

Urteilstkopf

149 II 320

29. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public dans la cause A. SA contre Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication et Chemins de fer fédéraux suisses (CFF) (recours en matière de droit public) 2C_953/2021 du 30 août 2023

Regeste (de):

aArt. 54 WRG; Art. 45, 46 und 54 WRG; Wasserkraftwerk Emosson; aufeinanderfolgende Konzessionen; wohl-erworbenes Recht; Rückgabevertrag; Auslegung der Konzessionen.

Anwendbares Recht (E. 3). Schicksal des Rechts zur Nutzung der Wasserkraft, das dem ersten Konzessionär gewährt wurde, im Fall von aufeinanderfolgenden Konzessionen. Hinweis auf die Regeln zur Auslegung von Wasserrechtskonzessionen (E. 5). Die Konzession für den Betrieb des Wasserkraftwerks Emosson umfasst nicht das Recht zur Nutzung der Wasserkraft, das zuvor der SBB eingeräumt wurde. Dieses Recht fiel nach Ablauf der Konzession der SBB an die Verleihungsbehörde zurück (E. 6).

Regeste (fr):

Ancien art. 54 LFH; art. 45, 46 et 54 LFH; aménagement hydroélectrique d'Emosson; concessions successives; droit acquis; contrat de restitution; interprétation des concessions.

Droit applicable (consid. 3). Sort du droit d'utiliser la force hydraulique octroyé au premier concessionnaire en cas de concessions successives. Rappel des règles d'interprétation des concessions hydrauliques (consid. 5). La concession octroyée pour exploiter l'aménagement hydroélectrique d'Emosson ne comprend pas le droit d'utiliser les forces hydrauliques qui avait été antérieurement concédé aux CFF. Partant, à l'expiration de la concession de ces derniers, ce droit est revenu à l'autorité concédante (consid. 6).

Regesto (it):

Previgente art. 54 LUFİ; artt. 45, 46 e 54 LUFİ; impianto idroelettrico di Emosson; concessioni successive; diritto acquisito; contratto di restituzione; interpretazione delle concessioni.

Diritto applicabile (consid. 3). Sorte del diritto di utilizzare la forza idrica dato al primo concessionario in caso di concessioni successive. Richiamo delle regole d'interpretazione delle concessioni idriche (consid. 5). La concessione rilasciata per la gestione dell'impianto idroelettrico di Emosson non include il diritto di utilizzazione delle forze idriche precedentemente concesso alle FFS. Di conseguenza, alla scadenza della concessione di queste ultime vi è riversione di detto diritto all'autorità concedente (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 321

BGE 149 II 320 S. 321

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'utiliser 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. Parallèlement à la concession de 1917, les communes valaisannes de Finhaut, Martigny, Martigny-Combe, Salvan, Trient et Vernayaz ont, entre 1915 et 1924, octroyé aux CFF le droit d'utiliser les eaux du Trient, du Pêcheux, du Torrent de Finhaut et du Triège inférieur. En 1929, le canton du Valais a octroyé aux CFF le droit d'utiliser les forces hydrauliques du Rhône entre la confluence du Trient et l'embouchure du canal de fuite de l'usine de Vernayaz.

A.b Dans le courant des années 1950 a germé le projet de construire l'aménagement hydroélectrique franco-suisse d'Emosson, un ouvrage bien plus important sur le plateau de Barberine, qui collecterait les eaux des vallées avoisinantes en France et en Suisse et qui submergerait le barrage des CFF. Dans ce contexte, les CFF et la société A. SA ont conclu, les 6 et 9 juin 1961, un accord de principe au sujet de ce nouveau barrage et de la sauvegarde des droits et des intérêts des CFF (ci-après: l'accord de 1961).

A.c Le 15 décembre 1964 est entrée en vigueur la Convention du 23 août 1963 entre la Confédération suisse et la République française au sujet de l'aménagement hydroélectrique d'Emosson (RS 0.721.809.349.1).

A.d Par concession du 27 juin 1966 (ci-après: la concession de 1966), le Conseil fédéral a accordé à A. SA le droit d'utiliser, dans les limites fixées par la concession, les forces hydrauliques mises en valeur dans l'aménagement hydroélectrique d'Emosson jusqu'au

BGE 149 II 320 S. 322

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 actu-

els 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:

BGE 149 II 320 S. 323

- 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.

A.e Par décret du 30 décembre 1966, le Ministère de l'industrie de la République française a concédé à A. SA 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 Haute-Savoie.

A.f Par arrêté du 27 octobre 1967, le Conseil fédéral a prolongé, jusqu'au 20 juillet 2017, la concession de 1917 des CFF. (...).

A.g Le 15 novembre 1972, le Conseil fédéral a modifié la concession de 1917 par un avenant applicable avec effet rétroactif au 20 juillet 1967 et valable jusqu'au 20 juillet 2017. Cet avenant redéfinissait l'étendue du droit d'utilisation concédé aux CFF à partir du moment où le bassin de Barberine cesserait d'être utilisable en raison 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.

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

A.i Le 1er octobre 1984, les CFF et A. SA ont conclu une convention qui remplace l'accord de 1961 et qui définit les droits et

BGE 149 II 320 S. 324

obligations réciproques de chaque partie et les conditions fixées à l'exploitation des aménagements.

A.j (...) Par décision du 12 juillet 2017, le Département fédéral a autorisé les CFF à continuer l'exploitation des centrales électriques du Châtelard I et II à titre provisoire, du 21 juillet 2017 au 20 juillet 2022. Par décision du

21 juin 2017, le Conseil d'Etat du canton du Valais a autorisé les CFF à continuer l'exploitation des centrales hydroélectriques de Trient et de Vernayaz à titre provisoire, jusqu'au 20 juillet 2022. Ces décisions n'ont pas fait l'objet de recours.

B.

B.a Le 27 juillet 2018, A. SA a demandé à l'Office fédéral des eaux et de la géologie (désormais: Office fédéral de l'environnement) de rendre une décision sur l'étendue de ses droits actuels, compte tenu de l'échéance de la concession de 1917 aux CFF et de la procédure de renouvellement en cours. (...).

B.b Par décision du 17 juin 2020, le Département fédéral a constaté que les droits d'eau des CFF n'avaient pas automatiquement changé d'ayant droit à l'échéance de leur concession le 20 juillet 2017, ce qui signifiait qu'ils ne faisaient pas partie des droits d'eau concédés à A. SA dans la concession de 1966 et que la limitation du droit d'utilisation de A. SA subsistait même après l'échéance de la concession des CFF. Par conséquent, les droits réservés aux CFF pouvaient faire l'objet d'un renouvellement de la concession.

A. SA a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Elle a en substance fait valoir que, depuis l'entrée en vigueur de la concession de 1966, elle était seule concessionnaire des eaux décrites à l'art. 22 de la concession de 1966. Le débit annuel et le volume d'accumulation qui étaient mentionnés à l'art. 23 de la concession de 1966 se réfèrent seulement au débit et au volume réservés aux CFF en vertu de l'accord de restitution qu'elle avait négocié avec eux dans l'accord de principe de 1961. (...).

B.c Par arrêt du 8 octobre 2021, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours dans la mesure de sa recevabilité. (...). Le Tribunal fédéral a rejeté dans la mesure de sa recevabilité le recours en matière de droit public qu'A. SA a formé contre cet arrêt. (extrait)

Erwägungen

BGE 149 II 320 S. 325

Extrait des considérants:

3. En droit fédéral, les concessions hydroélectriques sont régies par la loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (loi sur les forces hydrauliques, LFH; RS 721.80), en vigueur depuis le 1er janvier 1918. Depuis cette date, certaines dispositions de cette loi ont été modifiées. C'est le cas de l'art. 54, consacré aux dispositions obligatoires des concessions, dont la teneur actuelle résulte d'une révision partielle de la loi, entrée en vigueur le 1er mai 1997 (RO 1997 991). D'après les principes généraux en matière de droit transitoire, on applique, en cas de changement de règles de droit et sauf réglementation transitoire contraire, les dispositions en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement et qui a des conséquences juridiques (ATF 138 V 176 consid. 7.1; ATF 137 V 105 consid. 5.3.1; ATF 129 II 497 consid. 5.3.2). En l'occurrence, le litige concerne une concession qui a été octroyée avant l'entrée en vigueur de la révision partielle susmentionnée. Faute de droit transitoire, c'est l'ancien art. 54 LFH dans sa teneur en vigueur en 1966 qui est applicable à la présente cause. (...)

5. Selon l'art. 76 al. 2 Cst. (cf. art. 24bis al. 1 let. b aCst.), la Confédération est compétente pour fixer les principes applicables à l'utilisation de l'eau pour la production d'énergie. A cet effet, elle a édicté la loi fédéra-

le du 22 décembre 1916 sur les forces hydrauliques (ATF 128 II 112 consid. 4a; arrêt 2C_453/2020 du 5 août 2021 consid. 6). Selon 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. Par ailleurs, en vertu de l'art. 76 al. 5 Cst. (cf. art. 24bis al. 4 aCst.), la Confédération statue, avec le concours des cantons concernés, sur les droits relatifs aux ressources en eau qui intéressent plusieurs Etats. Cette disposition habilite la Confédération à adopter les conventions internationales nécessaires à la réalisation d'un ouvrage à caractère international et à délivrer la concession pour la part relevant des ressources en eaux suisses (POLTIER/LARGEY, in Commentaire romand, Constitution fédérale, vol. I, 2021, n°58 ad art. 76 Cst.). Pour l'aménagement d'Emosson, qui accumule des eaux provenant de plusieurs vallées situées en France et en Suisse, la Confédération a, conformément à cette disposition constitutionnelle, conclu une convention

BGE 149 II 320 S. 326

avec la République française le 23 août 1963 et octroyé à la recourante une concession le 27 juin 1966 (supra let. A.b-A.d).

5.1 Par la concession hydroélectrique, la collectivité concédante confère ainsi à un particulier le droit d'exploiter des eaux publiques pour produire de l'électricité (ETIENNE POLTIER, Droit suisse de l'énergie, 2020, p. 92; JACQUES FOURNIER, Vers un nouveau droit des concessions hydroélectriques, 2002, p. 4). Au travers de la concession, le concessionnaire acquiert, dans les limites de l'acte de concession, le droit d'utiliser le cours d'eau (art. 43 al. 1 LFH). Une fois concédé, le droit d'utilisation ne peut être retiré ou restreint sauf pour cause d'utilité publique et moyennant indemnité (art. 43 al. 2 LFH). Les droits conférés par une concession au concessionnaire relèvent donc de la catégorie des droits acquis, tant que dure la concession (cf. ATF 145 II 140 consid. 4.2; ATF 142 I 99 consid. 2.4.3; ATF 128 II 112 consid. 10b/bb); arrêt 1C_494/2015 du 3 novembre 2017 consid. 3.1; POLTIER, op. cit., p. 97 n. 248).

5.2 Il peut arriver que le droit d'utiliser les forces hydrauliques d'un cours d'eau soit concédé successivement à deux concessionnaires distincts (cf. ATF 130 II 18 consid. 3.3). Tel est le cas lorsqu'une première concession a été accordée en lien avec le droit d'utiliser la force hydraulique dépendant d'un premier système de retenue et que ce système fait par la suite l'objet d'une seconde phase de construction en vue d'améliorer la production d'énergie, entraînant l'octroi d'une seconde concession portant sur un volume d'eau supérieur, accordée à un autre concessionnaire (HANS WYER, Rechtsfragen der Wasserkraftnutzung, 2000, p. 43 s.; FOURNIER, op. cit., p. 147; DOMINIK STRUB, Wohlerworbene Rechte, Insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts, 2001, p. 191). Ces situations donnent lieu à un réseau d'accords souvent complexes (FOURNIER, op. cit., p. 145). Le droit fédéral n'exclut pas ce cas de figure, mais prévoit, à l'art. 45 LFH, que la concession ne porte pas atteinte aux droits privés des tiers ou aux concessions antérieures (STRUB, op. cit., p. 192). En d'autres termes, la nouvelle concession ne peut porter atteinte aux droits acquis du premier concessionnaire, de sorte qu'un système doit être mis en place pour éviter cette conséquence (WYER, op. cit., p. 44 s.). A cet égard, plusieurs solutions sont envisageables (cf. WYER, op. cit., p. 44 s.). Si la seconde concession englobe la force hydraulique qui faisait l'objet de la première concession ("umfassende Zweitkonzession"; WYER, op. cit., p. 46), il y a atteinte aux droits acquis du premier concessionnaire (BALTHASAR BRANDNER, in Kommentar zum

BGE 149 II 320 S. 327

Energierecht, vol. I, 2016, n°2 ad art. 45 LFH). Ce dernier peut se voir alors exproprier ses droits d'utilisation par le second concessionnaire qui s'en est vu accorder le droit par l'autorité concédante (cf. art. 46 LFH), moyennant une pleine indemnité (BRANDNER, op. cit., nos 12 ss ad art. 46 LFH; BLAISE KNAPP, La fin des concessions hydrauliques, Revue de droit suisse, 1982, p. 133). Il se peut aussi, comme on le rencontre en pratique, qu'un accord de reprise soit conclu entre les deux concessionnaires (contrat de restitution). Par ce contrat, que la doctrine estime relever du droit privé et qui constitue une solution juridiquement hybride par rapport à la garantie des droits acquis, les concessionnaires conviennent de prestations compensatoires versées par le nouveau concessionnaire au précédent. Celles-ci peuvent prendre la forme de fourniture d'énergie, d'argent ou du droit de continuer d'utiliser une partie de l'eau (WYER, op. cit., p. 45; STRUB, op. cit., p. 192; FOURNIER, op. cit., p. 147; BRANDNER, op. cit., n°2 ad art. 45 LFH). Enfin, il est aussi concevable que la seconde concession soit limitée et ne porte pas sur les droits accordés au premier concessionnaire ("echte beschränkte Zweitkonzession"; WYER, op. cit., p. 46). Celui-ci peut alors continuer à exploiter la force hydraulique conformément à sa concession. Définir quel système a été choisi est déterminant pour savoir à qui reviennent les droits d'utiliser la force hydraulique à l'expiration de la première concession. Ces droits reviennent de facto au second concessionnaire, si la seconde concession avait absorbé les droits de la première; ils font en effet alors partie des droits acquis du second concessionnaire (STRUB, op. cit., p. 192). En revanche, ils reviennent à l'autorité concédante si la seconde concession réservait les droits du premier concessionnaire et excluait ceux-ci de la seconde concession. Pour déterminer qui peut disposer des droits conférés par la première concession à l'expiration de celle-ci, il convient donc d'interpréter les différents accords conclus en fonction du cas d'espèce (STRUB, op. cit., p. 192; WYER, op. cit., p. 47). A cet égard, l'interprétation de la seconde concession revêt une importance particulière.

5.3 Les règles d'interprétation des concessions hydrauliques dépendent de la nature de la clause concernée. En effet, la concession hydroélectrique est un acte juridique mixte, composé de clauses bilatérales (ou contractuelles) et de clauses unilatérales (ou décisionnelles). Le contenu des clauses bilatérales est négocié par les parties, alors

BGE 149 II 320 S. 328

que les clauses unilatérales résultent directement ou impérativement de la loi (cf. ATF 130 II 18 consid. 3.1; ATF 109 II 76 consid. 2 p. 76; cf. aussi arrêts 2C_81/2020 du 13 juillet 2020 consid. 3.1; 2C_825/2013 du 24 mars 2014 consid. 2.1; 2C_815/2012 du 24 juin 2013 consid. 2.1). La clause qui définit l'étendue des droits concédés, par exemple les débits utilisables, est une clause décisionnelle (cf. ATF 130 II 18 consid. 3.1). Une telle clause ne repose pas sur les manifestations de volonté réciproques et concordantes des parties, mais sur l'exercice d'une compétence prédéterminée par une norme, en l'occurrence par l'art. 3 al. 1 LFH. Le fait que la décision de concession suppose la coopération du concessionnaire ("mitwirkungsbedürftige Verfügung"; cf. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd. 2022, n. 1262), ne change rien au caractère unilatéral de l'octroi d'une concession (cf. aussi, dans le même sens, FOURNIER, op. cit., p. 150, qui parle de l'acte de concession comme d'un acte unilatéral approuvé par son bénéficiaire; cf. encore, dans le contexte plus général du rôle de la volonté de l'administré dans le processus de décision, MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3e éd. 2011, p. 205, qui relèvent que l'accord de l'administré est une condition nécessaire à l'existence d'une décision, mais qu'il ne représente pas une manifestation de volonté participant à sa création).

5.4 Selon la jurisprudence, les clauses bilatérales d'une concession s'interprètent selon les règles qui président à l'interprétation des contrats (art. 18 CO; recherche de la volonté réelle et commune des parties puis, si cette volonté ne peut être établie, de la volonté objective telle qu'elle découle du principe de la confiance; arrêts 2C_81/2020 du 13 juillet 2020 consid. 3.1; 2C_258/2011 du 30 août 2012 consid. 4.1; sur les règles d'interprétation des contrats, ATF 144 V 84 consid. 6.2.1; ATF 144 III 93 consid. 5.2.3). Les clauses unilatérales d'une concession doivent en revanche être interprétées selon les règles applicables aux décisions (cf.

FOURNIER, op. cit., p. 150). Il s'agit d'en dégager le sens véritable, conformément à leur signification juridique concrète, en s'écartant au besoin du sens littéral (cf. ATF 147 V 369 consid. 4.2.1; ATF 120 V 496 consid. 1a; arrêt 8C_818/2021 du 12 mai 2022 consid. 4.2). Le principe de la confiance limite toutefois cette interprétation: une décision doit être comprise dans le sens que son destinataire pouvait et devait lui attribuer selon les règles de la bonne foi, compte tenu de l'ensemble des circonstances qu'il connaissait ou qu'il aurait dû connaître (ATF 115 II 415 consid. 3a; arrêts 8C_818/2021 du 12 mai 2022 consid. 4.2; 9C_571/2019 du

BGE 149 II 320 S. 329

23 juillet 2020 consid. 4.4.2; 2A.453/2002 du 6 décembre 2002 consid. 3.1; cf. aussi ATF 120 V 496 consid. 1a).

5.5 L'art. 54 LFH, respectivement l'ancien art. 54 LFH (supra consid. 3), décrit les dispositions qu'une concession doit obligatoirement contenir, dont l'étendue du droit d'utilisation concédé fait partie (cf. art. 54 let. b LFH, resp. ancien art. 54 let. b LFH). Il n'impose toutefois pas de règle quant à la manière dont l'étendue du droit d'utilisation doit être définie dans la concession (cf. ATF 107 Ib 140 consid. 3a, dans lequel le Tribunal fédéral a relevé que le fait que le volume d'eau concédé soit décrit de manière positive ou négative importait peu). Par ailleurs, lorsque les eaux captées pour alimenter de petites usines exploitées par un concessionnaire sont incluses dans un projet plus vaste, la loi fédérale sur les forces hydrauliques n'interdit pas à l'autorité concédante de définir l'étendue des droits concédés à un nouveau concessionnaire en retranchant de son droit d'utilisation une certaine quantité d'eau définie, cas échéant de manière forfaitaire, en vue de préserver l'exercice de la concession antérieure. Dans une telle situation, les eaux ainsi exclues de la seconde concession ne font donc pas partie des droits acquis du second concessionnaire (supra consid. 5.2). Comme déjà indiqué (supra consid. 5.3), les clauses d'une concession qui définissent l'étendue du droit d'utilisation concédé, conformément à l'ancien et au nouvel art. 54 LFH, sont des clauses unilatérales, qui doivent être interprétées selon les règles applicables pour déterminer le sens des décisions.

6. En l'occurrence, le Tribunal administratif fédéral a interprété la concession de 1966 et il est parvenu à la conclusion que la recourante ne s'était pas vu concéder le droit d'utiliser les débits et volumes décrits à l'art. 23 de ladite concession, qui étaient réservés aux CFF. En d'autres termes, la concession de 1966 ne comprenait pas le droit d'utiliser les eaux réservées aux CFF.

6.1 La recourante fait valoir que le Tribunal administratif a procédé à une interprétation erronée de la concession de 1966. De son point de vue, il ressort de la concession de 1966 qu'elle s'était vu accorder le droit d'utiliser l'ensemble des forces hydrauliques décrites à l'art. 22 de la concession de 1966 et que les débits et volumes réservés à l'art. 23 ne représentaient que des débits et volumes forfaitaires qu'elle était contractuellement tenue de restituer aux CFF, en vertu d'un contrat de restitution qui avait précisément pour but de dédommager les CFF pour la perte de leurs droits d'eaux du fait de la concession

BGE 149 II 320 S. 330

de 1966. Cette obligation de restitution était partant caduque depuis la fin de la concession des CFF le 20 juillet 2017, de sorte que, depuis cette date, elle était libérée de toute obligation de restitution et pouvait utiliser sans restriction l'entier des forces hydrauliques qui lui avaient été concédées.

6.2 L'art. 22 de la concession de 1966 décrit le "droit d'utilisation" de la recourante et l'art. 23 de la concession de 1966 fixe les "limites" apportées à ce droit d'utilisation. L'étendue de la concession de la recourante doit être déterminée par l'interprétation de ces deux dispositions. Comme il s'agit d'interpréter des clauses unilatérales, leur sens doit être dégagé en vertu des règles d'interprétation des décisions (supra consid. 5.4 et 5.5).

6.2.1 L'art. 22 al. 1 de la concession de 1966 indique que la recourante acquiert, par le fait de la concession, le droit d'utiliser toutes les forces hydrauliques qui font l'objet de la Convention du 23 août 1963 avec la France au sujet de l'aménagement d'Emosson. L'alinéa 2 de la disposition expose en quoi consiste le droit d'utilisation ainsi concédé. Il comprend 1) le droit de capter les eaux des rivières mentionnées aux lettres a et b, 2) le droit d'amener les eaux ainsi captées, par pompage ou par gravité, dans le bassin d'accumulation d'Emosson (lettres b et c), 3) le droit d'accumuler ces eaux dans ce bassin d'accumulation (lettre d) et 4) le droit de les utiliser sur les chutes du Châtelard, des Esserts et de la Bâtiarz, à l'exclusion toutefois des débits indiqués aux art. 23, 33 et 34 de la concession de 1966 (lettre e). Le texte de l'art. 22 al. 2 let. e de la concession de 1966 prévoit ainsi que le droit d'utiliser les eaux mentionnées aux lettres a et b est restreint, puisque la recourante n'a pas le droit d'utiliser les débits indiqués aux art. 23, 33 et 34 de la concession de 1966. Ces débits sont expressément exclus ("à l'exclusion toutefois"), ce qui signifie littéralement que la recourante ne s'est pas vu concéder le droit de les utiliser sur les chutes du Châtelard, des Esserts et de la Bâtiarz pour produire de l'électricité. Il s'ensuit que l'art. 22 al. 2 let. e de la concession de 1966 définit l'étendue des eaux que la recourante peut utiliser pour produire de l'électricité, en partant de l'entier des forces hydrauliques des cours d'eaux mentionnés aux lettres a et b, duquel sont toutefois déduits les débits indiqués plus précisément aux art. 23, 33 et 34 de la concession de 1966. L'art. 23 de la concession de 1966 confirme cette lecture. L'art. 23 al. 1 décrit le débit annuel et le volume d'accumulation qui sont

BGE 149 II 320 S. 331

exclus du droit d'utilisation de la recourante. Les alinéas 2 à 4 de la disposition précisent que ce débit annuel et ce volume d'accumulation seront réservés aux CFF, conformément à l'accord de principe de 1961 conclu entre la recourante et les CFF ou à tout autre accord qui lui sera substitué, puis détaillent les obligations qui incombent à la recourante à cet égard. Ces obligations consistent, en substance, à tolérer le refoulement des eaux réservées aux CFF, pour que ceux-ci puissent les turbiner dans leurs usines, et à s'abstenir d'entraver les CFF dans l'exploitation de ces usines. Il ressort ainsi de la lettre de l'art. 23 de la concession de 1966 que le Conseil fédéral a voulu non seulement exclure un débit annuel et un volume d'accumulation de la concession de la recourante (al. 1), mais aussi lui imposer des obligations destinées à garantir la possibilité pour les CFF de continuer à exploiter leurs usines (al. 2 à 4). Comme le relève le Département fédéral dans sa réponse au recours, les art. 22 et 23 de la concession de 1966 constituent ensemble le chapitre VI de la concession de 1966, intitulé "Etendue de la concession" (art. 105 al. 2 LTF). Cette systématique confirme que l'art. 23 de la concession de 1966 est intrinsèquement lié à l'art. 22, en ce sens qu'il contribue à circonscrire les eaux que la recourante s'est vu concéder et qu'elle peut utiliser en tant que concessionnaire pour produire de l'énergie. Selon les termes clairs de l'art. 22 al. 2 let. e de la concession de 1966, la recourante est en droit d'utiliser l'entier des forces hydrauliques pour produire de l'électricité, à l'exception toutefois des débits qui sont exclus de ce droit d'utilisation, dont ceux qui sont décrits à l'art. 23 font partie.

6.3 La recourante soutient au contraire qu'une interprétation objective de la concession de 1966 ne peut que conduire au constat selon lequel elle s'est vu concéder toutes les forces hydrauliques mentionnées à l'art. 22 et que l'art. 23, qui renvoie à l'accord qu'elle a conclu avec les CFF en 1961 et à tout autre accord qui lui serait substitué, se limite à rappeler l'existence d'une obligation contractuelle de restitution à l'égard des CFF, qui aurait été réglée entre les parties à ce contrat et sans intervention de la Confédération. De son point de vue, le fait que l'art. 23 de la concession de 1966 se réfère à un débit annuel et à un volume d'accumulation définis

de manière forfaitaire serait la preuve qu'elle est bien concessionnaire de toutes forces hydrauliques réelles décrites à l'art. 22 de la concession, que les CFF ont perdu leurs droits d'eau depuis la concession de 1966 et qu'elle n'est tenue qu'à une obligation contractuelle et forfaitaire de

BGE 149 II 320 S. 332

restitution, qui n'existe toutefois plus depuis la fin de la concession des CFF le 20 juillet 2017. Après cette date, cette obligation contractuelle de restitution serait par conséquent caduque, de sorte qu'elle aurait recouvré le droit d'utiliser sans restriction l'entier des forces hydrauliques qui lui avaient été concédées.

6.4 Ce raisonnement ne convainc pas.

D'abord, la recourante n'explique pas comment son interprétation peut être compatible avec la lettre et la systématique de la concession de 1966 qui lui a été octroyée, dont il ressort que le droit d'utiliser les forces hydrauliques pour produire de l'électricité est défini aux art. 22 et 23 de cette concession en ce sens que la recourante peut utiliser toutes les forces hydrauliques décrites à l'art. 22 (définition positive), à l'exclusion du débit annuel et du volume d'accumulation décrits à l'art. 23 al. 1 (définition négative; cf. supra consid. 5.5). Ensuite, la recourante retient à tort que le fait que le débit annuel et que le volume d'accumulation exclus de son droit d'utilisation soient décrits de manière forfaitaire à l'art. 23 al. 1 serait la preuve que la limitation de son droit d'utilisation est liée à son obligation contractuelle de restitution aux CFF. En effet, la loi fédérale sur les forces hydrauliques ne s'oppose pas à ce que l'autorité concédante définisse l'étendue d'une concession en excluant certains débits ou volumes d'accumulation "forfaitaires", en particulier lorsque, comme dans le cas d'espèce, l'autorité concédante entend permettre à un concessionnaire antérieur de pouvoir continuer à exploiter ses usines en vertu de la concession qui lui a été octroyée. Dans le cas d'espèce, comme le nouvel aménagement d'Emosson a submergé le barrage des CFF, le fait de circonscrire l'étendue de la concession de la recourante en excluant un débit annuel et un volume d'accumulation de manière "forfaitaire" pour les réserver aux CFF apparaît au demeurant comme la seule solution pour que la recourante puisse savoir de manière claire quelle est la quantité d'eau qu'elle peut utiliser pour produire de l'énergie.

C'est par ailleurs en vain que la recourante fait valoir que la concession de 1966 se limiterait à rappeler son obligation contractuelle de restitution aux CFF. Dès lors que le Conseil fédéral a, dans la concession de 1966, restreint le droit d'utilisation de la recourante en soustrayant de son droit d'utilisation le débit et le volume décrits à l'art. 23 al. 1 de la concession de 1966, on ne se trouve pas dans une situation de chevauchement de concessions successives, soit dans une

BGE 149 II 320 S. 333

situation où le premier concessionnaire se voit privé de la possibilité d'utiliser les forces hydrauliques qui lui avaient été concédées au profit du second concessionnaire. En restreignant d'emblée le droit d'utilisation de la recourante par exclusion de débits et de volumes qu'il a réservés en même temps aux CFF, le Conseil fédéral a évité un tel chevauchement et imposé à la recourante des obligations destinées à garantir que les CFF pourraient continuer à turbiner les eaux concédées qui leur sont réservées sans entrave (cf. les cas de figure décrits supra consid. 5.2). En d'autres termes, même si l'accord que celle-ci et les CFF ont conclu en 1961 a pu représenter un contrat de restitution lorsqu'il a été conclu, il n'en reste pas moins que le Conseil fédéral a, en 1966, circonscrit l'étendue du droit d'utilisation de la recourante de manière à distinguer les eaux que la recourante et les CFF pourraient respectivement utiliser en vertu de leur concession respective et ces droits ne se recoupent pas. Cette interprétation est confirmée par le fait que, le 15 novembre 1972, le Conseil fédéral a modifié la concession

de 1917 par un avenant qui redéfinit l'étendue du droit d'utilisation concédé à partir du moment où le bassin de Barberine cesserait d'être utilisable en raison de l'aménagement hydroélectrique d'Emosson (supra let. A.g).

6.5 La recourante objecte aussi que la Confédération n'avait pas la compétence d'octroyer des droits d'eau sur des ressources hydrauliques en France, ce qui confirmerait que "la concession sur les forfaits accordée aux CFF ne se confond pas avec les débits réels concédés à A. SA". L'art. 22 al. 1 de la concession de 1966 renvoie à la Convention du 23 août 1963 entre la Confédération suisse et la République française au sujet de l'aménagement hydroélectrique d'Emosson (RS 0.721. 809.349.1; supra let. A.c) en ce qui concerne l'étendue des droits concédés. Il ressort de l'art. 1 par. 2 de cette convention que celle-ci ne s'applique pas aux eaux qui se déverseraient alors dans le bassin existant de la Barberine, soit naturellement, soit artificiellement. Comme l'a relevé à juste titre le Tribunal administratif fédéral, la Suisse et la France ont délimité dans cette disposition le champ d'application de la convention de 1963 dans un sens négatif et, en tant que les droits des CFF entraînent en considération, elles en ont précisé l'étendue dans un échange de lettres du 23 août 1963 (cf. 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

BGE 149 II 320 S. 334

de l'aménagement hydroélectrique d'Emosson et d'une rectification de la frontière franco-suisse (FF 1963 II 691, 699). Cet échange de lettres du 23 août 1963 (FF 1963 II 691, 718 s.) vise à préciser "le sens et la portée de l'art. 1 par. 2 de la convention". Il indique sous chiffre 1 que la réglementation des droits d'utilisation des CFF restera en tout temps exclusivement affaire de la Suisse. Sous chiffre 2, il réserve aux CFF et exclut ainsi 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 intimes 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. Ainsi, et contrairement à ce que soutient la recourante, la Confédération a bien la compétence d'octroyer des droits d'eau sur des ressources hydrauliques en France en tant qu'elles concerneraient les CFF, ces eaux étant expressément exclues de la convention de 1963. A cela s'ajoute que l'échange de lettres du 23 août 1963 atteste aussi que le Conseil fédéral avait l'intention de préserver les droits des CFF, car il précise sous chiffre 3 que "la concession suisse prévoira les dispositions nécessaires au rétablissement des ouvrages de prise et d'amenée d'eau de l'usine de Barberine et à la sécurité de l'exploitation des usines des CFF".

Si l'art. 23 de la concession de 1966 se limitait à prévoir une obligation contractuelle de la recourante à l'égard des CFF, on ne voit pas pourquoi le Conseil fédéral aurait alors fait en sorte que des débits soient exclus du champ d'application de la convention de 1963, de préciser que la réglementation des droits d'utilisation des CFF resterait en tout temps exclusivement affaire de la Suisse et que la concession suisse contiendrait les dispositions nécessaires à la sécurité de l'exploitation des usines des CFF. Ces démarches ne peuvent s'expliquer autrement que par la volonté du Conseil fédéral de s'assurer que les CFF pourraient continuer à utiliser leur exploitation nonobstant l'octroi de la concession à la recourante, en réservant pour elle des débits et volumes qui seraient de ce fait exclus de la concession de la recourante.

BGE 149 II 320 S. 335

6.6 La recourante allègue encore que les CFF auraient fait l'objet d'une expropriation de leurs droits d'eau. L'existence d'une expropriation formelle ne ressort toutefois nullement de l'arrêt attaqué (art. 105 al. 1 LTF; consid. 2.2 non publié). Il n'y a donc pas à s'attarder plus avant sur ce point.

6.7 Enfin, le principe de la confiance invoqué par la recourante ne saurait aller à l'encontre de l'interprétation claire de la concession. Du reste, la recourante n'apporte aucun élément propre à faire apparaître qu'elle pouvait et devait comprendre de bonne foi la concession de 1966 en ce sens que son art. 23 se limitait à mentionner une obligation contractuelle de restitution à l'égard des CFF, mais qu'il ne restreignait pas l'étendue de sa propre concession. Il n'y a donc aucun motif de s'écarter d'une lecture objective de la concession de 1966.

7. Ce qui précède conduit au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité.