

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Décision confirmée par le TF par arrêt
du 30.08.2023 (2C_953/2021)



Cour I
A-4148/2020

Arrêt du 8 octobre 2021

Composition

Jérôme Candrian (président du collège),
Christine Ackermann, Alexander Misic, juges,
Johanna Hirsch-Sadik, greffière.

Parties

Electricité d'Emosson SA,
recourante,
contre

Schweizerische Bundesbahnen AG,
représentés par Dr. iur. Brigitta Kratz, Rechtsanwältin,
Badertscher Rechtsanwälte AG,
intimés,

**Département fédéral de l'environnement, des transports,
de l'énergie et de la communication DETEC,**
autorité inférieure.

Objet

Police des eaux et économie hydraulique, décision de constatation du 17 juin 2020.

Faits :

A.

A.a Par concession du 20 juillet 1917 (ci-après : la concession de 1917), le Conseil fédéral a accordé aux Chemins de fer fédéraux (désormais les Chemins de fer fédéraux suisses CFF SA [ci-après : les CFF]) le droit d'utilisation de toutes les forces hydrauliques de la Barberine et de l'Eau Noire sur le territoire des communes de Salvan, Vernayaz, Finhaut et Trient pour une durée de cinquante ans, prolongeable pour une nouvelle durée de cinquante ans. Cette concession comprenait notamment le droit d'ériger un barrage à l'extrémité inférieure du plateau de Barberine et de transformer celui-ci en bassin d'accumulation d'une capacité de 39 millions de m³. Le barrage a été inauguré en 1925 et la concession a été prolongée pour une durée de cinquante ans par décision du 27 octobre 1967. Elle est ainsi arrivée à échéance le 20 juillet 2017.

A.b En parallèle, des concessions communales ont octroyé aux CFF le droit d'utiliser les eaux du Trient, du Pêcheux, du Torrent de Finhaut et du Triège inférieur. Ces concessions ont été accordées entre 1915 et 1924 par les communes de Finhaut, Martigny, Martigny-Combe, Salvan, Trient et Vernayaz. En outre, en 1929, le canton du Valais a octroyé une concession cantonale aux CFF pour les forces hydrauliques du Rhône entre la confluence du Trient et l'embouchure du canal de fuite de l'usine de Vernayaz.

B.

B.a Dans le courant des années 1950 a germé le projet de construction d'un ouvrage bien plus important sur le plateau de Barberine qui collecterait les eaux des vallées avoisinantes en France et en Suisse et submergerait le barrage des CFF.

B.b Les 6 et 9 juin 1961, les CFF et les Usines Hydro-Electriques d'Emosson SA (désormais Electricité d'Emosson SA [ci-après : ESA]) ont conclu un accord de principe au sujet de l'aménagement hydroélectrique d'Emosson et de la sauvegarde des droits et des intérêts des CFF (ci-après : l'accord de principe de 1961).

B.c Le 23 août 1963, la Confédération suisse et la République française ont conclu une convention au sujet de l'aménagement hydraulique d'Emosson (RS 0.721.809.349.1 ; ci-après : la convention de 1963), qui est entrée en vigueur le 15 décembre 1964.

B.d Par concession du 27 juin 1966, entrée en vigueur le 1^{er} février 1967 (ci-après : la concession de 1966), le Conseil fédéral a accordé à ESA le droit d'utiliser, dans les limites fixées dans la concession, les forces hydrauliques mises en valeur dans l'aménagement hydroélectrique d'Emosson jusqu'au 31 décembre de la 80^{ème} année suivant l'expiration du délai fixé pour la mise en service des usines du Châtelard et de la Bâtiaz, soit jusqu'au 31 décembre 2055. L'étendue de la concession y est définie aux art. 22 s. comme suit :

Art. 22 Droit d'utilisation

¹ Par le fait de la présente concession et de celle qui est accordée par la France, le concessionnaire acquiert le droit d'utiliser toutes les forces hydrauliques qui font l'objet de la Convention conclue avec la République française en date du 23 août 1963, au sujet de l'aménagement hydro-électrique d'Emosson. [...]

² Le droit d'utilisation comprend notamment celui :

- a) de capter les eaux de la Barberine au moyen d'un grand barrage implanté dans la gorge de ce cours d'eau, au débouché de la plaine d'Emosson,
- b) de capter entre les cotes 1575 et 1520 les eaux du Val Ferret supérieur, des torrents de Treutse Bo, de Planereuse et de Saleina, du Val d'Arpette, du torrent de Jure, du Trient, du Nant Noir et du Pêcheux, puis de conduire ces eaux dans un bassin de compensation dit des Esserts, dans la Vallée de l'Eau Noire, et de là, par pompage, dans le bassin d'accumulation d'Emosson,
- c) d'amener par gravité, dans le bassin d'accumulation d'Emosson, les eaux captées en France dans les hauts bassins de l'Arve, du Giffre et de l'Eau Noire,
- d) d'accumuler dans le bassin d'Emosson, jusqu'à la cote 1930 environ, les eaux ainsi captées en Suisse et en France,
- e) d'utiliser ces eaux sur les chutes du Châtelard, des Esserts et de La Bâtiaz jusqu'à la restitution dans le Rhône, à la cote 453 environ, à l'exclusion toutefois des débits indiqués aux articles 23, 33 et 34 de la présente concession.

Art. 23 Limites apportées au droit d'utilisation du concessionnaire

¹ Sont exclus du droit d'utilisation du concessionnaire :

- a) un débit annuel, représentant :
 - les apports annuels moyens du bassin d'accumulation actuel de la Barberine en provenance de la Barberine, ainsi que des régions du Nant de Drance, du Triège et du Bel'Oiseau, sans déduction des déversements actuels de cette accumulation, ainsi que
 - les débits annuels moyens soustraits par l'aménagement d'Emosson aux prises d'eau des CFF existant actuellement sur le Trient, l'Eau Noire et le Pêcheux, réduits en proportion de l'augmentation de chute disponible ;
- b) un volume d'accumulation, représentant :
 - le volume de la retenue de Barberine dans son état actuel, y compris le volume mort, ainsi que

- un volume supplémentaire de 17 millions de m³.

² Le débit annuel et le volume d'accumulation mentionnés sous chiffre 1, a et b seront réservés aux CFF (ou à leurs successeurs en droit) dans la retenue d'Emosson, conformément à l'accord de principe des 6/9 juin 1961 (ou à tout autre accord qui lui sera substitué) conclu entre les CFF et le concessionnaire. Ce dernier aura l'obligation de tolérer, dans les limites de cet accord, le refoulement dans la retenue d'Emosson des débits dont les CFF disposeront au Châtelard. Il en sera de même du prélèvement des débits dont les CFF disposeront dans la retenue d'Emosson pour les refouler dans l'accumulation du Vieux Emosson.

³ Le concessionnaire prendra, conformément à l'accord de principe précité, les dispositions nécessaires au rétablissement des ouvrages de prise et d'amenée d'eau de l'usine de Barberine.

⁴ Sauf cas de force majeure, le concessionnaire ne devra à aucun moment entraver l'exploitation des usines des CFF de Barberine, du Trient, de Vernayaz et du Nant de Drance sans l'assentiment des CFF.

[...]

⁸ Les débits réservés, définis à l'article 33 ci-dessous, sont aussi exclus du droit d'utilisation du concessionnaire.

B.e Par décret du 30 décembre 1966, le Ministère de l'industrie de la République française a concédé à ESA l'aménagement et l'exploitation de la chute du Châtelard, dans les bassins de l'Arve et de l'Eau Noire, dans le département de la Haute-Savoie.

B.f Vu l'arrêté du Conseil fédéral du 27 octobre 1967 prolongeant jusqu'au 20 juillet 2017 la concession de 1917, les communes de Finhaut et de Trient ont, par concession du 9 septembre 1971, respectivement du 22 juin 1972, accordé aux CFF le droit d'utiliser les forces hydrauliques de l'Eau Noire, du Pêcheux, du Trient et des Ruisseaux de Finhaut sur leur territoire respectif jusqu'au 20 juillet 2017.

B.g En date du 15 novembre 1972, le Conseil fédéral a octroyé aux CFF, avec effet rétroactif au 20 juillet 1967, un avenant à la concession de 1917 (ci-après : l'avenant de 1972), s'éteignant également le 20 juillet 2017, lequel redéfinissait notamment l'étendue du droit d'utilisation concédé à partir du moment où le bassin de Barberine cesserait d'être utilisable du fait de l'aménagement hydroélectrique d'Emosson, indiquait que les eaux concédées seraient utilisées dans les usines du Châtelard I et II et précisait les rapports entre l'aménagement des CFF et l'aménagement d'Emosson.

B.h L'aménagement hydroélectrique franco-suisse d'Emosson a été mis en service dans le courant de l'année 1975.

B.i Le 1^{er} octobre 1984, ESA et les CFF ont conclu une convention remplaçant l'accord de principe de 1961 (ci-après : la convention de 1984), laquelle définissait les droits et obligations réciproques de chaque partie et les conditions fixées à l'exploitation des aménagements.

C.

C.a Par courrier du 19 juillet 2002, les CFF ont saisi le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (ci-après : le DETEC) d'une demande de principe de renouvellement de la concession de 1917.

C.b Le 3 juin 2003, l'Office fédéral des eaux et de la géologie (désormais l'Office fédéral de l'environnement [ci-après : l'OFEN]) a indiqué ne pas voir d'inconvénient à ce que le renouvellement de la concession soit accordé aux CFF. Différents actes préparatoires ont ensuite été réalisés.

C.c En date du 16 septembre 2016, les CFF ont saisi le DETEC d'une demande d'autorisation provisoire d'exploitation des usines hydroélectriques du Châtelard I et II jusqu'au 20 juillet 2022, dès lors que les documents nécessaires au renouvellement de la concession n'étaient pas encore disponibles.

C.d Dans sa détermination du 3 février 2017, ESA a fait valoir que la demande d'autorisation provisoire des CFF faisait abstraction des droits qui lui avaient été concédés. Elle a également indiqué qu'elle allait initier des discussions et des négociations avec les CFF pour le cas où des droits d'utilisation d'eau leur seraient accordés et elle a réservé tous ses droits au sujet de la concession de Barberine dans l'intervalle.

C.e Par décision du 12 juillet 2017, le DETEC a autorisé les CFF à continuer l'exploitation des centrales électriques du Châtelard I et II dans le cadre de mesures provisoires, du 21 juillet 2017 jusqu'au 20 juillet 2022 au plus tard. Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours.

C.f En parallèle, par courrier du 19 juillet 2002, les CFF ont déposé une demande auprès des communes de Finhaut, Salvan, Trient, Martigny-Combe, Martigny et Vernayaz ainsi que de l'Etat du Valais tendant au renouvellement des concessions de forces hydrauliques communales et cantonales utilisées dans les centrales hydroélectriques de Trient et de Vernayaz. Par décision du 21 juin 2017, le Conseil d'Etat du canton du Valais a donné suite à la demande des CFF du 16 septembre 2016 et a autorisé ces derniers, à titre de mesures provisoires, à continuer l'exploitation des

centrales hydroélectriques de Trient et de Vernayaz jusqu'au 20 juillet 2022. Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours.

D.

D.a Le 27 juillet 2018, compte tenu de l'échéance de la concession de 1917 et de la procédure de renouvellement, ESA (ci-après : la requérante) a demandé à l'OFEN de rendre une décision sur l'étendue de ses droits actuels. Elle a fait valoir en substance que la concession de 1966 lui avait accordé le droit exclusif de capter notamment les eaux du Trient, du Pêcheux et de la Barberine, et qu'à l'échéance de la concession de 1917, elle pourrait continuer d'exploiter les eaux susmentionnées, mais sans restitutions aux CFF.

D.b Par décision du 17 juin 2020, le DETEC a constaté que les droits d'eau des CFF n'avaient pas automatiquement changé d'ayant droit à l'échéance de la concession des CFF en 2017, ce qui signifiait qu'ils ne faisaient pas partie des droits d'eau concédés à la requérante. Il a mis les frais de la procédure à la charge de cette dernière et n'a pas alloué de dépens.

Le DETEC a considéré en substance que la requérante bénéficiait d'un intérêt digne de protection à clarifier la situation afin de savoir si elle avait actuellement le droit d'utiliser les eaux ou si elle devait prendre des mesures pour entrer en compétition pour le renouvellement de la concession de 1917. Sur le plan matériel, il a estimé que le texte de la concession de 1966 n'était pas suffisamment clair pour répondre à la question de savoir si un transfert des droits des CFF à la requérante avait eu lieu. Cependant, l'interprétation historique de la concession, le but réglementaire ainsi que le comportement des parties après l'octroi de la concession indiquaient que les droits d'eau des CFF étaient exclus de la concession de 1966 et que la limitation du droit d'utilisation de la requérante subsistait même après l'échéance de la concession de 1917. Par conséquent, le DETEC a retenu que les droits actuellement réservés aux CFF, soit le débit annuel et le volume d'accumulation, pouvaient faire l'objet d'un renouvellement de la concession.

E.

E.a Le 18 août 2020, ESA (ci-après : la recourante) a interjeté recours auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal) à l'encontre de la décision du 17 juin 2020 du DETEC (ci-après : l'autorité inférieure), requérant, à titre de mesures provisionnelles, qu'interdiction soit faite à l'autorité inférieure de mettre à l'enquête, de publier et d'octroyer toute nouvelle

concession sur la Barberine et les eaux du Trient, du Pêcheux et de l'Eau Noire jusqu'à droit connu dans la présente procédure.

Sur le fond, la recourante a conclu à ce qu'il plaise au Tribunal, préalablement, de dire que les CFF (ci-après : les intimés) n'ont pas la qualité de partie à la présente procédure et, principalement : 1. annuler la décision de l'autorité inférieure du 17 juin 2020 ; 2. constater que la recourante a notamment, conformément à la concession de 1966, un droit d'utilisation comprenant celui : a. de capter les eaux de la Barberine au moyen d'un grand barrage implanté dans la gorge de ce cours d'eau, au débouché de la plaine d'Emosson ; b. de capter entre les cotes 1575 et 1520 les eaux du Val Ferret supérieur, des torrents de Treutse Bo, de Planereuse et de Saleina, du Val d'Arpette, du Torrent de Jure, du Trient, du Nant Noir et du Pêcheux, puis de conduire ces eaux dans un bassin de compensation des Esserts, dans la vallée de l'Eau Noire, et de là, par pompage, dans le bassin d'accumulation d'Emosson ; c. d'amener par gravité, dans le bassin d'accumulation d'Emosson, les eaux captées en France dans les hauts bassins de l'Arve, du Giffre et de l'Eau Noire ; d. d'accumuler dans le bassin d'Emosson, jusqu'à la cote 1930 environ, les eaux ainsi captées en Suisse et en France ; e. d'utiliser ces eaux sur les chutes du Châtelard, des Esserts et de la Bâtiaz jusqu'à la restitution dans le Rhône, à la cote 453 environ, à l'exclusion des débits selon les art. 33 al. 1 et 2 et 34 (nouveau) ; 3. constater que l'exclusion des débits indiqués à l'art. 23 de la concession de 1966 est caduque depuis le 20 juillet 2017 ; 4. constater que la recourante n'a aucune obligation de restitution en lien avec les débits annuels moyens soustraits aux prises d'eau des intimés sur le Trient, le Pêcheux et l'Eau Noire et jouit d'un droit d'utilisation plein et entier sur ces eaux ; 5. constater que l'art. 33 al. 3 de la concession de 1966 est caduc ; 6. mettre les frais de la présente procédure de recours et ceux de l'instance précédente à la charge de l'autorité inférieure ; 7. lui allouer une indemnité équitable à titre de dépens. Subsidiairement, elle a conclu à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi du dossier à l'autorité inférieure pour qu'elle statue dans le sens des considérants.

La recourante a fait valoir en substance que l'art. 23 de la concession de 1966 était une clause négociée entre elle-même et l'autorité concédante qui renvoyait à l'accord de principe de 1961, de sorte que les volumes d'eau qui y étaient réservés n'étaient pas des débits réels qui pourraient être concédés mais des volumes forfaitairement négociés entre les parties à l'accord de principe de 1961, lequel constituait ainsi un contrat de restitution. Par conséquent, depuis l'entrée en vigueur de la concession de 1966, les intimés n'avaient plus aucun droit d'eau sur les débits de la Vallée

du Trient (Trient, Pêcheux et Eau Noire) qui étaient détournés vers Emosson et le droit des intimés aux restitutions, de nature contractuelle, avait pris fin à l'échéance de leur concession, le 20 juillet 2017. S'agissant du droit d'utilisation des eaux de la Barberine, la recourante a fait valoir qu'il ressortait de l'avenant de 1972 qu'à partir du moment où le bassin de Barberine avait cessé d'être utilisable en raison de l'aménagement d'Emosson, les intimés avaient perdu leur droit de captage et ne disposaient plus que d'un droit d'accumulation dans la retenue d'Emosson, dans la mesure où le droit de capter les eaux de la Barberine lui avait été exclusivement accordé par la concession de 1966. Ce droit d'accumulation était également de nature purement contractuelle et il s'était éteint à l'échéance de la concession des intimés.

E.b Dans son écriture du 17 septembre 2020, l'autorité inférieure a conclu au rejet de la demande de mesures provisionnelles de la recourante et à ce que la qualité de partie soit reconnue aux intimés dans la présente procédure.

E.c Dans leur détermination du 22 septembre 2020, les intimés ont conclu, sous suite de frais et dépens à la charge de la recourante, au rejet de la requête de mesures provisionnelles, dans la mesure de sa recevabilité, et à ce que la qualité de partie leur soit accordée dans la présente procédure.

E.d Par décision incidente du 4 novembre 2020, le Tribunal a reconnu aux intimés la qualité de partie dans la présente procédure, a rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée par la recourante et a réservé la fixation et la répartition des frais.

Il a considéré en substance que les intimés avaient pris part à la procédure devant l'autorité inférieure et qu'ils étaient spécialement atteints par la décision attaquée et le seraient également par l'arrêt qui serait rendu sur le fond dans la présente procédure, dès lors que la décision entreprise délimite tant les droits d'eau de la recourante que les leurs. S'agissant de la requête de mesures provisionnelles, le Tribunal a jugé que la procédure de renouvellement de la concession ne pouvait pas causer un préjudice difficilement réparable à la recourante, étant donné que les intimés étaient de toute manière au bénéfice d'une autorisation provisoire de continuer l'exploitation de leurs centrales électriques. En outre, dans la mesure où l'interdiction d'ouvrir une telle procédure empêcherait qu'elle puisse aboutir avant l'expiration de l'autorisation provisoire, cette mesure apparaissait disproportionnée. Enfin, compte tenu de la durée des procédures de con-

cession, le Tribunal a considéré que l'urgence faisait défaut en ce qui concerne la requête de la recourante visant à interdire l'octroi de toute nouvelle concession sur les eaux litigieuses.

E.e En date du 30 novembre 2020, l'autorité inférieure a déposé ses déterminations sur le recours du 18 août 2020, concluant à son rejet. Se référant à sa décision du 17 juin 2020, elle a fait valoir en substance qu'il fallait distinguer la délimitation des droits d'eau, qui doit être fixée par l'autorité concédante dans les concessions, de la réglementation du bon fonctionnement des aménagements de la recourante et des intimés et des questions d'indemnisation entre les parties, qui font l'objet de conventions privées. L'autorité inférieure a également estimé que les droits d'utilisation des eaux de la vallée du Trient faisaient l'objet de concessions communales, de sorte qu'elle n'était pas compétente pour décider sur ces droits d'eau.

E.f Dans leur réponse du 25 janvier 2021, les intimés ont conclu, sous suite de frais et dépens à la charge de la recourante, au rejet du recours du 18 août 2020, dans la mesure de sa recevabilité.

Ils ont fait valoir en substance que l'autorité inférieure avait correctement interprété les art. 22 s. de la concession de 1966 et retenu à juste titre que leurs droits d'eau sur la Barberine et ses affluents ainsi que sur les eaux de la Vallée du Trient n'avaient été transférés à la recourante ni au moment de l'octroi de la concession de 1966, ni à l'échéance de leur concession, dès lors qu'ils avaient été maintenus dans le cadre de l'avenant de 1972 ainsi que sur la base des nouvelles concessions communales de 1971 et 1972. En effet, un transfert automatique de ces droits n'était prévu ni dans l'accord de principe de 1961, ni dans la concession de 1966, de sorte que les droits d'eau des intimés, demeurés inchangés et maintenus par les autorisations provisoires d'exploitation, pouvaient faire l'objet d'un renouvellement des concessions.

E.g Le 9 mars 2021, l'autorité inférieure a donné suite à l'invitation du Tribunal et a produit les pièces dont la recourante demandait la production.

E.h En date du 1^{er} avril 2021, la recourante a fait parvenir sa réplique, dans laquelle elle s'est essentiellement référée aux arguments déjà exposés dans son recours, notamment au fait que les limitations imposées à son droit d'utilisation par l'art. 23 de la concession de 1966 étaient de nature exclusivement contractuelle et avaient pris fin à l'échéance de la concession des intimés, le 20 juillet 2017. En effet, la concession de 1966 lui avait

accordé le droit de capter les eaux du Trient, du Pêcheux et de la Barberine, de sorte que l'art. 23 de dite concession ne pouvait être interprété comme une exclusion, mais devait être considéré comme un renvoi à l'accord de principe de 1961, lequel avait pris fin à l'échéance de la concession des intimés.

E.i Dans sa duplique du 12 mai 2021, l'autorité inférieure a fait valoir que le droit d'accumulation ainsi que tout autre aspect relatif à l'utilisation de la force hydraulique et qui découle de l'art. 54 de la loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH, RS 721.80) ne pouvaient pas faire l'objet d'un accord de droit privé mais devaient être directement réglés au niveau des concessions, comme cela avait été fait dans la concession de 1966. Partant, les droits que détenait la recourante sur les eaux de la Barberine, du Trient, du Pêcheux et de l'Eau Noire étaient limités par les droits d'eau préexistants des intimés sur les mêmes cours d'eau.

E.j Le 27 mai 2021, les intimés ont déposé leur duplique, dans laquelle ils se sont essentiellement référés aux arguments développés dans leur réponse, rappelant que les art. 22 s. de la concession de 1966 imposaient des limitations au droit d'utilisation de la recourante que l'autorité concédante avait elle-même fixées dans la concession et que seul le mode d'utilisation des eaux réservées dans celle-ci avait changé suite à la mise en service de l'aménagement d'Emosson. La limitation des droits d'eau de la recourante ainsi que la réserve des droits d'eau des intimés avaient certes été convenues dans l'accord de principe de 1961, mais, de par leur reprise dans la concession de 1966, ces limites avaient revêtu une nature décisionnelle.

E.k Par écriture du 11 juin 2021, les intimés ont fait parvenir leurs observations finales, dans lesquelles ils ont estimé que toutes les réglementations relatives à l'aménagement d'Emosson avaient eu pour but de garantir la poursuite de l'exploitation de leurs installations et que, jusqu'à récemment, la recourante avait toujours accepté que leur concession puisse être renouvelée.

E.l Dans ses observations finales du 30 juin 2021, la recourante a fait valoir que la référence à l'accord de principe de 1961 dans la concession de 1966 ne visait qu'à en renforcer symboliquement la valeur. En raison de la mise en service de l'aménagement d'Emosson, les intimés avaient perdu la maîtrise des eaux du Trient, du Pêcheux et de la Barberine qui leur étaient antérieurement concédées. L'accord de principe de 1961 leur octroyant

des restitutions sous la forme de droits d'eau, une concession avait toutefois été nécessaire pour qu'ils puissent utiliser ceux-ci à des fins de production hydroélectrique. Par conséquent, l'avenant de 1972 avait donné aux intimés un droit d'utilisation des eaux ne portant non pas sur des débits réels utilisables au sens de l'art. 54 let. b LFH, mais sur des forfaits contractuels. Les obligations contractuelles de la recourante à cet égard avaient toutefois pris fin à l'échéance de la concession des intimés, le 20 juillet 2017.

En tant que de besoin, les autres faits et arguments pertinents des parties seront examinés dans les considérants en droit ci-dessous.

Droit :

1.

1.1 La procédure de recours est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), à moins que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose autrement (cf. art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (cf. art. 7 PA) ainsi que la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

1.2 Conformément à l'art. 31 LTAF, le Tribunal connaît, sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, non pertinentes en l'espèce, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA rendues par les autorités énumérées à l'art. 33 LTAF. L'autorité inférieure est une autorité précédente au sens de l'art. 33 let. d LTAF et l'acte attaqué, en ce qu'il constate l'étendue des droits de la recourante, revêt les caractéristiques d'une décision (cf. art. 5 al. 1 let. b PA). Le Tribunal est donc compétent pour connaître du présent litige.

1.3 La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure. En tant que destinataire de la décision entreprise qui lui fait grief, elle est particulièrement atteinte et a un intérêt digne de protection à requérir son annulation ou sa modification (cf. art. 48 al. 1 PA). Elle dispose ainsi de la qualité pour recourir.

1.4

Il convient toutefois de se prononcer sur la recevabilité de certaines conclusions et de certains griefs de la recourante.

1.4.1

1.4.1.1 En procédure administrative contentieuse, l'objet du litige (Streitgegenstand) est défini par deux éléments : d'une part, par la décision attaquée, soit l'objet de la contestation (Anfechtungsobjekt), et, d'autre part, par les conclusions des parties. Le contenu de la décision attaquée, en particulier son dispositif, délimite l'objet du litige (cf. arrêts du Tribunal fédéral [TF] 8C_702/2019 du 17 septembre 2020 consid. 5.2 ; 2C_118/2014 du 22 mars 2015 consid. 1.3). Si le dispositif renvoie expressément aux considérants, ceux-ci font partie du dispositif dans la mesure du renvoi (cf. ATAF 2014/24 consid. 1.4.1). En vertu du principe de l'unité de la procédure, l'autorité de recours ne peut statuer que sur des points que l'autorité inférieure a examinés ou aurait dû examiner. C'est pourquoi, dans ses conclusions, le recourant ne peut en principe que réduire l'objet du litige – en renonçant à remettre en cause certains points de la décision entreprise – et non pas l'élargir (cf. ATF 144 II 359 consid. 4.3 ; 142 I 155 consid. 4.4.2 ; 136 II 457 consid. 4.2 ; ATAF 2014/24 consid. 1.4.1 ; arrêts du TAF A-4539/2019 du 6 avril 2021 consid. 2.1 ; A-2569/2018 du 4 juin 2019 consid. 1.5.1).

1.4.1.2 En l'espèce, dans sa demande en constatation, la recourante a demandé à l'autorité inférieure de rendre une décision sur l'étendue de ses droits actuels (cf. n^{os} 207 à 209 du dossier de l'autorité inférieure). La décision attaquée constate que les droits d'eau des intimés n'ont pas automatiquement changé d'ayant droit à l'échéance de leur concession, le 20 juillet 2017, ce qui signifie qu'ils ne font pas partie des droits d'eau concédés à la recourante. En d'autres termes, la décision entreprise délimite les droits d'eau concédés à la recourante par rapport aux droits d'eau des intimés. L'objet du litige consiste ainsi à déterminer si les droits concédés aux intimés ont été automatiquement transférés à la recourante à l'échéance de leur concession et, partant, à définir l'étendue des droits d'eau de la recourante. Par conséquent, les conclusions de la recourante tendant à ce qu'il soit constaté que l'exclusion des débits indiqués à l'art. 23 de la concession de 1966 est caduque depuis le 20 juillet 2017, à ce qu'il soit constaté qu'elle n'a aucune obligation de restitution en lien avec les débits annuels moyens soustraits aux prises d'eau des intimés sur le Trient, le Pêcheux et l'Eau Noire, et jouit d'un droit d'utilisation plein et entier sur ces eaux, et à ce qu'il soit constaté que l'art. 33 al. 3 de la concession de 1966 est caduc, ne font pas partie de l'objet du litige et sont dès lors irrecevables. En revanche, contrairement à ce que font valoir les intimés, la conclusion de la recourante tendant à ce que soit constaté le contenu du droit d'utilisation dont elle dispose en vertu de la concession de 1966

(cf. conclusion principale n° 2 du recours du 18 août 2020) est recevable, dès lors qu'elle entre dans l'objet du litige tel que défini ci-dessus.

1.4.2 A l'appui de son recours, la recourante fait valoir qu'en retenant qu'elle n'est pas concessionnaire des eaux de la Barberine, l'autorité inférieure a violé ses droits consacrés par la concession de 1966. Les intimés considèrent que la violation des droits consacrés par la concession ne constitue pas un motif de recours admissible.

Aux termes de l'art. 49 PA, le recourant peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b) et l'inopportunité (let. c). Les autres griefs, faute d'être énumérés à l'art. 49 PA, ne sont en principe pas autorisés (cf. ZIBUNG/HOFSTETTER, in : Waldmann/Weissenberger [édit.], Praxiskommentar VwVG, 2^{ème} éd. 2016, art. 49 PA n° 1). La violation des droits consacrés par la concession constitue un motif de recours au sens de l'art. 49 PA, en tant qu'il concerne la violation des droits acquis octroyés par la concession. En effet, ces derniers sont protégés par les art. 43 al. 2 et 45 LFH ainsi que par la garantie de la propriété (cf. art. 26 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]) ou le principe de la bonne foi (cf. art. 9 Cst. ; ATF 145 II 140 consid. 4.3 ; 128 II 112 consid. 10a ; arrêts du TF 1C_250/2018 du 18 octobre 2019 consid. 4.1 ; 1C_222/2017 du 8 août 2017 consid. 2.1 ; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n° 1341 s.). Par conséquent, le grief de la violation des droits acquis accordés par la concession consiste en réalité à faire valoir une violation du droit fédéral et il sera examiné ci-après (cf. *infra* consid. 7).

1.5 Pour le surplus, présenté dans le délai (cf. art. 50 al. 1 PA) et les formes (cf. art. 52 al. 1 PA) prescrits par la loi, le recours s'avère recevable au sens des considérants, de sorte qu'il convient d'entrer en matière.

2.

En sa qualité d'autorité de recours, le Tribunal dispose d'une pleine cognition. Il revoit librement l'application du droit par l'autorité inférieure (cf. art. 49 PA). Conformément à la maxime inquisitoire, le Tribunal vérifie d'office les faits constatés par l'autorité inférieure (cf. art. 12 PA), sous réserve du devoir de collaborer des parties (cf. art. 13 PA). Il applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2^{ème} éd. 2015, p. 243). Il se limite en

principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2 ; 2012/23 consid. 4).

3.

L'objet du présent litige porte sur la question de savoir si l'autorité inférieure a fait une correcte application du droit en constatant que les droits d'eau des intimés n'ont pas automatiquement changé d'ayant droit à l'échéance de leur concession, le 20 juillet 2017, de sorte qu'ils ne font pas partie des droits d'eau concédés à la recourante.

Dans un premier temps, il convient d'analyser si l'autorité inférieure était en droit de donner suite à la demande en constatation de la recourante (cf. *infra* consid. 4). Dans un second temps, il s'agira d'examiner les griefs soulevés par la recourante et de vérifier si l'autorité inférieure a commis un déni de justice (cf. *infra* consid. 5), si elle a constaté les faits de manière inexacte ou incomplète (cf. *infra* consid. 6) et si la décision attaquée viole les art. 43 al. 2 et 45 LFH et constitue une atteinte à la propriété de la recourante (cf. *infra* consid. 7).

4.

4.1 Aux termes de l'art. 25 al. 1 PA, l'autorité compétente sur le fond a qualité pour constater par une décision, d'office ou sur demande, l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations fondés sur le droit public. Elle donne suite à une demande en constatation si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection (cf. art. 25 al. 2 PA). D'après la jurisprudence, il existe un intérêt digne de protection au sens de l'art. 25 al. 2 PA – qui peut être de nature juridique ou un simple intérêt de fait mais qui, en tout état de cause, doit être particulier, direct et actuel (cf. ATF 120 Ib 351 consid. 3b ; 114 V 201 consid. 2c et les arrêts cités ; arrêt du TAF A-6329/2019 du 23 avril 2021 consid. 3.1) – lorsque la constatation immédiate de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit permet au requérant d'éviter de prendre des dispositions dommageables (cf. arrêts du TAF C-5074/2020 du 25 mai 2021 consid. 4.6.3 ; B-3154/2007 du 23 juin 2007 consid. 2 ; ISABELLE HÄNER, in : Praxiskommentar VwVG, 2^{ème} éd. 2016, art. 25 PA n° 8). Il faut en outre que l'intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé de manière aussi efficace au moyen d'une décision formatrice (subsidiarité de la décision de constatation ; cf. ATF 137 II 199 consid. 6.5 ; 135 III 378 consid. 2.2 ; ATAF 2015/35 consid. 2.2.2 ; arrêt du TAF A-6853/2018 du 12 novembre 2019 consid. 6.2).

4.2 En l'espèce, compte tenu de l'insécurité juridique relative à l'étendue de ses droits d'eau, la recourante dispose d'un intérêt légitime à savoir si elle doit prendre des mesures afin d'entrer en compétition pour le renouvellement de la concession des intimés, de manière à éviter, le cas échéant, les dépenses élevées induites par la préparation d'une demande de concession. En outre, le fait que la recourante n'a pas formé recours contre la décision d'autorisation provisoire du 12 juillet 2017 est sans importance, dès lors que cette décision ne concerne pas l'étendue des droits concédés mais uniquement la poursuite de l'exploitation des centrales électriques dans le cadre de mesures provisoires. Par conséquent, l'autorité inférieure a retenu à bon droit que la recourante avait un intérêt digne de protection, au sens de l'art. 25 al. 2 PA, à ce que l'étendue de ses droits d'eau actuels soit constatée, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté par les intimés.

5.

5.1 La recourante fait grief à l'autorité inférieure de s'être abstenue de statuer sur la question des droits d'utilisation des eaux de la Vallée du Trient – expression par laquelle elle désigne les eaux du Trient, du Pêcheux et de l'Eau Noire – et, ce faisant, d'avoir commis un déni de justice.

5.2 Les intimés considèrent en revanche que ce grief est mal fondé, dès lors que la décision entreprise renvoie à la réserve correspondante prévue à l'art. 23 al. 1 de la concession de 1966 et que l'autorité inférieure a retenu à juste titre que le pouvoir de disposition sur les eaux du Trient, du Pêcheux et de l'Eau Noire, dans la mesure où elles n'ont pas été concédées à la recourante, ne lui appartenait pas mais relevait de la compétence des communes.

5.3 Aux termes de l'art. 29 al. 1 Cst., toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Il y a déni de justice formel lorsqu'une autorité n'applique pas ou applique d'une façon incorrecte une règle de procédure, de sorte qu'elle ferme l'accès à la justice au particulier qui, normalement, y aurait droit. L'autorité qui se refuse de statuer ou ne le fait que partiellement viole l'art. 29 al. 1 Cst. (cf. ATF 144 II 184 consid. 3.1 ; 135 I 6 consid. 2.1 ; 134 I 229 consid. 2.3 ; arrêts du TF 2C_658/2016 du 25 août 2016 consid. 3.3 ; 2C_601/2010 du 21 décembre 2010 consid. 2 ; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n° 2002 ; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, in : Praxiskommentar VwVG, 2^{ème} éd. 2016, art. 46a PA n° 2).

5.4 Dans le cas d'espèce, la décision attaquée indique que le droit d'utilisation des eaux du Trient, du Pêcheux et de l'Eau Noire fait l'objet de concessions communales (cf. décision de l'autorité inférieure du 17 juin 2020, p. 4). Dans le dispositif, elle retient que les droits d'eau des intimés n'ont pas automatiquement changé d'ayant droit à l'échéance de leur concession en 2017. Il pourrait certes être reproché à l'autorité inférieure de ne pas avoir clairement distingué, dans la décision attaquée, entre les droits devant être concédés par la Confédération et ceux devant l'être par les communes s'agissant des eaux du Trient, du Pêcheux et de l'Eau Noire (à propos des compétences respectives de la Confédération et des communes en l'espèce, cf. *infra* consid. 7.4.1, 7.5.2.2, 2^{ème} et 3^{ème} paragraphes, et 7.5.5.4). Cependant, force est de constater que l'autorité inférieure ne s'est pas abstenue de statuer sur le droit d'utilisation de ces eaux. La recourante ne semble d'ailleurs pas véritablement reprocher à l'autorité inférieure d'avoir commis un déni de justice mais plutôt de ne pas s'être penchée plus en détail sur la question des eaux de la Vallée du Trient, ce qui l'aurait conduite à interpréter d'une manière différente la notion de « limites apportées au droit d'utilisation » qui figure à l'art. 23 de la concession de 1966. En tout état de cause, l'autorité inférieure ne s'est nullement rendue coupable d'un déni de justice, de sorte que ce grief doit être écarté.

6.

6.1 La recourante fait également valoir qu'en faisant abstraction des eaux de la Vallée du Trient et des droits concédés aux intimés dès 1967 ainsi qu'en ne se référant nullement à l'avenant de 1972, l'autorité inférieure a constaté les faits pertinents de manière inexacte, dès lors que seul l'ensemble des circonstances permet d'interpréter la concession de 1966.

6.2 Les intimés estiment au contraire que l'autorité inférieure a constaté les faits utiles à l'interprétation des art. 22 s. de la concession de 1966 de manière exacte et complète, dans la mesure où elle a énuméré et analysé, dans la décision entreprise, l'ensemble des documents juridiques pertinents pour l'examen des droits d'eau de la recourante, respectivement du transfert allégué des droits d'eau des intimés à la recourante. En particulier, l'autorité inférieure a dûment pris en considération l'avenant de 1972 pour interpréter la concession litigieuse.

6.3 Aux termes de l'art. 12 PA, l'autorité constate les faits d'office et procède s'il y a lieu à l'administration des preuves. La constatation des faits effectuée par l'autorité compétente se révèle incomplète lorsque toutes les circonstances de fait et les moyens de preuve déterminants pour la décision n'ont pas été pris en compte par l'autorité inférieure ; elle est inexacte

lorsque l'autorité a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces par exemple (cf. ATAF 2012/21 consid. 5.1 ; arrêt du TAF A-6432/2018 du 10 février 2020 consid. 4.2.1 ; BOVAY, op. cit., p. 566 ; BENJAMIN SCHINDLER, in : Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2^{ème} éd. 2019, art. 49 PA n° 29).

6.4 En l'espèce, la décision attaquée indique que la concession de 1917 a été adaptée aux nouvelles réalités par la conclusion d'un avenant le 15 novembre 1972, dont l'article premier est d'ailleurs intégralement reproduit (cf. décision de l'autorité inférieure du 17 juin 2020, p. 4). Par conséquent, contrairement à ce qu'allègue la recourante, on ne saurait reprocher à l'autorité inférieure d'avoir constaté les faits de manière inexacte en ne se référant nullement à l'avenant de 1972 et en faisant abstraction des droits concédés aux intimés dès 1967. Par ailleurs, comme indiqué ci-dessus (cf. *supra* consid. 5.4), on ne peut suivre la recourante lorsqu'elle affirme que l'autorité inférieure a fait abstraction des eaux de la Vallée du Trient, dans la mesure où la décision attaquée retient que le droit d'utilisation des eaux du Trient, du Pêcheux et de l'Eau Noire fait l'objet de concessions communales (cf. décision de l'autorité inférieure du 17 juin 2020, p. 4) et qu'aucun des droits d'eau des intimés n'a été automatiquement transféré à la recourante à l'échéance de leur concession. Force est ainsi de constater que le grief de la recourante relatif à la constatation inexacte des faits pertinents par l'autorité inférieure est mal fondé et doit être écarté.

7.

7.1 Dans la décision entreprise, l'autorité inférieure a considéré que le texte de la concession de 1966 n'était pas suffisamment clair pour déterminer si les droits d'eau des intimés ont été automatiquement transférés à la recourante (dans le sens d'une « Ablösung »). Néanmoins, se fondant sur une interprétation historique des art. 22 s. de la concession de 1966 et en prenant en considération l'accord de principe de 1961, la convention de 1963 ainsi que l'avenant de 1972, l'autorité inférieure a estimé que l'exclusion prévue à l'art. 23 de la concession de 1966 était une limitation réelle du droit d'utilisation de la recourante qui subsistait après l'échéance de la concession des intimés, le 20 juillet 2017. Cette interprétation était en outre confirmée par le but des art. 22 s. de la concession de 1966, qui était d'assurer la continuation de l'exploitation des usines hydroélectriques des intimés indépendamment de la mise en service de l'aménagement d'Emosson, ainsi que par le comportement ultérieur des parties, qui ne s'attendaient pas à un transfert automatique des droits d'eau des intimés à la

recourante. Par conséquent, l'autorité inférieure est arrivée à la conclusion que les droits d'eau des intimés n'ont pas automatiquement changé d'ayant droit à l'échéance de leur concession en 2017, ce qui signifie qu'ils ne font pas partie des droits d'eau concédés à la recourante.

Dans ses écritures, l'autorité inférieure estime qu'un transfert automatique des droits d'eau des intimés à la recourante aurait dû résulter plus clairement de la concession de 1966, de sorte que les droits d'utilisation des intimés – expressément réservés à l'art. 23 de dite concession – n'ont été transférés à la recourante ni au moment de l'octroi de la concession de 1966, ni à l'échéance de la concession des intimés. En l'occurrence, la mise en service de l'aménagement d'Emosson a uniquement engendré un changement du mode d'utilisation des eaux déjà concédées aux intimés et explicitement réservées dans la concession litigieuse, cette réserve limitant d'autant les droits d'eau concédés à la recourante. L'autorité inférieure fait également valoir qu'il revient à l'autorité concédante de délimiter les droits d'utilisation de la force hydraulique ainsi que le mode d'utilisation, de manière notamment à respecter les concessions antérieures, ce qu'elle a fait dans la concession de 1966 et dans l'avenant de 1972. Les conventions privées conclues entre les concessionnaires ne peuvent en aucun cas modifier les droits concédés, mais régler tout au plus la question d'une éventuelle indemnisation due entre les parties.

7.2 Dans la mesure où l'art. 22 de la concession de 1966 lui octroie le droit exclusif de capter les eaux de la Barberine, du Trient, du Pêcheux et de l'Eau Noire et de les accumuler dans la retenue d'Emosson, la recourante estime qu'à compter du 1^{er} janvier 1967, les intimés ont perdu le droit de capter ces eaux, qui leur avait été antérieurement concédé. Par conséquent, la Confédération et les communes ont dû adapter leurs concessions et les droits d'utilisation des eaux qu'elles ont concédés aux intimés à partir de cette date ne portaient plus que sur les restitutions forfaitaires auxquelles la recourante avait consenti dans l'accord de principe de 1961. Ainsi, à compter de la mise en service de l'aménagement d'Emosson, les intimés ne disposaient plus que d'un droit d'accumulation dans la retenue d'Emosson pour les eaux de la Barberine, respectivement d'un droit à des restitutions pour les volumes d'eau soustraits sur le Trient, le Pêcheux et l'Eau Noire, comme l'indique d'ailleurs expressément l'art. 1 par. 2 de l'avenant de 1972. Dès lors que l'art. 23 de la concession de 1966 ne fait que transposer l'accord de principe de 1961 et ne réserve pas des débits réels utilisables mais uniquement des volumes d'eau forfaitairement négociés entre les parties, les droits des intimés étaient toutefois de nature exclusivement contractuelle et se sont éteints à l'échéance de leur concession, le

20 juillet 2017. En imposant indirectement la poursuite d'un contrat de restitution après l'extinction des droits acquis des intimés, l'autorité inférieure aurait ainsi porté atteinte à la propriété de la recourante. Cette dernière fait également valoir que, dans la mesure où l'art. 22 de la concession de 1966 lui accorde le droit exclusif de capter les eaux du Trient, du Pêcheux et de l'Eau Noire pour les acheminer dans l'aménagement international d'Emosson, il ne peut y avoir de compétence communale sur ces eaux. Par conséquent, si ces eaux destinées à la retenue d'Emosson et pour lesquelles la Confédération est ainsi devenue compétente ont été ensuite exclues de la concession de 1966, il faudrait admettre qu'elles n'ont plus été concédées et ont été captées et accumulées sans droit depuis 1967. Pour toutes ces raisons, la recourante considère que l'autorité inférieure a violé les art. 43 al. 2 et 45 LFH ainsi que l'art. 26 Cst.

7.3 Pour leur part, les intimés font valoir que la concession de 1966 devait préserver les droits des concessionnaires antérieurs et que la délimitation des droits d'eau concédés constitue un acte souverain qui ne saurait reposer uniquement sur un accord de droit privé. Par conséquent, les limitations du droit d'utilisation des eaux de la recourante, auxquelles elle avait consenti dans l'accord de principe de 1961, étaient certes de nature contractuelle à l'origine mais, dans la mesure où la concession de 1966 les a reprises, elles ont revêtu une dimension décisionnelle. En d'autres termes, l'art. 23 de la concession de 1966 réserve les droits d'eau des intimés et limite d'autant les droits d'eau concédés à la recourante. Les droits d'eau des intimés sont ainsi exclus du droit d'utilisation concédé à la recourante dans la concession litigieuse. Les intimés estiment également qu'un transfert automatique des droits du premier concessionnaire au second concessionnaire à l'échéance de la première concession ne peut pas être prévu uniquement dans un accord de droit privé, mais doit également figurer dans la seconde concession, dès lors qu'il requiert l'approbation de l'autorité concédante. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce, car les droits d'eau des intimés sont réservés tant dans l'accord de principe de 1961 que dans la convention de 1963, dans la concession de 1966 et dans l'avenant de 1972. Par conséquent, il ressort de l'ensemble des documents pertinents ainsi que du comportement ultérieur des parties qu'un transfert automatique des droits d'eau des intimés à la recourante n'était pas prévu. Ainsi, la réserve des droits d'eau des intimés et la limitation correspondante des droits concédés à la recourante demeurent valables jusqu'à l'échéance de la concession de 1966, soit jusqu'au 31 décembre 2055. La mise en service de l'aménagement d'Emosson a uniquement entraîné une modification du mode d'utilisation des eaux concédées aux intimés, ce qui a nécessité l'adoption de l'avenant de 1972 et une adaptation des concessions

communales. Partant, à l'échéance des concessions des intimés, les droits d'eau concédés sont revenus aux autorités concédantes, mais les droits d'utilisation ont été prolongés par les différentes autorisations provisoires.

7.4

7.4.1 La Confédération fixe les principes applicables à l'utilisation de l'eau pour la production d'énergie (cf. art. 76 al. 2 Cst.). Les principes régissant la production d'énergie hydraulique sont ainsi réglementés dans la LFH. Conformément à l'art. 76 al. 4 Cst., les cantons disposent des ressources en eau, mais la Confédération a le droit d'utiliser les eaux pour ses entreprises de transport, auquel cas elle paie une taxe et une indemnité (cf. également art. 12 al. 1 LFH). En outre, la Confédération – plus précisément l'autorité inférieure (cf. art. 7 et art. 38 al. 3 LFH) – statue, avec le concours des cantons concernés, sur les droits relatifs aux ressources en eau qui intéressent plusieurs Etats et fixe les taxes d'utilisation de ces ressources (cf. art. 76 al. 5 Cst.). Cette disposition est applicable à toutes les concessions qui, par la situation géographique des cours d'eau sur lesquels elles portent, intéressent les relations extérieures de la Suisse, quand bien même les sections des cours d'eau concernées sont situées entièrement en Suisse (cf. ATF 40 I 513 consid. 3b ; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 16 septembre 1963 concernant l'approbation de deux conventions entre la Suisse et la France au sujet de l'aménagement hydroélectrique d'Emosson et d'une rectification de la frontière franco-suisse [ci-après : Message Emosson], FF 1963 II 691, p. 694 ; RETO HÄGGI FURRER, in : Kratz et al. [édit.], Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG / EleG / StromVG / RLG, 2016, art. 7 LFH n° 6).

7.4.2 Aux termes de l'art. 3 al. 1 LFH, la communauté qui dispose de la force d'un cours d'eau peut l'utiliser elle-même ou en concéder l'utilisation à des tiers. Les droits d'utilisation des eaux sont ainsi en principe accordés à un tiers privé au moyen d'une concession de droit public (cf. ATF 142 I 99 consid. 2.2.1 ; HÄGGI FURRER, op. cit., art. 3 LFH n° 5). Celle-ci crée un rapport juridique durable et procure au concessionnaire, dans les limites de l'acte de concession, un droit acquis sur l'utilisation des eaux concédées (cf. art. 43 al. 1 LFH ; ATF 142 I 99 consid. 2.4.3 s. ; 126 II 171 consid. 3b ; 119 Ib 254 consid. 5a ; arrêt du TAF A-7178/2016 du 13 novembre 2017 consid. 4.1 ; BERNHARD WALDMANN, Die Konzession: Eine Einführung, in : Häner/Waldmann [édit.], Die Konzession, 2011, p. 6 s. ; RICCARDO JAGMETTI, Energierecht, 2005, n°s 1527 et 1529 ; cf. également ETIENNE POLTIER, Droit suisse de l'énergie, 2020, n° 248). La nature juridique des concessions hydrauliques a longtemps été controversée mais le Tribunal fédéral les qualifie désormais d'actes mixtes présentant généralement à la

fois des aspects contractuels et des aspects décisionnels (cf. ATF 130 II 18 consid. 3.1 ; arrêts du TF 2C_399/2017 du 28 mai 2018 consid. 7.6.2 ; 2C_828/2013 du 24 mars 2014 consid. 2.1 ; cf. également ATF 127 II 69 consid. 5 ; 126 II 171 consid. 4c/bb ; 109 II 76 consid. 2).

7.4.3 Les art. 54 s. LFH décrivent le contenu de l'acte de concession et distinguent entre les dispositions obligatoires (cf. art. 54 LFH) et les dispositions facultatives (cf. art. 55 LFH). Ainsi, toute concession hydraulique doit nécessairement indiquer notamment l'étendue du droit d'utilisation concédé, le débit utilisable et le débit de dotation par seconde, ainsi que le mode d'utilisation (cf. art. 54 let. b LFH). Dans la pratique, il arrive parfois que les droits d'utilisation de la force hydraulique d'un cours d'eau soient concédés successivement à plusieurs tiers. Tel est notamment le cas lorsque, pendant la durée d'une concession, une nouvelle concession est accordée à un autre concessionnaire pour permettre, dans le cadre d'un nouveau projet de plus grande ampleur, une utilisation plus rationnelle des eaux déjà concédées (cf. HANS WYER, *Rechtsfragen der Wasserkraftnutzung – Unterhalt und Modernisierung, Heimfall und Selbstnutzung von Wasserkraftanlagen – unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Wallis*, 2000, p. 43 s. ; cf. également JACQUES FOURNIER, *Vers un nouveau droit des concessions hydroélectriques*, 2002, p. 147 ; DOMINIK STRUB, *Wohlerworbene Rechte – Insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts*, 2001, p. 191). La concession multiple de la même force hydraulique est autorisée par l'art. 45 LFH, lequel indique uniquement que la concession ne doit pas porter atteinte aux concessions antérieures (cf. STRUB, *op. cit.*, p. 192 ; WYER, *op. cit.*, p. 44). Toutefois, dans un tel cas de figure, de manière à éviter que deux concessionnaires disposent d'un droit acquis sur la même force hydraulique, le second concessionnaire peut s'engager, dans un contrat de restitution, à fournir au premier concessionnaire des prestations compensatoires (cf. ATF 130 II 18 consid. 3.3). Celles-ci peuvent prendre la forme d'une rétrocession d'énergie ou d'eau ou d'une contrepartie financière et ont pour effet que le second concessionnaire devient titulaire des droits octroyés au premier concessionnaire (« Ablösung » ; cf. STRUB, *op. cit.*, p. 192 ; WYER, *op. cit.*, p. 44 s.).

Le contrat de restitution détermine la forme de la contrepartie que le second concessionnaire fournit au premier et constitue ainsi un contrat de droit privé qui devient caduc lorsque l'une des parties cesse d'être concessionnaire (cf. WYER, *op. cit.*, p. 45). Depuis le 1^{er} mai 1997, le sort des prestations compensatoires dues à d'autres concessionnaires, à la fin de leur concession, fait partie des dispositions obligatoires de la concession (cf. art. 54 let. I LFH). Cet ajout s'est avéré nécessaire car, jusqu'alors, les

actes de concession ne contenaient souvent aucune indication à ce propos, ce qui était source de difficultés pratiques et d'insécurité juridique (cf. Message du 16 août 1995 relatif à la révision partielle de la loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques, FF 1995 IV 964, p. 985). Par conséquent, un transfert automatique des droits acquis du premier concessionnaire au second doit être prévu dans la seconde concession, ce qui n'altère toutefois pas la nature du contrat de restitution qui demeure un contrat de droit privé (cf. WYER, op. cit., p. 45 s.). Pour déterminer le type de relation qu'il existe entre la première et la seconde concession, il faut analyser les circonstances du cas d'espèce et prendre en compte l'ensemble des documents (concessions, contrat de restitution, etc. ; cf. STRUB, op. cit., p. 192 ; WYER, op. cit., p. 47).

7.4.4 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les concessions, en particulier celles qui octroient des droits d'utilisation d'eau, présentent des éléments tant contractuels que décisionnels. Elles doivent être interprétées de la même manière que les contrats de droit public s'agissant des éléments contractuels, notamment pour les questions qui, de par la loi, peuvent être réglées différemment (cf. ATF 126 II 171 consid. 4c/bb ; 121 II 81 consid. 4a ; arrêts du TF 2C_825/2013 du 24 mars 2014 consid. 2.1 et les réf. cit. ; 2C_258/2011 du 30 août 2012 consid. 4.1 et les réf. cit.). En l'espèce, il s'agit de déterminer le sort des droits d'eau des intimés à l'échéance de leur concession, ce qui constitue un élément contractuel. Pour l'interprétation des contrats de droit public, comme pour les contrats de droit privé, il convient de rechercher en premier lieu la commune et réelle intention des parties (interprétation subjective ; cf. art. 18 al. 1 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse [CO, RS 220]). L'interprétation subjective se rapporte à la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat. Si la commune et réelle intention des parties ne peut être établie, la concession doit être interprétée selon le principe de la confiance, en vertu duquel l'autorité doit rechercher le sens que les parties pouvaient et devaient raisonnablement donner, de bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (interprétation objective ; cf. ATF 144 V 84 consid. 6.2.1 ; 138 III 659 consid. 4.2.1 ; 137 III 145 consid. 3.2.1 ; 136 III 186 consid. 3.2.1 ; 135 V 237 consid. 3.6 ; 126 II 171 consid. 4c/bb ; 121 II 81 consid. 4a ; JÜRIG BICKEL, *Auslegung von Verwaltungsrechtsakten*, 2014, § 9 n° 91 ; cf. également JAGMETTI, op. cit., n° 4221). L'interprétation objective ne se fonde pas uniquement sur le texte de l'acte, mais prend également en considération l'ensemble des circonstances, soit notamment la systématique de l'acte, le but poursuivi, les intérêts des parties, les travaux préparatoires de l'acte administratif ainsi que

le comportement ultérieur des parties (cf. ATF 144 V 84 consid. 6.2.1 ; arrêt du TF 2C_815/2012 du 24 juin 2013 consid. 2.2 ; BICKEL, op. cit., § 10 n^{os} 32 ss). On ne peut toutefois s'écarter d'un texte clair que s'il existe de sérieuses raisons de penser que celui-ci ne correspond pas à la volonté des parties (cf. ATF 144 V 84 consid. 6.2.1 ; 136 III 186 consid. 3.2.1 ; 135 III 295 consid. 5.2 ; arrêt du TF 2C_815/2012 précité consid. 2.2 ; BICKEL, op. cit., § 10 n^o 12). Enfin, en cas de doute, il faut supposer que l'administration ne souhaitait pas ordonner ou convenir de quelque chose qui allait à l'encontre de l'intérêt public qu'elle devait préserver et des dispositions légales y relatives (cf. ATF 144 V 84 consid. 6.2.1 ; 135 V 237 consid. 3.6 ; arrêts du TF 1C_613/2015 du 10 août 2016 consid. 5 ; 2C_815/2012 précité consid. 2.2).

7.5

7.5.1 En l'espèce, est litigieuse l'interprétation des art. 22 s. de la concession de 1966, qui en définissent l'étendue. La recourante fait valoir que toutes les forces hydrauliques mentionnées à l'art. 22 al. 2 de dite concession lui ont été concédées, de sorte que l'art. 23 de celle-ci n'a pas pour objet de restreindre le droit d'utilisation qui lui a été concédé. Cette disposition ne viserait qu'à réserver les droits des intimés, qui lui ont été automatiquement transférés à leur expiration. Les intimés considèrent en revanche que l'exclusion de leurs droits d'eau prévue à l'art. 23 de la concession de 1966 ne constitue pas une réserve purement formelle, de sorte que le débit et le volume d'accumulation qu'il mentionne ont été véritablement exclus du droit concédé à la recourante. Par ailleurs, selon eux, conformément à l'art. 22 al. 1 de la concession de 1966, il est clair que le droit concédé à la recourante ne comprend que les forces hydrauliques qui font l'objet de la convention de 1963.

Compte tenu du temps écoulé, il n'est pas possible d'établir la commune et réelle intention de la Confédération et de la recourante au moment de la concession de 1966. Il convient dès lors d'interpréter les articles litigieux selon le principe de la confiance (interprétation objective). Sur le vu du texte de la concession de 1966, la portée et la durée de la limitation apportée au droit d'utilisation de la recourante selon l'art. 23 de dite concession n'apparaissent pas de manière évidente. En d'autres termes, le sort de la réserve des droits d'eau des intimés à l'échéance de leur concession n'est pas réglé et il ne résulte pas clairement du texte de la concession que les droits antérieurement concédés aux intimés ont été automatiquement transférés à la recourante à l'échéance de leur concession. Par conséquent, l'autorité inférieure a retenu à juste titre que le texte de la concession n'était pas suffisamment clair pour répondre à la question de savoir si les

droits d'eau des intimés ont été automatiquement transférés à la recourante à l'échéance de leur concession.

7.5.2 Dans ces circonstances, il convient de recourir aux autres éléments d'interprétation.

7.5.2.1 S'agissant des travaux préparatoires de la concession de 1966, l'art. I.2 de l'accord de principe de 1961 conclu entre les intimés et la recourante (cf. pièce n° 17 produite par la recourante le 18 août 2020) indique que les intimés conservent en principe leurs concessions actuelles et droits réels sur les terrains et les installations et qu'ils s'occuperont en temps voulu de la prolongation de leurs concessions. Il apparaît ainsi que les parties n'envisageaient nullement que les droits d'utilisation antérieurement concédés aux intimés seraient concédés à la recourante en raison de la mise en service de l'aménagement d'Emosson, ni que ces droits lui seraient automatiquement transférés à l'échéance des concessions des intimés. L'accord de principe de 1961 fixe également des forfaits de quantités d'énergie brutes qui sont garantis aux intimés en raison de la submersion de la retenue de Barberine (cf. art. II.2) et en raison des prises d'eau que la recourante installerait sur le Trient, le Nant Noir et le Pêcheux en amont de celles des intimés (cf. art. IV.2). S'il est fait référence à des restitutions de quantités d'énergie brutes qui sont livrées aux intimés sous la forme d'eau dans la retenue d'Emosson (cf. art. III.2 et art. IV), il ne ressort aucunement de l'accord de principe de 1961 que les parties considéraient que les droits d'eau antérieurement concédés aux intimés seraient automatiquement transférés à la recourante à l'échéance de leur concession.

Conformément à l'art. 1 par. 2 de la convention de 1963 conclue entre la Suisse et la France, celle-ci ne s'applique pas aux eaux qui se déversaient alors dans le bassin existant de la Barberine, soit naturellement, soit artificiellement. Les parties à la convention de 1963 ont délimité le champ d'application de la convention dans le sens négatif et, en tant que les droits des intimés entraient en considération, en ont précisé l'étendue dans un échange de lettres entre les chefs des deux délégations (cf. Message Emosson, p. 699). Comme la recourante le reconnaît dans un courrier du 24 janvier 2014 adressé à l'OFEN (cf. pièce n° 26 produite par la recourante le 18 août 2020), sont réservés aux intimés dans la retenue d'Emosson et ainsi exclus du champ d'application de la convention de 1963 : a. un débit annuel représentant les apports annuels moyens du bassin d'accumulation actuel de la Barberine en provenance de la Barberine, ainsi que des régions du Nant de Drance, du Triège et du Bel'Oiseau, sans déduction

des déversements actuels de cette accumulation, ainsi que les débits annuels moyens soustraits par l'aménagement d'Emosson aux prises d'eau des intimés existant actuellement sur le Trient, l'Eau Noire et le Pêcheux, réduits en proportion de l'augmentation de chute disponible ; b. un volume d'accumulation représentant le volume de la retenue de Barberine dans son état actuel, y compris le volume mort, ainsi qu'un volume supplémentaire de 17 millions de m³ (cf. échange de lettres du 23 août 1963). En d'autres termes, la convention de 1963, à laquelle renvoie expressément la concession de 1966 en ce qui concerne l'étendue des droits concédés (cf. art. 22 al. 1 de la concession de 1966), exclut les droits d'utilisation de la force hydraulique précédemment concédés aux intimés. Partant, la convention de 1963 tend à confirmer qu'il n'était pas prévu que les droits d'eau antérieurement concédés aux intimés soient automatiquement transférés à la recourante à l'échéance de la concession des intimés, le 20 juillet 2017.

7.5.2.2 S'agissant des documents juridiques postérieurs à la concession litigieuse, on relèvera que, par décision du 27 octobre 1967 (cf. FF 1967 II 1299, p. 1310 ss), le Conseil fédéral a prolongé de cinquante ans la durée de la concession de 1917, par laquelle il avait accordé aux intimés le droit d'utiliser toutes les forces hydrauliques de la Barberine et de l'Eau Noire sur le territoire des communes de Salvan, Vernayaz, Finhaut et Trient (cf. pièce n° 3 produite par la recourante le 18 août 2020). En outre, conformément à l'art. 1 al. 2 de l'avenant de 1972 (cf. pièce n° 23 produite par la recourante le 18 août 2020), à partir du moment où le bassin de Barberine cesserait d'être utilisable du fait de l'aménagement d'Emosson, le droit d'utilisation concédé aux intimés comprendrait l'accumulation, dans la retenue d'Emosson : a. des eaux accumulées par les intimés dans le bassin de Barberine, jusqu'à la cote 1888.80, avant qu'il ne soit submergé par la retenue d'Emosson ; b. des restitutions que le concessionnaire de droits d'eau pour l'aménagement d'Emosson fournirait aux intimés en compensation des débits soustraits à leurs prises d'eau établies sur le Trient, le Pêcheux et l'Eau Noire (concessions communales) ; et c. de l'eau dont les intimés disposeraient dans le bassin de compensation du Châtelard et qui pourrait être refoulée par pompage. Les intimés disposeraient à cet effet, dans la retenue d'Emosson, d'un volume d'accumulation représentant le volume de la retenue de Barberine dans son état antérieur à l'aménagement d'Emosson, y compris le volume mort, ainsi que d'un volume supplémentaire de 17 millions de m³.

Il ressort de ce qui précède que la mise en service de l'aménagement d'Emosson a engendré une modification du mode d'utilisation des eaux

concedées aux intimés, ce qui rendait nécessaire une adaptation de la concession. Néanmoins, l'étendue du droit d'utilisation concédé à ces derniers n'a pas été réduite par l'avenant de 1972. Au contraire, le droit d'utilisation comprenait dorénavant également les compensations dues par la recourante aux intimés pour les débits soustraits à leurs prises d'eau établies sur le Trient, le Pêcheux et l'Eau Noire ainsi que l'eau dont les intimés disposaient dans le bassin de compensation du Châtelard et qui pouvait être refoulée par pompage. Ce qui s'apparente à une extension du droit concédé n'est en réalité que la conséquence d'un changement de compétence, la Confédération étant désormais compétente pour la concession de ces eaux en lieu et place des communes, dès lors qu'elles étaient destinées à l'aménagement international d'Emosson (cf. Message Emosson, p. 694 ; HÄGGI FURRER, op. cit., art. 7 LFH n° 6). S'il est fait référence à des restitutions s'agissant des compensations des débits soustraits aux prises d'eau des intimés sur le Trient, le Pêcheux et l'Eau Noire (cf. art. 1 al. 2 de l'avenant de 1972), il n'en demeure pas moins que ces débits d'eau ont été concédés aux intimés à partir du 20 juillet 1967, l'avenant étant entré en vigueur avec effet rétroactif à cette date. En outre, un renouvellement de la concession de 1917 était expressément envisagé, dès lors que l'art. 10 de l'avenant de 1972 indique que, si le concessionnaire désire obtenir un renouvellement, il devra adresser une requête au Conseil fédéral avant le 20 juillet 2010. Par conséquent, il ne ressort pas de l'avenant de 1972 que les droits d'utilisation des intimés ont été automatiquement transférés à la recourante à l'échéance de leur concession en 2017.

En parallèle, compte tenu des implications de la mise en service de l'aménagement international d'Emosson sur leurs compétences (cf. Message Emosson, p. 694), les communes de Finhaut et de Trient ont adapté leurs concessions octroyant des droits d'utilisation de la force hydraulique aux intimés le 9 septembre 1971, respectivement le 22 juin 1972 (cf. pièces produites par l'autorité inférieure le 30 novembre 2020). Par ces nouvelles concessions, elles ont notamment accordé aux intimés des droits d'utilisation des eaux du Trient, du Pêcheux et de l'Eau Noire qui se trouvaient sur leur territoire respectif et qui n'étaient pas destinées à l'aménagement international d'Emosson.

Dans la convention de 1984 conclue entre la recourante et les intimés (cf. pièce n° 24 produite par la recourante le 18 août 2020), il est précisé que les intimés conservent leurs concessions et droits réels sur les terrains et les installations (cf. art. 1.3 de la convention de 1984). Dans le même sens, l'art. 2.1 de cette même convention prévoit que les intimés laissent à

la recourante la disposition des eaux *dont ils sont concessionnaires* en provenance des régions de Barberine et de Vieux-Emosson. Si l'art. 4 de la convention de 1984 évoque les restitutions dues aux intimés par suite des dérivations opérées par la recourante dans les bassins versants du Trient et de l'Eau Noire, il reste muet sur le sort de ces restitutions à l'échéance de la concession des intimés. Néanmoins, il est prévu que la convention de 1984 reste en vigueur aussi longtemps que les usines concernées des intimés et de la recourante seront en service et qu'à l'expiration des concessions réciproques des parties, elle sera adaptée, le cas échéant, à la nouvelle situation (cf. art. 8.3 de la convention de 1984). Il ne ressort ainsi nullement de la convention de 1984 que les parties envisageaient que les droits d'eau concédés aux intimés seraient automatiquement transférés à la recourante à l'échéance de leur concession en 2017.

Dans un courrier du 24 janvier 2014 adressé à l'OFEN, la recourante, faisant valoir qu'elle était en mesure d'assurer une meilleure utilisation de la force hydraulique et se référant à l'art. 41 LFH, indiquait qu'elle souhaitait que les droits pleins et entiers sur les eaux objets des restitutions (Trient, Pêcheux et Eau Noire) lui soient reconnus et que le cas des eaux de la Barberine devrait également être examiné (cf. pièce n° 26 produite par la recourante le 18 août 2020). Il en résulte qu'en 2014, la recourante ne considérait pas que les droits d'utilisation de ces eaux lui reviendraient de plein droit à l'échéance de la concession des intimés, le 20 juillet 2017, mais plutôt qu'elle envisageait d'entrer en compétition pour le renouvellement de la concession de ces droits d'eau.

La convention de 1984 a été partiellement modifiée en 2016 pour tenir compte des répercussions du nouvel aménagement de Nant de Drance. Ainsi, l'avenant n° 2 du 1^{er} octobre 2016 à la convention de 1984, conclu entre la recourante et les intimés (cf. pièce n° 5 produite par les intimés le 25 janvier 2021), indique que l'art. 1.3 de cette dernière est modifié en ce sens que les intimés conservent leurs concessions et droits réels sur les terrains et les installations, à l'exception de la concession du Nant de Drance, du barrage, des installations et terrains du Vieux-Emosson transférés à la future centrale de pompage/turbinage de Nant de Drance SA. Par conséquent, en 2016 également, les parties partageaient le principe que les droits antérieurement concédés aux intimés leur restaient acquis. Il ne ressort en outre nullement de l'avenant de 2016 qu'elles considéraient que ces droits seraient automatiquement transférés à la recourante à l'échéance de la concession des intimés.

Enfin, le 3 février 2017, la recourante a fait valoir que la demande d'autorisation provisoire des intimés, tendant à ce qu'ils puissent poursuivre l'utilisation des eaux dont les concessions arrivaient à échéance le 20 juillet 2017, faisait abstraction des droits qui lui avaient été concédés (cf. pièce n° 30 produite par la recourante le 18 août 2020). Elle a indiqué que la convention de 1984 prendrait fin à l'échéance de la concession des intimés et que, dès lors que ceux-ci n'avaient pas initié de démarches en vue de la conclusion d'un nouvel accord, aucun accord ne les lierait dès le 20 juillet 2017. La recourante a également précisé qu'elle allait initier des discussions et des négociations avec les intimés pour le cas où des droits d'utilisation d'eau leur seraient accordés. En d'autres termes, la recourante ne considérait toujours pas que les droits d'eau antérieurement concédés aux intimés lui revenaient de plein droit à l'échéance de leur concession.

7.5.2.3 Il ressort ainsi de l'ensemble des circonstances antérieures et postérieures à la concession de 1966 que le but a toujours été de préserver les droits d'utilisation de la force hydraulique antérieurement concédés aux intimés et qu'il n'a jamais été envisagé qu'ils soient automatiquement transférés à la recourante à l'échéance de leur concession. L'objectif de préserver les droits des intimés est en outre confirmé par la note historique sur les aménagements de la région du Trient (cf. pièce n° 24 produite par la recourante le 18 août 2020). Celle-ci indique en effet que les intimés avaient mis deux conditions principales à leur accord à l'avant-projet de 1956, à savoir la sauvegarde intégrale de leurs droits et intérêts dans la région avec maintien en exploitation de leurs usines de Châtelard-Barberine, du Trient et de Vernayaz, ainsi que la possibilité pour eux de réaliser, conjointement avec l'aménagement d'Emosson, une augmentation de leur capacité d'accumulation au moins équivalente à celle qui aurait été possible sans l'intervention de la recourante (cf. annexe 1 de la convention de 1984, p. 5). L'aménagement d'Emosson devait ainsi permettre non seulement de continuer l'exploitation des usines de Barberine, de Trient et de Vernayaz dans la mesure actuelle et indépendamment de celles de la recourante, mais encore d'exploiter dans de meilleures conditions les usines des intimés (cf. Message Emosson, pp. 692 et 700). Le but de préserver les droits des intimés ressort également de l'art. 23 al. 4 de la concession de 1966, selon lequel la recourante ne doit à aucun moment entraver l'exploitation des usines des intimés de Barberine, du Trient, de Vernayaz et du Nant de Drance sans leur assentiment. Cette disposition apparaît en quelque sorte comme la transposition, dans la concession, de l'art. 45 LFH, qui prévoit que la concession ne doit pas porter atteinte aux concessions antérieures.

7.5.2.4 En ce qui concerne l'intérêt respectif des parties à la concession de 1966, la Confédération souhaite que la réglementation des droits d'utilisation des intimés reste en tout temps exclusivement affaire de la Suisse et que ceux-ci puissent continuer à utiliser les eaux qui leur avaient été concédées antérieurement à la mise en service du barrage d'Emosson, de manière à ce qu'ils soient en mesure de poursuivre l'exploitation de leurs centrales hydroélectriques (cf. art. 23 al. 4 de la concession de 1966 ; échange de lettre du 23 août 1963 ; Message Emosson, p. 700). Quant à la recourante, même si elle fait désormais valoir que les droits d'eau des intimés lui ont été automatiquement transférés à l'échéance de leur concession, il apparaît qu'elle souhaitait avant tout que la convention de 1984 soit renégociée et adaptée à la nouvelle situation qui existerait à compter du 20 juillet 2017 (cf. pièce n° 26, p. 2, 3^{ème} paragraphe, et pièce n° 30 produites par la recourante le 18 août 2020), tel que cela est d'ailleurs explicitement prévu par l'art. 8.3 de dite convention. Elle indiquait en outre, dans sa demande en constatation du 27 juillet 2018, qu'elle n'était pas opposée à mettre de l'eau à disposition des usines des intimés à des conditions de marché (cf. pièce n° 207 du dossier de l'autorité inférieure). Par conséquent, il apparaît que l'intérêt de la recourante est avant tout économique et qu'elle souhaite principalement que la convention de 1984 soit renégociée, de manière à ce que les intimés contribuent financièrement à l'exploitation et à l'entretien du barrage d'Emosson, dès lors qu'ils bénéficient d'un droit d'accumulation dans cette retenue.

7.5.3 Sur le vu de ce qui précède, il ne ressort ni du texte de la concession de 1966, ni des travaux préparatoires et du but poursuivi par celle-ci, ni du comportement ultérieur et de l'intérêt respectif de la recourante et de la Confédération, que le sens que ces dernières pouvaient et devaient raisonnablement donner, de bonne foi, aux art. 22 s. de la concession de 1966 était que les droits d'utilisation préalablement concédés aux intimés seraient automatiquement transférés à la recourante à l'échéance de leur concession. Dans ces circonstances, l'autorité inférieure a considéré à juste titre qu'un transfert automatique des droits d'eau des intimés à la recourante à l'échéance de leur concession aurait dû ressortir plus clairement de la concession de 1966 et n'était envisagé ni par la Confédération, ni par la recourante. Par conséquent, il convient de retenir que le débit annuel et le volume d'accumulation exclus du champ d'application de la convention de 1963 et réservés à l'art. 23 de la concession de 1966 sont revenus à l'autorité concédante à l'échéance de la concession des intimés, le 20 juillet 2017.

7.5.4

7.5.4.1 La recourante estime toutefois que l'art. 23 de la concession de 1966 ne fait que transposer l'accord de principe de 1961 et ne réserve pas des débits réels utilisables mais uniquement des volumes d'eau forfaitairement négociés entre les parties, de sorte que les droits réservés aux intimés étaient de nature exclusivement contractuelle et ont pris fin à l'échéance de leur concession, le 20 juillet 2017.

7.5.4.2 L'autorité inférieure considère qu'il revient à l'autorité concédante de délimiter les droits d'utilisation de la force hydraulique ainsi que le mode d'utilisation, de manière notamment à respecter les concessions antérieures, et que cela a été fait en l'occurrence dans la concession de 1966 et dans l'avenant de 1972. Les conventions privées concluent entre les concessionnaires ne peuvent en aucun cas modifier les droits concédés, mais régler tout au plus la question d'une éventuelle indemnisation due entre les parties.

7.5.4.3 Les intimés font valoir que la délimitation des droits d'eau concédés constitue un acte souverain qui ne peut reposer uniquement sur un accord de droit privé. Par conséquent, les limitations du droit d'utilisation de la recourante, auxquelles elle avait consenti dans l'accord de principe de 1961, étaient certes de nature contractuelle à l'origine mais, dans la mesure où la concession de 1966 les a reprises, elles ont revêtu une dimension décisionnelle.

7.5.4.4 Aux termes de l'art. 54 let. b LFH, toute concession doit indiquer l'étendue du droit d'utilisation concédé, le débit utilisable et le débit de dotation par seconde, ainsi que le mode d'utilisation. En d'autres termes, la détermination de la quantité d'eau utilisable fait partie des éléments essentiels d'une concession (cf. ATF 126 II 171 consid. 3c ; 119 Ib 254 consid. 5a ; 107 Ib 140 consid. 3a) et également des droits acquis que la concession octroie (cf. JAGMETTI, op. cit., n° 4505 ; STRUB, op. cit., p. 190). Il est sans importance que le volume d'eau concédé soit décrit de manière positive ou négative (cf. ATF 107 Ib 140 consid. 3a ; MERKER/CONRADIN-TRIACA, in : Kratz et al. [édit.], Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG / EleG / StromVG / RLG, 2016, art. 54 LFH n° 11). Par ailleurs, les clauses par lesquelles l'autorité concédante impose sa volonté au concessionnaire, soit celles par lesquelles elle octroie des droits particuliers au concessionnaire et celles qui fixent les conditions relatives à l'octroi de la force, sont des clauses unilatérales (cf. FOURNIER, op. cit. p. 150). Dès lors que l'autorité concédante est détentrice de la puissance publique sur les eaux, la clause par laquelle elle détermine l'étendue du droit d'utilisation concédé

et, ainsi, également l'étendue du droit acquis qui en découle est nécessairement une clause décisionnelle (cf. en ce sens FOURNIER, op. cit. p. 150).

7.5.4.5 En l'espèce, l'art. 1 al. 2 de l'avenant de 1972 accorde aux intimés un droit d'utilisation des eaux que l'art. 23 de la concession de 1966 avait exclu du droit concédé à la recourante et dont l'étendue est déterminée ou au moins déterminable. Par conséquent, même si la concession de 1966 et l'avenant de 1972 reprennent partiellement le texte de l'accord de principe de 1961, on ne saurait considérer que les droits réservés et concédés aux intimés étaient uniquement de nature contractuelle. En effet, la détermination de l'étendue de ces droits a revêtu un caractère décisionnel en raison de sa reprise dans les concessions. Le fait que cette étendue ne puisse être déterminée précisément qu'en se référant à un contrat de droit privé ne change rien à la nature décisionnelle de la délimitation des droits concédés. En d'autres termes, même si la concession de 1966 et l'avenant de 1972 reprennent la délimitation dont les parties ont convenu dans l'accord de principe de 1961, il n'en demeure pas moins que la détermination de l'étendue des droits concédés constitue un acte souverain. Si tel n'était pas le cas, on viderait de sa substance la souveraineté de l'autorité concédante sur les eaux en permettant à la recourante de se prévaloir, sur la base d'un contrat de droit privé, d'un droit à l'octroi d'une concession, alors qu'il est unanimement admis qu'il n'existe pas de tel droit (cf. art. 3 al. 1 LFH ; FOURNIER, op. cit., p. 103 ; JAGMETTI, op. cit., n° 4501 ; POLTIER, op. cit., n° 238 ; WYER, op. cit., p. 26). Par ailleurs, l'avenant de 1972 ne contient aucune référence à l'accord de principe de 1961 s'agissant de l'étendue du droit concédé mais y renvoie uniquement en ce qui concerne les rapports entre l'aménagement des intimés et celui d'Emosson (cf. art. 2 al. 1 de l'avenant de 1972). En effet, si un contrat de droit privé ne peut déterminer l'étendue des droits concédés, il est admis qu'il règle la question du bon fonctionnement des aménagements de différents concessionnaires ainsi que celle d'une éventuelle indemnisation due entre ces derniers.

Par conséquent, les droits réservés aux intimés par l'art. 23 de la concession de 1966 et concédés à ceux-ci dans la concession de 1917 et à l'art. 1 al. 2 de l'avenant de 1972 n'étaient pas de nature contractuelle. S'ils ont effectivement pris fin à l'échéance de leur concession, le 20 juillet 2017, ces droits d'eau n'ont pas été automatiquement transférés à la recourante mais sont revenus à l'autorité concédante, qui est en droit de les concéder à nouveau (cf. art. 3 al. 1 LFH).

7.5.5

7.5.5.1 La recourante fait également valoir que, dans la mesure où l'art. 22 de la concession de 1966 lui accorde le droit exclusif de capter les eaux du Trient, du Pêcheux et de l'Eau Noire pour les acheminer dans l'aménagement international d'Emosson, il ne peut y avoir de compétence communale sur ces eaux. Par conséquent, si ces eaux destinées à la retenue d'Emosson et pour lesquelles la Confédération est ainsi devenue compétente ont été ensuite exclues de la concession de 1966, il faudrait admettre qu'elles n'ont plus été concédées et ont été captées et accumulées sans droit depuis 1967.

7.5.5.2 L'autorité inférieure considère que l'utilisation des eaux du Trient, du Pêcheux et de l'Eau Noire fait l'objet de concessions communales et que ces eaux sont également réservées par l'art. 23 al. 1 let. a de la concession de 1966, de sorte que ces droits d'eau n'ont pas été transférés à la recourante à l'échéance de la concession des intimés. Par conséquent, les communes sont en droit de renouveler les concessions des intimés.

7.5.5.3 Les intimés sont d'avis que le débit annuel et le volume d'accumulation réservés à l'art. 23 de la concession de 1966 leur ont été concédés par la Confédération dans l'avenant de 1972 et par les communes dans les concessions de 1971 et 1972. En tout état de cause, ils considèrent que l'organisation des compétences en ce qui concerne le projet international d'Emosson ne permet pas de tirer des conclusions relatives aux droits qui leur ont été concédés.

7.5.5.4 En l'occurrence, les apports annuels moyens du bassin d'accumulation de Barberine et les débits annuels moyens soustraits par l'aménagement d'Emosson aux prises d'eau des intimés sur le Trient, l'Eau Noire et le Pêcheux, exclus du droit d'utilisation de la recourante par l'art. 23 de la concession de 1966, ont été valablement concédés aux intimés par la Confédération dans la concession de 1917 ainsi qu'à l'art. 1 al. 1 et 2 de l'avenant de 1972 (cf. *supra* consid. 7.5.2.2). La compétence fédérale résultait du fait que ces eaux étaient destinées à l'aménagement international d'Emosson (cf. Message Emosson, p. 694 ; HÄGGI FURRER, op. cit., art. 7 LFH n° 6). En outre, les débits résiduels du Trient, du Pêcheux et de l'Eau Noire ont été concédés aux intimés par les communes de Finhaut et de Trient (cf. concession du 9 septembre 1971 et concession du 22 juin 1972 produites par l'autorité inférieure le 20 novembre 2020). Par conséquent, l'argument que la recourante tente de tirer de la compétence pour l'octroi

des concessions hydrauliques tombe à faux et ne remet pas en cause l'interprétation que l'autorité inférieure a faite des art. 22 s. de la concession de 1966.

7.5.6 On ne saurait davantage suivre la recourante lorsqu'elle fait valoir qu'en imposant implicitement la poursuite d'un contrat de restitution au-delà de la durée des droits acquis des intimés, l'autorité inférieure a porté atteinte à sa propriété. En effet, si les documents pertinents font parfois référence à des restitutions, il n'en demeure pas moins que, comme indiqué ci-dessus (cf. *supra* consid. 7.5.3), le débit annuel et le volume d'accumulation réservés à l'art. 23 de la concession de 1966 ont été exclus du droit d'utilisation concédé à la recourante et sont revenus à l'autorité concédante à l'échéance de la concession des intimés, le 20 juillet 2017. Cette situation n'impose en rien la poursuite de la convention de 1984, dont les parties sont libres de modifier la teneur. Celle-ci prévoit d'ailleurs expressément qu'à l'expiration des concessions réciproques des intimés et de la recourante, elle sera adaptée, le cas échéant, à la nouvelle situation (cf. art. 8.3 de la convention de 1984). Dans ces circonstances, l'autorité inférieure n'a nullement porté atteinte à la propriété de la recourante, de sorte que ce grief doit être écarté.

7.6 Pour l'ensemble des raisons qui précèdent, il convient d'interpréter les art. 22 s. de la concession de 1966 en ce sens que le débit annuel et le volume d'accumulation mentionnés dans l'échange de lettres du 23 août 1963 et réservés à l'art. 23 de la concession de 1966 ont été exclus du droit d'utilisation concédé à la recourante dans dite concession. Ce débit et ce volume ont été concédés aux intimés par la Confédération dans la concession de 1917 ainsi que dans l'avenant de 1972 jusqu'à l'échéance de leur concession, le 20 juillet 2017. A cette date, les droits correspondants sont revenus à l'autorité concédante qui peut ainsi les concéder à nouveau. Il en résulte que l'autorité inférieure n'a violé ni les art. 43 al. 2 et 45 LFH, ni l'art. 26 Cst. en retenant que les droits d'eau concédés aux intimés n'ont pas été automatiquement transférés à la recourante à l'échéance de leur concession en 2017, de sorte qu'ils ne font pas partie des droits d'eau concédés à la recourante. Par conséquent, le recours doit être rejeté.

8.

Demeure à trancher la question des frais et des dépens.

8.1 Conformément à l'art. 63 al. 1 PA et aux art. 2 et 4 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2), les frais de procédure, y compris ceux relatifs à la décision incidente du 4 novembre 2020, sont arrêtés en l'occurrence à 15'000 francs. Ils sont mis à la charge de la recourante, qui succombe, et seront prélevés sur l'avance de frais du même montant qu'elle a déjà versée.

8.2 Le Tribunal peut, d'office ou sur requête, allouer à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (cf. art. 64 al. 1 PA et art. 7 ss FITAF). Les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens (cf. art. 7 al. 3 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais de la partie (cf. art. 8 al. 1 FITAF). Conformément à l'art. 14 al. 1 FITAF, le Tribunal fixe les dépens sur la base de la note de frais déposée ou, à défaut, sur la base du dossier (cf. art. 14 al. 2 FITAF), une motivation sommaire à ce sujet étant suffisante (cf. arrêts du TAF A-1900/2019 du 19 mai 2021 consid. 10.1 ; A-7744/2015 du 29 novembre 2017 consid. 10.2.1). En l'occurrence, dans la mesure où la recourante succombe entièrement, il n'y a pas lieu de lui allouer des dépens. Il en va de même de l'autorité inférieure, dès lors qu'il s'agit d'une autorité fédérale (cf. art. 7 al. 3 FITAF). En revanche, les intimés ont droit à une indemnité pour les frais nécessaires causés par le litige, étant donné qu'ils obtiennent gain de cause et qu'ils ont eu recours aux services d'une mandataire professionnelle. Le travail accompli par la mandataire des intimés dans ce dossier complexe a consisté principalement dans la rédaction d'une détermination de huit pages sur la requête de mesures provisionnelles et sur leur qualité de partie dans la présente procédure accompagnée d'un bordereau de quatre pièces, d'une réponse au recours de cinquante-deux pages accompagnée d'un bordereau de huit pièces, d'une duplique de vingt-deux pages ainsi que d'observations finales de trois pages. L'indemnité de dépens est ainsi fixée ex aequo et bono à 12'000 francs, ce qui correspond à un travail de 40 heures au tarif horaire moyen de 300 francs. Cette indemnité sera mise à la charge de la recourante, qui succombe.

(le dispositif est porté à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

2.

Les frais de procédure de 15'000 francs sont mis à la charge de la recourante. Ils seront prélevés sur l'avance de frais du même montant qu'elle a déjà versée.

3.

Une indemnité de dépens de 12'000 francs est allouée aux intimés, à la charge de la recourante.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- aux intimés (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (acte judiciaire)
- à la Commune de Trient
- à la Commune de Finhaut
- à la Commune de Salvan
- au Conseil d'Etat du canton du Valais

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

La greffière :

Jérôme Candrian

Johanna Hirsch-Sadik

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition :