir par là l'autorité exécutive de facultés dépassant le pouvoir d'exécution général.

D'autre part, le Conseil fédéral était en droit d'user de cette compétence particulière spécialement à l'égard

⁴⁷⁾ P. 394 ss.

des usines avec accumulation: des arguments tirés du caractère de l'art. 51 et de la nature de ces usines (comparées aux usines au fil de l'eau) justifient le Pouvoir exécutif fédéral.

Les usines au fil de l'eau (Laufwerke) ont, dans la règle, une capacité d'absorption inférieure au débit semi-annuel (il est vrai que la capacité moyenne des usines au fil de l'eau construites depuis 1917 est légèrement supérieure au débit semi-annuel). L'art. 51, al. 3 faisant de la capacité des installations la limite supérieure jusqu'à laquelle on tient compte des quantités d'eau effectivement débitées, on peut dire, en considérant la contenance normale des usines au fil de l'eau (surtout de celles qui existaient lors de l'élaboration du Règlement), que pour celles-ci le débit semi-annuel sera pratiquement dans la plupart des cas le débit maximum, sur la base duquel on calculera les redevances et qui sera rarement dépassé.

Les usines avec accumulation qui, grâce à leurs bassins, modifient le régime des affluents naturels, ont, au contraire, une capacité d'absorption supérieure au débit semi-annuel. Leur appliquer l'art. 51, al. 3 reviendrait à favoriser à leur détriment les usines au fil de l'eau. On tiendrait en effet compte, pour le calcul des redevances, des quantités d'eau (débitées), parfois très importantes, comprises entre le débit semi-annuel et la grande capacité des usines, que ces quantités soient utilisées ou non, et cela bien que le concessionnaire établisse cette grande contenance (avec des frais considérables) pour permettre, moins l'utilisation du débit naturel, que celle des quantités accumulées, c'est-à-dire la mise à profit du régime amélioré par l'accumulation, plutôt que celle du régime hydraulique concédé. L'application uniforme de la règle générale (art. 51, al. 3) désavantagerait donc pratiquement les usines avec accumulation, de capacité considérable, par rapport aux usines au fil de l'eau (à capacité normale). Ce traitement inégal ne serait pas fondé: le législateur ne peut en conséquence l'avoir

voulu. Cette inégalité entraverait d'ailleurs la construction d'usines avec accumulation, qui est dans l'intérêt de l'industrie hydro-électrique suisse.

Il est dès lors naturel de conclure que le Conseil fédéral avait le pouvoir, d'après l'art. 51, al. 4, d'empêcher, par des prescriptions spéciales, des conséquences que le législateur n'a pas voulues. L'exécutif fédéral a adapté à la nature particulière des usines avec accumulation la règle générale de l'art. 51, al. 3.

M. Mutzner, dans l'avis de droit qu'il avait donné en cette affaire, soutenait que — pour rester dans le cadre de la loi — il ne fallait appliquer l'art. 22 du Règlement qu'aux usines de pointes (usines dont le rôle exclusif ou principal est de couvrir les pointes de consommation auxquelles d'autres usines ne peuvent suffire par suite du niveau bas des eaux). Cette restriction n'est pas défendable, dit le TF dans notre arrêt. Le texte de l'art. 22 ne fait pas de discrimination. L'art. 51, al. 4 délègue au Conseil fédéral une compétence particulièrement étendue. Cette compétence spéciale implique une certaine liberté d'appréciation. Le juge ne pourrait refuser d'admettre ce que le Conseil fédéral a prescrit en vertu de sa libre estimation que si l'autorité exécutive avait abusé de son pouvoir⁴⁸). Or, le Conseil fédéral n'a pas outrepassé les limites de sa liberté en édictant, pour de bonnes raisons, on l'a vu, la règle particulière de l'art. 22 pour les usines avec accumulation en général.

De plus, selon le TF, on pourrait valablement soutenir qu'une extension de l'art. 22, par la voie législative, aux usines au fil de l'eau de capacité supérieure au débit semi-annuel (5 des 12 usines construites depuis 1917) serait justifiée.

Que faut-il entendre par „usines avec accumulation“? La loi n'emploie pas ces termes et le Règlement,

⁴⁸) „Sein eigenes Ermessen darf der Richter hier nicht walten lassen, da er nur die Recht-, nicht die Zweckmäßigkeit der Verordnungsbestimmung zu untersuchen hat“, p. 399.

qui n'en use qu'à l'art. 22, ne les définit pas. Sous „usines avec accumulation“ il faut comprendre: a) les usines avec bassin d'accumulation (Speicherbecken); b) les usines avec bassin d'égalisation (ou de compensation, Ausgleichsbecken). La ratio de l'art. 22 vaut pour les deux catégories.

Troisième partie.

Chapitre 1.

Interprétation; changement de législation; revisions.

§ 1. Interprétation de l'acte de concession.

Par interprétation le juge peut établir si l'acte d'octroi présente une lacune. Par interprétation le juge peut ensuite combler cette lacune.

C'est à ce double point de vue que le TF a interprété la concession de l'arrêt Zermatt⁴⁹⁾.

L'arrêt repose sur les faits suivants:

En 1895, la Gornergratbahn-Gesellschaft obtenait de la commune de Zermatt le droit d'utiliser la force du Findelenbach dans une mesure précisée par la concession. L'acte ajoutait que l'électricité produite devait servir à l'exploitation du chemin de fer du Gornergrat. Plus tard, on constata que cet usage n'absorbait pas toute l'énergie électrique.

La Gornergratbahn-Gesellschaft pouvait-elle, au sens de l'acte d'octroi, malgré l'opposition de la commune, disposer de l'excédent d'énergie produite, et si oui, à quelles conditions?

Interpréter la concession, dit en substance le TF, c'est établir la volonté des parties lors de la conclusion de l'acte. C'est déterminer la volonté qu'ont eue, qu'auraient eue ou dû avoir les parties, lorsqu'elles ont envisagé la question litigieuse, si elles l'avaient envisagée ou avaient pu le faire.

⁴⁹⁾ P. 72 ss.

On présume des volontés conciliantes, inclinées à un compromis équitable dans le cadre de l'utilité générale⁵⁰). Particulièrement la volonté du pouvoir concédant déterminée par le juge sera une volonté conforme à l'intérêt général et à son propre intérêt public (intérêt fiscal, intérêt de ses services publics, etc.), respectueuse des principes d'une saine administration⁵¹).

En partant des principes esquissés, le TF aboutit à ces conclusions:

La concession présente une lacune. Elle prévoit seulement la mise à profit de l'énergie électrique pour l'exploitation du chemin de fer du Gornergrat. Cet usage ne peut être exclusif. Les parties n'ont pas envisagé l'utilisation d'un excédent d'électricité en concluant l'acte (elles manquaient vraisemblablement d'imagination): elles n'ont donc pas pu vouloir l'exclure. D'autre part, l'autorité concédante doit sauvegarder l'intérêt général: or, cet intérêt commande que l'énergie produite soit complètement employée; l'autorité n'a donc raisonnablement pu vouloir exclure la mise en valeur d'une partie de l'électricité⁵²).

Le concessionnaire peut donc utiliser le surplus. Néanmoins, les parties n'ont pu vouloir donner carte blanche à la Gornergratbahn-Gesellschaft pour l'emploi de la force excédente. Il faut en effet admettre que la commune, si elle avait réglé ce point avec le concessionnaire, aurait sauvegardé son propre intérêt. Or, cet intérêt fait obstacle à la distribution d'électricité de la Gornergratbahn-Gesellschaft sur le territoire communal: les autorités municipales avaient organisé déjà en 1892 (soit trois années avant l'octroi) l'approvisionnement en

⁵⁰) Präsumptiver Parteiwillen, angemessene Interessenabwägung, p. 77.

⁵¹) Administrative Grundsätze, richtige administrative Gesichtspunkte, p. 75.

⁵²) Cette exclusion serait, dit l'arrêt, „unwirtschaftlich“, „grundsatzlos“, p. 77.

électricité des habitants de Zermatt. Cependant, l'intérêt public de la commune est limité au territoire communal. Le concessionnaire pourra donc vendre son trop d'électricité hors de ce rayon (on observera que la situation aurait été la même pour la Gornergratbahn-Gesellschaft si le TF lui avait permis de distribuer son énergie excédente également à Zermatt. La société n'aurait en effet pas pu prévaloir contre la concurrence de l'entreprise de la commune, celle-ci étant en tout cas au bénéfice d'un monopole de fait). Enfin, il est conforme à la volonté manifestée en d'autres circonstances par les parties, que la commune se serait réservé, au cas où la question aurait été résolue en 1895, une redevance par kilowattheure de force électrique excédente vendue par le concessionnaire (le TF a fixé cette redevance à 0,1 cent.).

Il n'y a pas lieu de relever quelques infidélités de détail, qui ne font que mieux ressortir les principes posés dans l'arrêt.

§ 2. Effets du changement de législation.

La question s'est posée dans l'arrêt Olten-Aarburg RO 57⁵³). Une clause de l'acte en litige prescrivait que les redevances annuelles seraient fixées de dix en dix ans dans les limites de la loi cantonale de 1892 (art. 2). Cette loi prévoyait des redevances allant de trois à six francs par cheval effectif. Elle fut remplacée en 1925 par une loi cantonale et une ordonnance correspondante (votées en exécution de la LFH) qui fixent des redevances supérieures. Le Conseil d'Etat prétendit appliquer ces taux supérieurs; le concessionnaire, par contre, continuait à se prévaloir de la clause de l'acte.

La clause litigieuse, dit l'arrêt, déclare partie intégrante de la concession l'article de la loi de 1892. Ainsi les normes de cet article sont devenues des dispositions de l'acte d'octroi: or, le concessionnaire a droit à ce que

⁵³) P. 333 ss.

l'autorité respecte la concession; le concessionnaire, qui entreprend des travaux considérables, doit pouvoir tabler sur l'acte d'octroi et se fier aux clauses de celui-ci.

Après avoir posé ces principes, le TF en atténue la portée en faisant de l'arrêt un jugement d'espèce, de cas particulier. Le maximum (six francs) prévu par la loi de 1892 et, partant, dans la concession, raisonne-t-il, est supérieur au minimum fixé par l'ordonnance de 1925, tout en étant inférieur au maximum établi par celle-ci. Le Conseil d'Etat ne saurait appliquer le maximum de l'ordonnance. Il est en effet limité par le droit bien acquis du concessionnaire. L'acte d'octroi et le maximum qu'il prescrit restreignent sa libre disposition. Le TF laisse d'ailleurs indéterminée la question de savoir ce qu'il en serait si le maximum indiqué dans l'acte était inférieur au minimum fixé par l'ordonnance.

Il y a, dans cet arrêt, deux tendances inconciliables. La première admet que la concession est la loi des parties. L'autre suppose que le rapport d'octroi ne lie pas absolument l'autorité concédante, mais la borne seulement dans son pouvoir.

D'ailleurs, le problème nous paraît mal posé. Il n'en faut pas chercher la réponse dans la nature de la concession, mais dans les règles transitoires de la loi soleuroise introduisant la LFH et de l'ordonnance qui la complète. C'est à la loi qu'il appartient de décider à quelles concessions et dans quelles conditions elle est applicable. Si la nouvelle loi n'a pas de dispositions transitoires ou en contient d'incomplètes, il existe aussi une doctrine et une jurisprudence (en particulier celle du TF sur l'art. 74, bien imparfait, du chapitre IV de la LFH)⁵⁴⁾ concernant le régime transitoire. Les normes transitoires des cantons peuvent naturellement faire l'objet d'un examen du TF sur le terrain de la garantie de la propriété⁵⁵⁾.

⁵⁴⁾ Deuxième partie, chap. 2, § 1.

⁵⁵⁾ Voir en particulier: RO 48 I 580 ss.

On ne saurait donc souscrire purement et simplement à l'affirmation que la clause en question de l'acte d'octroi n'a pas été modifiée par les nouvelles normes de 1925. Tout dépend, encore une fois, de la volonté explicite ou implicite contenue dans la loi ou l'ordonnance. La LFH, par exemple, a transformé maintes clauses de concessions antérieures à son entrée en force (elle a même révisé sur certains points les droits d'eau constitués avant l'adoption de l'article constitutionnel 24bis)⁵⁶).

Retenons cependant (le TF le proclame dans cet arrêt Olten-Aarburg RO 57) que l'autorité concédante ne peut se soustraire de façon unilatérale aux obligations découlant de l'acte d'octroi. Cette conception était déjà celle du TF dans le premier arrêt Olten-Aarburg RO 48. Nous nous bornons à renvoyer au paragraphe qui traite de cette affaire⁵⁷).

§ 3. Revisions périodiques.

Dans l'arrêt Olten-Aarburg RO 57, le TF a défini le rôle de la revision périodique des redevances (ou d'autres prestations) prévue dans des lois cantonales ou des concessions. La revision permet aux parties de tenir compte d'un nouvel état de choses⁵⁸).

Dans l'arrêt Olten-Aarburg RO 48, la Cour relève qu'un arrêté du Conseil d'Etat (autorité concédante en l'occurrence) concernant la revision (du taux des redevances) n'est pas définitif. Il appartient au juge (art. 71 LFH) de rétablir l'équilibre si l'autorité a méconnu le droit ou la concession, si elle n'a pas pris en considération, dans un esprit d'équité, toutes les circonstances⁵⁹).

Les règles établies par le juge lors d'une interprétation étant de la même nature que les autres clauses

⁵⁶) Voir art. 74, al. 2 LFH.

⁵⁷) Voir chap. 2, § 7.

⁵⁸) *Veränderte Verhältnisse*, p. 334.

⁵⁹) P. 211.

de l'acte d'octroi, sont sujettes à revision dans la même mesure que celles-ci. Il faut naturellement qu'elles se prêtent à une revision. La loi ou des principes généraux du droit indiquent si tel est le cas⁶⁰⁾.

Chapitre 2.

Contestations entre l'autorité concédante et le concessionnaire.

§ 1. Juridiction administrative.

L'art. 71 LFH prescrit:

„Sauf disposition contraire de la présente loi ou de l'acte de concession, les contestations entre le concessionnaire et l'autorité concédante au sujet de droits et d'obligations découlant de la concession, relèvent en première instance de l'autorité judiciaire cantonale, en seconde instance du Tribunal fédéral statuant comme cour de droit public.

Si la concession a été accordée par plusieurs cantons ou par le Conseil fédéral, les contestations relèvent du Tribunal fédéral statuant en première et dernière instance comme cour de droit public.“

Les litiges qui rentrent dans la compétence du TF aux termes de l'art. 71 sont jugés depuis 1929 (entrée en vigueur de la loi fédérale sur la juridiction administrative et disciplinaire — JAD — du 11 juin 1928) dans les formes de la procédure administrative prévue aux articles 17 et suivants JAD (procédure administrative directe, direkter verwaltungsgerichtlicher Prozeß, chiffre 3: du Tribunal fédéral comme instance unique). Il faut corriger dans ce sens l'expression „le Tribunal fédéral statuant comme cour de droit public“, contenue dans le texte de l'art. 71.

Les contestations visées à l'art. 71 sont de celles que mentionne l'art. 18, lettre e JAD („Le Tribunal fédéral connaît en outre en instance unique: . . . e) des autres

⁶⁰⁾ Zermatt, p. 76.

contestations de droit administratif que la législation fédérale place dans sa compétence exclusive⁶¹). Les différends de l'art. 71 sont de droit administratif. La LFH, en particulier, fait partie de la législation administrative (fédérale)⁶¹). Il est vrai que d'après l'art. 71, al. 1 le TF juge, dans la règle, en seconde instance. Cependant, la loi prévoit la procédure administrative directe également pour d'autres litiges qui, à la vérité, ont déjà fait l'objet d'un premier jugement⁶²).

§ 2. Tribunal fédéral et Conseil fédéral.

La jurisprudence du TF n'a pas encore tracé de ligne de démarcation nette entre la compétence juridictionnelle du TF et celle du Conseil fédéral en matière de concession hydraulique.

Dans l'arrêt Olten-Aarburg RO 48, le TF incline à une solution qui reconnaît l'attribution du Conseil fédéral pour la période précédant l'octroi et pour les différends qui résultent de l'acte primitif. Ressortiraient donc au TF les litiges nés de prétentions à des droits qui ne faisaient pas l'objet de la concession primitive ou qui n'en faisaient pas l'objet dans leur forme actuelle (litiges sur le taux révisé de redevances, p. ex.)⁶³).

Mais le TF n'a pas mis en pratique ces principes. Les arrêts Lonza c. Valais, Dixence c. Evolène, etc., où il a jugé des procès relatifs au contenu initial de la concession, en sont la preuve.

§ 3. Prorogation de for.

L'art. 71, al. 1 prévoit que les contestations qu'il vise relèvent „en première instance de l'autorité judiciaire cantonale, en seconde instance du Tribunal fédéral“.

⁶¹) Voir entre autres arrêts: Leuk-Leukerbad, cons. 1.

⁶²) Leuk-Leukerbad, cons. 1. Auteurs: Kirchhofer, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, p. 76, 83. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, p. 64 s.

⁶³) Olten-Aarburg RO 48, p. 207 ss.

Il arrive fréquemment que les parties conviennent de s'en remettre directement à l'arrêt du TF. L'accord de prorogation fait parfois l'objet d'une clause de la concession: c'est le cas visé à l'art. 71, al. 1 („Sauf disposition contraire . . . de l'acte de concession“) ⁶⁴). La prorogation de for peut aussi reposer sur un accord (spécial) exprès, antérieur à l'action ⁶⁵). Elle peut également résulter de l'attitude du défendeur après l'introduction du procès. Le défendeur admet la compétence directe du TF, invoquée par le demandeur (explicitement ou implicitement), en ne la déclinant pas. L'admission de cette compétence découle à l'occasion d'un déclinatoire limité. Dans l'arrêt Luzern-Engelberg, le défendeur n'avait contesté que l'existence d'un différend au sens de l'art. 71. On en conclut qu'il avait reconnu l'attribution (prorogée) du TF pour le cas où celui-ci jugerait que le litige divisant les parties rentrait dans les contestations de l'art. 71 ⁶⁶).

§ 4. Forme du litige.

Les différends de l'art. 71 se présentent sous diverses formes. Ainsi sous la forme d'une action en constatation de droit (Feststellungsklage). Rappelons qu'une action en constat est subordonnée à la condition que le demandeur y ait un intérêt actuel ⁶⁷).

Il est aussi des cas où l'action tendant à une prestation (Leistungsklage) est seule admissible. Dans l'arrêt Lonza c. Valais ⁶⁸), le TF observe que la répétition de

⁶⁴) Luzern-Engelberg, p. 570; la clause en question avait la teneur suivante: „Le TF tranche comme instance unique les contestations qui pourraient naître de la présente concession“.

⁶⁵) Art. 52 de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire. Olten-Aarburg RO 48, p. 211. Luzern-Engelberg, p. 573. Olten-Aarburg RO 57, p. 333.

⁶⁶) Luzern-Engelberg, p. 573.

⁶⁷) Olten-Aarburg RO 48, p. 211. Lonza c. Valais, en particulier p. 173.

⁶⁸) Cons. 7.

redevances indûment payées doit faire l'objet d'un procès en prestation. Il ajoute que, si ce genre d'action est possible sans préjudice pour le demandeur, l'action en constat ne peut la remplacer.

§ 5. Contestation entre autorité concédante et concessionnaire.

L'art. 71 vise des litiges entre l'autorité concédante et le concessionnaire. Un différend entre deux concessionnaires, dont le premier a transféré la concession au second, n'est pas des procès prévus à l'art. 71⁶⁹⁾.

§ 6. Droits et obligations découlant de la concession.

Les procès de l'art. 71 sont ceux „au sujet de droits et d'obligations découlant de la concession“.

Pour bien comprendre ces termes, il faut se rappeler que la concession n'est pas exclusivement régie par la volonté des parties. Concessionnaire et concédant sont limités par des règles de droit cantonal et fédéral. D'autre part, des normes cantonales et fédérales complètent l'acte de concession.

C'est pourquoi le TF admet que les litiges portant sur le principe d'une révision décennale prévue dans la loi, sur le taux de redevance fixé lors d'une telle révision⁷⁰⁾, sur la répétition de redevances indûment payées⁷¹⁾, etc., rentrent dans les différends de l'art. 71.

Dans l'arrêt Luzern-Engelberg⁷²⁾, le TF observe que l'art. 71 vise toutes les contestations touchant le rapport qui lie l'autorité concédante et le concessionnaire. Ce rapport n'est pas seulement déterminé et délimité par les clauses de la concession: il l'est aussi par des règles légales. L'art. 71 garantit aux parties le prononcé d'un

⁶⁹⁾ Bulle, p. 86 ss.

⁷⁰⁾ Olten-Aarburg RO 48.

⁷¹⁾ Lonza c. Valais, en particulier cons. 7.

⁷²⁾ P. 575.

tribunal; il serait contraire à ses termes comme à sa ratio d'en excepter les litiges concernant soit l'application et l'interprétation de ces normes légales (tel article de la loi fédérale a-t-il force rétroactive, modifie-t-il un droit d'eau antérieur au 1er janvier 1918⁷³), etc. ?), soit la conformité de l'acte d'octroi avec ces règles⁷⁴).

Le TF prononce donc d'une façon générale sur la question de savoir si la prétention d'une partie envers l'autre, prétention contestée par cette dernière, est fondée d'après l'acte d'octroi et le droit applicable⁷⁵).

La connaissance du TF en vertu de l'art. 71 n'est pas limitée, comme dans d'autres procédures fédérales, au contrôle de l'application du droit fédéral. L'examen du TF s'étend aussi au droit cantonal. La Cour n'examine pas seulement si la loi fédérale a été observée, mais également si les règles cantonales ont été respectées⁷⁶).

§ 7. Nature de l'article 71 LFH.

Dans son arrêt Olten-Aarburg RO 48, le TF relève⁷⁷) que l'art. 71 est une limitation fédérale des normes cantonales concernant la compétence et la procédure.

L'art. 71, continue la Cour, repose sur l'idée que la concession établit entre l'autorité concédante et le concessionnaire un rapport impliquant des droits et des obligations réciproques, rapport comparable au lien contractuel. Le concessionnaire a droit à ce que l'administration observe les clauses de l'acte d'octroi complété

⁷³) Luzern-Engelberg, p. 575.

⁷⁴) Voir également Lonza c. Valais, p. 185: „weil der Zweck dieses Verfahrens in ganz besonderem Maße auch die Wahrung des objektiven Wasserrechts gegenüber den Verleihungsbehörden ist“.

⁷⁵) Olten-Aarburg RO 48, p. 207.

⁷⁶) Olten-Aarburg RO 48, p. 207. Lonza c. Valais, p. 173: il ne faut par conséquent pas présenter le grief de violation du droit cantonal par l'autorité cantonale, compétente en première instance, sous la forme d'un recours de droit public.

⁷⁷) P. 206.

par les règles de la législation cantonale et fédérale⁷⁸). La raison d'être de l'art. 71 est précisément de soustraire, en créant une juridiction indépendante, le concessionnaire aux charges que lui imposerait unilatéralement l'autorité⁷⁹).

Il est vrai qu'au considérant 5 de l'arrêt, le TF qualifie la concession d'acte administratif de puissance publique, d'acte administratif unilatéral. Il ne peut toutefois tirer aucune conséquence utile de cette définition. C'est pourquoi il a recours à l'expression droit bien acquis (*wohlerworbenes Recht*)⁸⁰), dont use le texte allemand à l'art. 43 LFH.

Pour l'appréciation de ces théories opposées, nous renvoyons au chapitre suivant.

Chapitre 3.

Nature juridique de la concession de droits d'eau.

§ 1. Définition adoptée par le Tribunal fédéral.

Personne ne soutient plus aujourd'hui que la concession de forces hydrauliques est un contrat de droit privé.

Avant l'entrée en vigueur de la LFH, le TF usait d'une théorie de la concession, critiquable au point de vue de la logique, mais fort utile dans l'état du droit antérieur.

La base de la concession est un acte administratif unilatéral, un acte de droit public, disait la Cour, dont découlent, cependant, à côté de droits et d'obligations de caractère public, des droits et des obligations de nature privée (ceux ayant pour objet des prestations pécuniaires, patrimoniales). Cette construction reposait sur la théorie

⁷⁸) P. 206 s.

⁷⁹) P. 208.

⁸⁰) P. 210.

du fisc et des rapports de droit mixtes⁸¹). La Cour s'en servait pour établir et justifier sa compétence dans les cas où le prononcé d'un juge (par opposition à l'autorité administrative) était particulièrement nécessaire (précisément en matière de contestations à objet pécuniaire, patrimonial, donc privé). L'art. 48 de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire, à son chiffre 4, attribue en effet au TF la connaissance des différends „entre cantons d'une part et corporations et particuliers d'autre part“, lorsque ces différends sont de droit civil, de droit privé (le chiffre 4 exige encore que le litige atteigne une valeur en capital d'au moins 4000 francs et que l'une des parties requière le TF de statuer).

Aujourd'hui que la compétence du TF en matière de concession de droits d'eau est fondée sur un article de la LFH (art. 71, v. chap. 2), cette théorie a perdu son utilité et la Cour l'a abandonnée.

Notons en passant que le TF n'a pas suivi, pour expliquer la nature de la concession, la théorie française du contrat administratif⁸²).

D'après le TF, la concession de forces hydrauliques rentre dans le droit public. La jurisprudence la range en général dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux. C'est la définition qui revient le plus souvent dans les arrêts du TF.

Dans l'arrêt Lonza/Leuk⁸³), le TF pose en principe: „Die Bindung des Konzessionärs folgt aus der Unterwerfung unter den von der übergeordneten Verleihungsbehörde festgesetzten Konzessionsinhalt“.

Dans l'arrêt Olten-Aarburg RO 48⁸⁴): „So enthält die Verleihung an einem kantonalen Gewässer einen kantonalhoheitlichen Akt.“

⁸¹) Voir R. Lorétan, Droit public et droit privé dans le service public, p. 17 s., et les auteurs cités dans ces pages.

⁸²) Au sujet du contrat administratif, voir J. Rouvière, Les contrats administratifs, et les auteurs cités dans cet ouvrage.

⁸³) P. 226.

⁸⁴) P. 209.

Lonza c. Valais⁸⁵): „Die Konzession ist eine Verfügung der administrativen Behörde.“

Olten-Aarburg RO 50⁸⁶): „Wie die Verleihung im allgemeinen und die hier in Frage stehende Einräumung eines Sondernutzungsrechtes an einem öffentlichen Gewässer insbesondere als Verwaltungs- (Hoheits-) Akt überhaupt grundsätzlich dem öffentlichen Recht angehört . . . Der Beliehene steht dabei dem verleihenden Gemeinwesen . . . in einem Unterwerfungsverhältnis als öffentlicher Gewalt . . .“.

Bulle⁸⁷): „La concession de droits d'eau est la concession d'un droit spécial d'utiliser un cours d'eau public, et ce droit est octroyé par la communauté à laquelle appartient la souveraineté sur ledit cours d'eau . . . L'octroi s'opère en la forme d'un acte d'administration faisant partie du droit public, qui détermine les droits et les obligations du concessionnaire et auquel celui-ci se soumet en acceptant la concession“.

Pour le TF, la concession de droits d'eau résulte donc de l'adhésion du concessionnaire à l'acte unilatéral de puissance publique, de sa soumission à la volonté du pouvoir concédant. Le concessionnaire s'assujettit à l'acte administratif qui exprime la volonté de l'autorité (en conséquence, l'assujettissement est une simple condition de la validité de l'acte). Le rapport de concession est un rapport de sujétion. Cette conception est aussi en général celle de la doctrine⁸⁸).

⁸⁵) P. 183.

⁸⁶) P. 403 s.

⁸⁷) P. 87.

⁸⁸) Voir entre autres ouvrages: Fleiner, Institutionen, trad. Eisenmann, p. 122 ss. Fleiner, Bundesstaatsrecht, p. 571 s. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, tome 2, p. 180 ss. Georg Meyer, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, p. 89. Burckhardt, Zeitschrift für schweizerisches Recht, vol. 36, p. 311 ss. Ruck, Verwaltungsrecht, tome 1, § 10.

§ 2. Critique de cette définition.

La jurisprudence est la pierre de touche des définitions et des théories. Le juge résoud des cas concrets. Dans la solution des problèmes, il est guidé par son sens du droit et de l'équité, son sens des nécessités juridiques et pratiques. Lorsque des théories ne construisent pas sur ces réalités fondamentales, elles risquent d'être contredites par la jurisprudence.

Or, le TF, dans ses arrêts, dans les réponses qu'il apporte aux questions de la pratique, ne s'appuie pas, en somme, sur sa définition. C'est que la conception de l'acte administratif unilatéral appliquée au rapport d'octroi est insoutenable dans ses conséquences.

Un exemple. La concession, dans cette théorie, repose essentiellement sur la volonté de l'administration: la volonté du concessionnaire est soumise, sujette. Il découle de ce caractère unilatéral que l'autorité administrative n'est pas liée par les clauses de la concession, qu'elle peut les modifier unilatéralement, les révoquer, dans les limites du droit⁸⁹⁾.

Or, le TF s'est vu contraint de rejeter la révocabilité⁹⁰⁾. Celle-ci est, en effet, contraire à l'essence du rapport de concession⁹¹⁾, aux intérêts en jeu, à l'intérêt de l'économie nationale en particulier. Comme l'observe la Cour dans l'arrêt *Olten-Aarburg* RO 57⁹²⁾, le concessionnaire, qui entreprend des travaux considérables, doit pouvoir se fier aux clauses de l'acte d'octroi.

⁸⁹⁾ De nombreux auteurs admettent logiquement que l'acte administratif unilatéral est révocable. Voir entre autres auteurs: Fleiner, *Institutionen*, trad. Eisenmann, p. 125 ss. Fleiner apporte au principe de la révocabilité des restrictions qui ne sont pas dans la ligne de son raisonnement. Wettstein, *Rückkauf und Heimfall*, p. 25.

⁹⁰⁾ *Olten-Aarburg* RO 48, *Olten-Aarburg* RO 57: chap. 2, § 7, chap. 1, § 2.

⁹¹⁾ § 3.

⁹²⁾ P. 335.

De même, le juge qui interprète la concession, s'il suit strictement la théorie de l'acte unilatéral, ne devra tenir compte que de la volonté du pouvoir concédant, qui, d'après l'explication adoptée par le TF, anime seule le rapport d'octroi. Il ne prendra pas en considération la volonté sujette du concessionnaire.

Ici encore la Cour a senti que cette conséquence était inapplicable. Dans l'arrêt Zermatt⁹³⁾, elle tient compte de la volonté présumée de l'administration et de celle du concessionnaire. Elle a vu qu'une interprétation conforme à la théorie de l'acte unilatéral serait en contradiction avec l'esprit du rapport d'octroi et avec les intérêts qu'il sanctionne.

On remarquera, d'autre part, qu'avec la conception du TF on n'explique pas les revisions périodiques. Ces revisions, qui sont essentiellement bilatérales, permettent aux parties, d'après la Cour elle-même, de tenir compte d'un nouvel état de choses⁹⁴⁾. Or, dans la théorie de l'acte unilatéral, il est logiquement du ressort de la seule administration d'adapter, par ses décisions, l'acte d'octroi aux circonstances, aux nécessités nouvelles.

On ne rend pas davantage compte, avec la définition dominante, de la fonction de l'art. 71 LFH, telle que la comprend le TF et que la veut la sécurité du droit. D'après le TF, le rôle de l'art. 71 est de soustraire le concessionnaire aux charges imposées unilatéralement par l'autorité⁹⁵⁾. Or, dans la conception de l'acte administratif, l'assujettissement du concessionnaire permet précisément à l'administration d'imposer ces charges, dans les limites du droit.

Le TF opère donc avec une définition dont il ne peut, d'une part, appliquer les conséquences naturelles et avec laquelle il lui est impossible, d'autre part, de rendre compte d'institutions importantes. La Cour a d'ailleurs

⁹³⁾ Chap. 1, § 1.

⁹⁴⁾ Olten-Aarburg RO 57, chap. 1, § 3.

⁹⁵⁾ Olten-Aarburg RO 48, p. 208; chap. 2, § 7.

mille fois raison d'écarter ces conséquences naturelles, qui sont en opposition tranchée avec l'esprit de la concession. Mais il sera permis de penser qu'il vaudrait mieux, dans ces conditions, que la Cour renonce également aux prémisses, à sa définition, qu'elle se voit obligée de rendre stérile.

Comme il ne peut pas résoudre des problèmes essentiels en partant de la théorie qu'il adopte, le TF a recours à des notions subsidiaires. Dans les deux arrêts Olten-Aarburg (RO 48 et 57), il qualifie la concession de rapport comparable au lien contractuel⁹⁶). Cette explication, qui gagnerait à être plus précise, est l'opposée de celle de l'acte unilatéral. De là le flottement que l'on peut observer dans les deux arrêts⁹⁷).

Ailleurs, le TF, pour introduire un élément de stabilité dans sa conception, tire argument du texte allemand de l'art. 43 LFH⁹⁸), qui use de l'expression „droit bien acquis“ (wohlerworbenes Recht)⁹⁹). Il nous semble périlleux d'employer comme correctif général le droit acquis de l'art. 43. Cette prescription n'indique ni la place, ni le rôle de ce droit dans le rapport de concession (on sait uniquement qu'il existe dans les limites de l'acte et qu'il ne peut être retiré ou restreint sans indemnité). D'autre part, la doctrine, pas plus que la jurisprudence, ne sait ce qu'il faut entendre au juste par „droit bien acquis“¹⁰⁰).

⁹⁶) P. 206, p. 334 s.

⁹⁷) Chap. 1, § 2; chap. 2, § 7.

⁹⁸) En voici le texte français: „Par le fait de la concession le concessionnaire acquiert dans les limites de l'acte de concession le droit d'utiliser le cours d'eau. Une fois concédé, le droit d'utilisation ne peut être retiré ou restreint sauf pour cause d'utilité publique et moyennant indemnité.“

⁹⁹) Olten-Aarburg RO 48, p. 210. Olten-Aarburg RO 57, p. 335. Luzern-Engelberg, p. 584 ss. Bulle, p. 87: „Par le fait de la concession le concessionnaire possède un droit légitimement acquis d'utiliser le cours d'eau.“

¹⁰⁰) Auteurs: Mutzner, Das Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, Politisches Jahrbuch, vol. 30,

L'adoption, par le TF, de la théorie examinée s'explique. La Cour considère, à raison, que la concession rentre dans le droit public. Pour le prouver et pour opposer l'acte d'octroi au contrat de droit privé, le TF a rangé celui-là dans la catégorie de l'acte administratif unilatéral, qui, pour les partisans d'une tendance doctrinale importante, représente le fondement même, le signe du droit public. Cette tendance remonte à une époque où l'on fit de grands efforts pour ramener le droit administratif à quelques types d'institution fondamentaux, premiers, gravitant autour d'une idée centrale. Une partie des auteurs allemands (nous ne mentionnons que ceux-ci: eux seuls, en effet, sont cités dans les arrêts du TF) voulait voir cette idée centrale dans l'acte unilatéral¹⁰¹).

Depuis, les expériences de la pratique et de la jurisprudence ont ouvert les yeux sur la complexité du droit administratif. Sa diversité exclut les généralisations trop poussées; sa naissance récente interdit des synthèses prématurées.

La définition que nous esquissons dans le paragraphe suivant voudrait tenir compte de ces expériences.

§ 3. Esquisse d'une définition.

La théorie de l'acte unilatéral rend très imparfaitement compte de la constitution du rapport d'octroi. Certes, la concession de forces de l'eau est publiée et cette publication a lieu dans la forme d'un acte du pouvoir administratif. Mais avant d'être publiée, la concession est librement débattue, ses clauses font l'objet de pourparlers,

p. 276. Trümpy, Eidgenössische Wasserrechtsgesetzgebung, tome 2, p. 117. Trümpy, Über die rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihungen, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, vol. 60, p. 117 s. Fleiner, Institutionen, trad. Eisenmann, p. 39 ss. Vogt, Rechtmäßige Eingriffe in subjektive Privatrechte, p. 5.

¹⁰¹) Voir en particulier O. Meyer et son école.

de discussions. La publication est un acte administratif¹⁰²), mais un acte administratif qui exprime l'accord de deux volontés, celle de l'autorité concédante et celle du concessionnaire. On ne saurait parler d'acte administratif unilatéral, reposant sur la volonté souveraine de l'administration, à laquelle le concessionnaire se soumettrait.

La concession est un accord de volontés, publié par l'administration. Elle est un ajustement de deux intérêts (et non l'assujettissement de l'un à l'autre), l'intérêt privé du concessionnaire et l'intérêt complexe de l'autorité concédante. Celle-ci défendra toujours, même parfois trop bien, son propre intérêt, son intérêt fiscal, l'intérêt de ses services publics. Mais elle doit de plus défendre l'intérêt général, encourager à l'utilisation rationnelle des forces hydrauliques (art. 39 LFH).

La concession est donc l'accord, publié en la forme d'un acte administratif, de deux volontés, celle de l'autorité concédante et celle du concessionnaire, procédant à l'ajustement de leurs intérêts de nature différente, dans le cadre de l'intérêt général.

Elle n'en est pas pour autant un contrat de droit privé: celui-ci lie, en effet, deux intérêts de la même essence privée.

Notre institution est dominée par l'intérêt général (art. 39 LFH). D'où son caractère de droit public. Point n'est besoin de lui endosser la camisole de force de l'acte administratif unilatéral pour expliquer sa nature publique¹⁰³). L'acte d'octroi repose, d'ailleurs, sur le droit de disposer des forces hydrauliques en vertu du droit

¹⁰²) L'acte d'octroi est donc „une décision de l'autorité administrative“, au sens de l'art. 80, al. 2 LP. Point n'est besoin, pour arriver à ce résultat, de partir de la définition adoptée par le TF, en particulier dans l'arrêt Lonza/Leuk, voir § 1.

¹⁰³) On nous dispensera aussi de reprendre ab ovo la distinction entre droit public et droit privé, la définition de ces droits, et de partir pour une chasse dont tant d'insignes juristes sont revenus bredouilles.

public (art. 1), l'acte de disposition étant effectué d'accord avec le concessionnaire¹⁰⁴).

Avec la conception esquissée, on rend aisément compte des solutions équitables données par le TF à des problèmes concrets, et que la théorie de l'acte unilatéral est impuissante à expliquer.

Ainsi, puisque la concession est un accord de volontés, l'une des parties, l'administration, ne saurait la modifier unilatéralement¹⁰⁵).

De même, si l'on part de notre définition, on envisage l'interprétation de l'acte d'octroi comme la recherche de la volonté probable de l'une et l'autre partie¹⁰⁶).

Avec la notion proposée dans ces lignes, on explique également les revisions périodiques et la portée que leur donne le TF. Si la loi ou la concession prévoient ces revisions, c'est pour permettre aux intéressés de tenir compte de changements survenus, dit la Cour¹⁰⁷). En effet, pour que la concession reste un ajustement d'intérêts, il faut donner périodiquement aux parties qu'elle lie l'occasion de procéder à un rajustement.

On rend aussi compte du rôle de l'art. 71 LFH, que le TF relève spécialement dans l'arrêt Olten-Aarburg RO 48¹⁰⁸). Il est conforme à l'essence de la concession que la loi ait désigné une autorité judiciaire pour empêcher que l'administration n'impose unilatéralement des charges au concessionnaire.

Les termes qu'emploient la doctrine, la jurisprudence, la loi, et que l'on retrouve aussi dans cette étude, ne

¹⁰⁴) Pour ce qui concerne la disposition en vertu du droit public, voir: Gresly, Über die Grundlage und die rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte.

¹⁰⁵) Voir Olten-Aarburg RO 48, chap. 2, § 7, et RO 57, chap. 1, § 2.

¹⁰⁶) Voir Zermatt, chap. 1, § 1. Cet arrêt gagne encore en clarté quand on le lit à l'aide de l'explication du rapport d'octroi donnée dans ce paragraphe.

¹⁰⁷) Voir chap. 1, § 3.

¹⁰⁸) P. 208. Voir chap. 2, § 7.

doivent pas obscurcir la vue juste des faits, des intérêts et l'explication de leur mécanisme juridique. Déjà les termes de „concession“, de „droits concédés“ paraissent impliquer un acte administratif unilatéral. Les mots: concession „accordée“ ou „octroyée“ (art. 3 LFH, art. 24bis Const. féd., etc.) précisent cette impression. Cependant, tout ce vocabulaire tient compte de façon exagérée de ce que l'autorité concédante détient le bien économique, la force de l'eau, et de ce qu'elle est l'autorité. Mais ces faits ne doivent pas voiler la donnée essentielle: l'accord fondamental de volontés et d'intérêts, base de l'acte de concession.

Nous sommes heureux de constater que la définition esquissée à ce paragraphe est, en principe, celle que soutient dans son ouvrage sur „La science juridique pure“ (tome troisième) l'éminent jurisconsulte et penseur E. Roguin. Pour ne pas sortir du cadre restreint de cette étude de jurisprudence, nous nous bornerons à citer quelques phrases caractéristiques du chapitre¹⁰⁹⁾ qui traite, au point de vue de la science juridique pure¹¹⁰⁾, des concessions et des questions qu'elles soulèvent: „Il y a lieu d'examiner maintenant si la concession est un acte contractuel ou unilatéral.“ „Il est manifeste que la concession est un acte conventionnel, puisqu'elle n'est jamais imposée au concessionnaire, qui, au contraire, par le fait même qu'il se met en instance pour l'obtenir, manifeste son intention de l'accepter.“ „Le fait que le concédant est une autorité et l'impétrant un simple particulier ne porte pas davantage atteinte à l'existence d'un mutuel consentement dans les actes de concession, de quelque manière qu'ils soient libellés.“ „La concession est donc un acte conventionnel d'une variété particulière. Le nier, c'est soutenir que l'autorité serait maîtresse d'imposer avec

¹⁰⁹⁾ VII, B., 4^o, G., p. 593 ss.

¹¹⁰⁾ „Nous supposons une quelconque de celles-ci (de ces diverses sortes de concessions), une concession abstraite, idéale, avec ses éléments essentiels et seulement ceux-ci“.

toutes ses charges ses concessions à des personnes n'en voulant pas: Pure absurdité qu'on est honteux de devoir discuter¹¹¹).

La théorie de l'acte administratif unilatéral, qui n'explique pas l'essence de la concession de forces hydrauliques, rend, en revanche, de grands services dans d'autres domaines de l'activité administrative, celui de l'armée, par exemple, ou encore celui des réquisitions (ordres de marche, commandements militaires, réquisitions de véhicules à moteur, etc.). Ici, la volonté de l'autorité, de l'Etat, est en principe la seule qui compte. Elle est limitée par le droit, mais pas par la volonté des particuliers.

Table des arrêts publiés.

	RO	JdT
	(Recueil officiel)	(Journal des Tribunaux)
Elektrizitätswerk Lonza AG. c. Canton du Valais et Leuk, juge de la main-levée, du 15 juillet 1921 (Cité Lonza/Leuk)	47 I 222 ss.	1921 II 102 ss.
Elektrizitätswerk Olten-Aarburg AG. c. Soleure, Conseil d'Etat et Obergericht, du 15 juillet 1922 (Cité Olten-Aarburg RO 48)	48 I 197 ss.	1923 I 206 ss.
Elektrizitätswerk Lonza AG. c. Canton du Valais, du 10 mars 1923 (Cité Lonza c. Valais)	49 I 160 ss.	1923 I 482 ss.
Canton d'Unterwald ob dem Wald c. Elektrizitätswerk Luzern-Engelberg AG., du 15 décembre 1923 (Cité Luzern-Engelberg)	49 I 555 ss.	
Elektrizitätswerk Olten-Aarburg AG. c. Soleure, Conseil d'Etat, du 4 juillet 1924 (Cité Olten-Aarburg RO 50)	50 I 397 ss.	1925 I 467 ss.
Ville de Bulle c. Société électrique de Bulle, du 19 mars 1927 (Cité Bulle)	53 I 83 ss.	Arrêt français

¹¹¹) Voir également Delessert, Les compétences des autorités fédérales en matière d'utilisation des forces hydrauliques, *Zeitschrift für schw. Recht*, 1926, vol. 45, p. 295a ss.

RO JdT

- „La Dixence“ c. Evolène, du 2 novembre 1928 54 I 432 ss. Arrêt français
(Cité Dixence c. Evolène)
- Elektrizitätswerk Olten-Aarburg AG.
c. Soleure, du 12 novembre 1931 57 I 329 ss.
(Cité Olten-Aarburg RO 57)
- Eisenbahngesellschaft Leuk-Leukerbad c. Commune de Leukerbad, du 4 octobre 1934 60 I 306 ss.
(Cité Leuk-Leukerbad)
- Gornergratbahn-Gesellschaft c. Municipal- und Bürgergemeinde Zermatt, du 21 mars 1935 61 I 65 ss.
(Cité Zermatt)
- Commune de Klosters c. AG. Bündner Kraftwerke, du 21 novembre 1935 61 I 387 ss.
(Cité Klosters)
- Masse Bau- u. Handelsgenossenschaft Neuenhof c. Stadtgemeinde Zurich, du 21 février 1936 62 I 9 ss.
- Aluminium-Industrie AG. c. Bureau du registre foncier de Schaffhouse, du 9 juillet 1937 63 I 110 ss.

L'arrêt publié au RO 48 I 580 ss (Meyenberg et consorts c. Grand Conseil zougais, du 23 décembre 1922), cité dans la note 55, concerne une question de garantie de la propriété soulevée par des prescriptions d'une loi cantonale sur l'utilisation des forces hydrauliques.

L'arrêt publié au RO 57 I 325 ss (Altermatt c. Soleure et Jecker, du 12 novembre 1931) tranche un litige portant sur l'utilisation des forces hydrauliques, mais qui ne rentre pas dans le chapitre de la concession. Le TF y a jugé que les tiers, qui ont établi des installations à leurs frais, ne peuvent exiger des usiniers la contribution obligatoire prévue à l'art. 33 LFH que s'ils reconnaissent devoir tenir compte et s'ils tiennent effectivement compte, dans la régularisation du niveau et du débit du cours d'eau, des intérêts des usiniers, dans la mesure prescrite à l'art. 32 LFH.

Principaux arrêts non publiés.

1. Commune de Saint-Martin c. Société des Forces motrices de la Borgne, du 9 juillet 1925.
2. Kraftwerke Wäggital AG., Zürich, c. district de March et canton de Schwytz, du 22 octobre 1927.
3. Commune d'Hérémenche c. Société des Forces motrices de la Borgne, du 27 avril 1928.
4. Kraftwerke Sernf-Niedererbach AG. c. canton de Glaris, du 15 décembre 1932.
5. Commune de Fully c. S. A. L'Energie de l'Ouest-Suisse, du 21 décembre 1932.
6. AG. Elektrizitätswerk Luzern-Engelberg c. canton d'Unterwald nid dem Wald, du 6 mai 1935.
7. Commune de Nendaz c. Lonza, Usines électriques et chimiques S. A., du 25 novembre 1937.
8. Commune de Davos c. Bündner Kraftwerke AG., Klosters, du 14 novembre 1938.
9. S. A. Energie de l'Ouest Suisse c. Commune et Bourgeoisie de Bagnes, du 24 novembre 1938.

Note.

Ce travail était déjà terminé lorsque la Cour de droit administratif a rendu, le 7 juillet 1939, son arrêt en l'affaire Etat d'Obwalden contre Centralschweizerische Kraftwerke AG¹¹²). Nous en donnons un bref aperçu.

Articles 49 LFH et 22 du Règlement. — La nature des articles 49 LFH et 22 du Règlement est identique à celle de l'art. 50 LFH. Ces dispositions sont donc d'ordre public¹¹³). L'autorité ne saurait dépasser le maximum prévu à l'art. 49 („La redevance annuelle ne peut excéder six francs par cheval théorique“). L'acquiescement du concessionnaire ne dispense pas l'administration de respecter la limite fixée¹¹⁴).

¹¹²) RO 65 I JdT 1939 I 519 ss. Depuis, le TF a rendu deux nouveaux arrêts: Kraftwerk Wäggital c. March et Schwyz (RO 65 I, JdT 1940 I 53 ss) et Tiefencastel, etc. c. Rhätische Werke (RO 65 I, JdT 1940 I).

¹¹³) Voir 1^{ère} partie, chap. 1, § 1.

¹¹⁴) Voir 1^{ère} partie, chap. 2, § 1.

Calcul d'après le droit fédéral. — La concession en litige disposait que le nombre des chevaux théoriques devait être calculé d'après la „loi fédérale“ („nach dem eidgenössischen WRG“). L'art. 22 du Règlement fait partie de la „loi fédérale“ que vise l'acte. L'art. 51, al. 4 LFH confère au Conseil fédéral le pouvoir d'établir les dispositions de détail nécessaires; l'exécutif fédéral a édicté l'art. 22 dans les limites de ce pouvoir. En n'appliquant pas l'art. 22, qui adapte la formule de l'art. 51 LFH à la nature particulière des usines avec accumulation¹¹⁵), l'autorité concédante dépasserait le maximum fédéral. L'autorité devrait faire application de l'art. 22 même si la concession l'excluait implicitement ou explicitement.

Renonciation du concessionnaire. — Le concessionnaire ne peut renoncer d'avance, une fois pour toutes, à la faculté qui découle de l'art. 22. Il ne peut que s'abstenir d'user de cette faculté chaque fois qu'il serait en droit de l'exercer¹¹⁶).

Article 22 du Règlement. — L'art. 22 n'est pas une disposition appliquant l'art. 49, al. 2 LFH; la notion „usines avec accumulation“ de l'art. 22 est sans rapport avec celle d'entreprises ayant créé un „bassin d'accumulation“ de l'art. 49, al. 2. L'art. 22 et l'art. 49, al. 2 ont des fins nettement différentes.

Il faut également appliquer l'art. 22 à une usine au fil de l'eau qui dépend d'un système d'accumulation (usine au fil de l'eau construite pour utiliser au passage l'eau destinée au bassin d'accumulation de l'usine principale: sa capacité d'absorption est égale à trois à quatre fois le débit semi-annuel, ce qui est une contenance propre aux usines avec accumulation).

L'art. 22 n'a pas trait à la hauteur de chute. Pour calculer celle-ci, il faut s'en tenir à la formule de l'art. 51, al. 2 LFH. Il ne peut être question de remplacer, dans

¹¹⁵) Voir 2ième partie, chap. 3.

¹¹⁶) Voir 1ière partie, chap. 2, § 1.

la mesure où l'art. 22 substitue le débit utilisé au débit utilisable, la hauteur de chute utilisable de l'art. 51 par la hauteur de chute nette utilisée (qui part du niveau de la turbine seulement et non du point de déversement de l'eau utilisée dans le cours).

Répétition de redevances. — Le concessionnaire payait chaque année en redevances la somme résultant de ses calculs. Il prenait pour base de ceux-ci l'art. 51, LFH; il faisait abstraction de l'art. 22 du Règlement, qui, pourtant, lui était applicable. L'autorité concédante ne reconnaissait pas les calculs du concessionnaire. Elle apportait régulièrement des réserves concernant les débits, les hauteurs de chute et d'autres points secondaires. L'administration ne fixa jamais de façon définitive le total des redevances qu'elle entendait exiger.

Dans ces conditions, il faut admettre que le concessionnaire n'a pas renoncé au bénéfice de l'art. 22 lors de chaque règlement de comptes annuel, qu'il peut répéter ce qu'il a payé en trop, sans égard au temps écoulé depuis les différents paiements. Les réserves de l'autorité concédante, le caractère provisoire des paiements (et des calculs) qui en résulte, profitent également au concessionnaire. Il découle de ce caractère provisoire que le concessionnaire peut invoquer a posteriori l'art. 22, bien que les réserves de l'autorité n'aient pas eu trait à cet article. Le concessionnaire ne s'est pas prévalu de l'art. 22, par suite d'une erreur de droit: il croyait que cette norme ne lui était pas applicable. Dans les conditions créées par l'attitude du pouvoir concédant, le concessionnaire aurait dû, pour renoncer au bénéfice de cette disposition lors de chaque versement des redevances, exprimer sa renonciation. Or, il n'a pas renoncé expressément, mais il a, seulement fait abstraction de l'art. 22, dans ses calculs, par suite d'une interprétation erronée. Le caractère provisoire des paiements annuels entraîne que l'administration ne peut opposer au concessionnaire la prescription.

Renonciation partielle (art. 64, b LFH). — Le concessionnaire peut valablement renoncer à l'un des droits d'eau concédés seulement, lorsque celui-ci présente un caractère indépendant, lorsqu'il pourrait tout aussi bien faire l'objet d'une concession propre.

Article 50 LFH. — Le concessionnaire doit les redevances dès que le délai de construction est expiré, qu'il ait construit ses installations ou non¹¹⁷).

L'art. 50, al. 2 LFH peut être invoqué dès la fin du délai de construction, que le concessionnaire ait construit ou non¹¹⁸).

Si une concession prévoit, pour les différents cours d'eau qu'elle vise, des délais de construction différents, il faudra, en appliquant l'art. 50, al. 2, considérer séparément chaque droit d'eau avec son délai respectif.

D'après l'art. 54 LFH, toute concession (de plus de cinquante chevaux) doit fixer un délai de construction. L'acte qui n'indique pas ce délai est incomplet et le juge doit le compléter équitablement („nach billigem Ermessen“).

Le TF reste donc d'une façon générale dans la ligne de sa jurisprudence.

Il a toutefois révisé sa conception antérieure concernant le délai de construction. En invoquant l'art. 54, la Cour limite toutefois l'obligation de prévoir ce délai aux concessions de plus de cinquante chevaux. Pour nous, qui faisons découler l'obligation directement de l'art. 50, al. 1 LFH, le délai de construction fait partie du contenu nécessaire de tout acte d'octroi¹¹⁹).

¹¹⁷) Voir 1^{ère} partie, chap. 1, § 5.

¹¹⁸) Voir 1^{ère} partie, chap. 3.

¹¹⁹) Voir 1^{ère} partie, chap. 1, § 6.