

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

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 45 (1926)

**Artikel:** Les compétences des autorités fédérales en matière d'utilisation des forces hydrauliques

**Autor:** Delessert, Charles

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-896350>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 25.03.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Les compétences des autorités fédérales en matière d'utilisation des forces hydrauliques.

## RAPPORT

présenté à l'Assemblée générale de la Société Suisse des Juristes, à Schwyz, en 1926,

par

CHARLES DELESSERT, Docteur en droit, à Berne.

### Table des Matières.

|                                                                                                                                         |      |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| I. Introduction . . . . .                                                                                                               | 295a |
| II. Les compétences essentielles des cantons . . . . .                                                                                  | 299a |
| III. Les compétences de la Confédération . . . . .                                                                                      | 308a |
| A. La Confédération et son droit de haute surveillance . . . . .                                                                        | 308a |
| B. La Confédération et son droit de décret et d'intervention . . . . .                                                                  | 309a |
| C. La Confédération et son droit de réquisition . . . . .                                                                               | 311a |
| IV. Les compétences du Conseil fédéral . . . . .                                                                                        | 315a |
| A. Le Conseil fédéral et ses droits de surveillance et de décision . . . . .                                                            | 315a |
| B. Le Conseil fédéral et son droit de réglementation . . . . .                                                                          | 323a |
| C. Le Conseil fédéral en sa qualité d'autorité concédante . . . . .                                                                     | 326a |
| D. Le Conseil fédéral en sa qualité de seconde instance statuant d'office, sur requête, sur réclamation ou sur recours formel . . . . . | 332a |
| V. Les compétences des autorités judiciaires, en particulier celles du Tribunal fédéral . . . . .                                       | 363a |
| A. Les compétences des tribunaux en général . . . . .                                                                                   | 363a |
| B. Les compétences du Tribunal fédéral . . . . .                                                                                        | 366a |
| VI. Considérations finales . . . . .                                                                                                    | 374a |

### I. Introduction.

Deux faits importants avaient attiré, en 1891, l'attention des milieux politiques et industriels sur la grande valeur des cours d'eau: la présentation aux autorités



fédérales, par la Société Frei-Land, d'une demande tendant à l'institution d'un monopole de la Confédération sur toutes les forces hydrauliques encore disponibles en Suisse, et la preuve, faite à l'exposition de Francfort, que l'énergie électrique pouvait être transportée à de grandes distances. Nous nous abstenons de revenir sur la longue période de préparation et d'incubation pendant laquelle on examina s'il y avait lieu d'attribuer à la Confédération, à défaut d'un monopole dont l'idée n'avait suscité aucun enthousiasme, un droit absolu de légiférer en matière d'aménagement et d'emploi des forces hydrauliques ou au contraire de faire un partage des compétences entre les cantons et la Confédération. Toujours est-il que l'opinion publique, vivement intéressée par ce problème, a donné la préférence à la seconde solution; elle s'est toutefois prononcée, dans la votation populaire du 25 octobre 1908, pour le principe d'un droit étendu de surveillance en faveur de la Confédération; ainsi, la Constitution fédérale s'est trouvée complétée d'un art. 24bis, qui est entré en vigueur le 22 décembre 1908, en vertu d'un arrêté fédéral du même jour.

Cet article constitue la pierre d'angle de notre droit hydraulique actuel. C'est lui qui a permis à la Confédération de coordonner les efforts des cantons dans le domaine de l'exploitation de la houille blanche, richesse que recèlent les glaciers, les cours d'eau et les lacs. Voici quelles en sont les lignes générales. Désormais placée sous la haute surveillance de la Confédération, l'utilisation des forces hydrauliques pourra devenir l'objet d'une législation fédérale qui, tout en sauvegardant l'intérêt public et en tenant compte des possibilités de développement d'une navigation intérieure naissante, aura pour but d'assurer la mise en valeur rationnelle des cours d'eau du pays. Mais, à part certains droits réservés à la Confédération, tels celui d'octroyer les concessions pour les sections de cours d'eau relevant de la souveraineté de plusieurs cantons incapables de s'entendre au sujet d'une concession commune et pour

les sections de cours d'eau formant la frontière nationale, puis celui d'autoriser la dérivation, à l'étranger, de l'énergie produite par la force hydraulique, les cantons conserveront la plupart de leurs droits essentiels. D'autre part, le transport et la distribution de l'énergie électrique pourront être réglementés par des dispositions législatives fédérales. Enfin, tous les nouveaux actes de concessions hydrauliques devront réserver la législation qu'établira la Confédération; toutefois, cette clause assez particulière de rétroactivité à l'égard d'une loi à venir et encore inconnue de tous ne semble pas avoir été insérée dans les concessions octroyées après l'acceptation de l'article constitutionnel, et le Tribunal fédéral, dans un arrêt assez récent, ne lui a reconnu qu'une portée très relative (ATF, 49, I, pp. 583 et s., canton Unterwald-Obwald contre Elektrizitätswerk Luzern-Engelberg A.-G., du 15 décembre 1923); cet arrêt ne manque pas de soulever la question de savoir si, malgré l'art. 24bis de la Constitution, les dispositions du chapitre III de la loi fédérale de 1916 sur les forces hydrauliques ont vraiment toutes un effet rétroactif à l'égard des droits d'eau constitués entre le 25 octobre 1908 et le 1er janvier 1918.

Les travaux préparatoires en vue de l'élaboration d'une législation fédérale furent entrepris en 1907 déjà par une commission spéciale, placée sous la direction du Département fédéral de l'Intérieur. Ils permirent au Conseil fédéral de présenter aux Chambres son message introductif du 19 avril 1912, accompagnant un projet de loi. De longues discussions parlementaires, où l'on vit se heurter les tendances les plus diverses, prirent fin avec l'approbation définitive, en date du 22 décembre 1916, de la loi organique qui préside aujourd'hui à l'essor et l'on pourrait dire aussi à l'épanouissement de l'économie hydro-électrique de la Suisse. Cette loi, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 1918 et que nous désignerons plus loin par l'abréviation LFH 1916, est un ensemble transactionnel, une sorte de compromis législatif. Elle apparaît bien, à l'examen, sous

le jour d'une solution moyenne, dictée par la nature fédérative des institutions politiques suisses et correspondant à la formule suivante: attribution de compétences à la Confédération sans amoindrissement trop sensible de la souveraineté des cantons. La tâche du législateur consistait en somme à permettre aux autorités fédérales de suivre la marche progressive de l'exploitation des forces motrices, aux points de vue technique et économique, même à certains égards de la diriger, en laissant cependant agir l'initiative privée, souvent soutenue et encouragée par les cantons et les communes, et en remettant avant tout aux autorités cantonales le soin et aussi le devoir de disposer selon les exigences de l'intérêt public.

Depuis la promulgation de la LFH 1916, la législation sur l'utilisation des forces hydrauliques est donc, en Suisse, répartie en deux groupes de prescriptions: d'une part, les dispositions fédérales, dont la LFH 1916 sert de pivot et qui priment le droit cantonal de par la force dérogatoire même du droit fédéral (art. 2 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale), et d'autre part, les nombreuses lois et ordonnances des 25 cantons et demi-cantons, la plupart préexistantes à la LFH 1916 et dont l'application a dû être entièrement adaptée à celle-ci. Par conséquent, le droit fédéral fixe d'une façon générale les normes régulatrices, les principes directeurs, et au droit cantonal sont réservées les dispositions complémentaires et celles d'exécution.

L'analyse des textes qui délimitent ou plutôt mentionnent les compétences des autorités fédérales en matière de forces hydrauliques, n'est pas très aisée. La raison en est que, malheureusement, la LFH 1916 est parfois lacuneuse ou tout au moins d'une clarté insuffisante. Nous avons cherché, dans les lignes qui suivent, à dresser un tableau d'ensemble, sans omettre le détail lorsqu'il nous a paru intéressant. Bien des points eussent mérité une étude plus approfondie. Mais la matière est en réalité si vaste et a de si nombreuses ramifications dans presque tous les

domaines qu'il importait avant tout de s'arrêter aux questions qui semblent se poser le plus souvent à l'attention de chacun.

## **II. Les compétences essentielles des cantons.**

Il n'est, à notre avis, guère possible de traiter la question des compétences fédérales en matière de forces hydrauliques sans esquisser auparavant la situation et les droits des cantons. En effet, c'est principalement à l'intention de ces organismes politiques que la LFH 1916 a été faite. Applicable en première ligne par les cantons, c'est beaucoup par eux que cette loi vit. La souveraineté cantonale n'a guère subi d'atteinte dans ses traits fondamentaux; les restrictions qui y ont été apportées, constituent plutôt des exceptions. Dès lors, si l'on passait sous silence ce qui revient aux cantons, toute étude analytique des attributions fédérales serait en vérité celle d'un corps chez lequel plusieurs lobes essentiels du cerveau, le tronc et les jambes, auraient été oubliés.

Tout d'abord, les compétences des cantons en matière de droit public sont restées en principe intactes. Les eaux courantes ne sont régies par la LFH 1916 que relativement à l'utilisation de leur force motrice. Sur le terrain fédéral, la réglementation de cet objet est donc limitée. Il faut se reporter à la législation spéciale cantonale ou éventuellement fédérale pour tout ce qui regarde les domaines juridiques autres que cette utilisation même. C'est ainsi que n'appartiennent pas au dispositif de la LFH 1916 ce qui a trait à la nature juridique privée ou publique des eaux courantes, à l'exploitation de celles-ci au moyen de la pêche, à leur utilisation pour l'irrigation, à leur usage commun, etc. Nous avons dit eaux courantes, car il s'agit de faire une première distinction entre celles-ci et les sources. Le régime des sources relève du droit privé, à savoir des art. 704 à 712 du CCS, dont le principe est que les sources sont une partie intégrante du fonds et que

la propriété n'en peut être acquise qu'avec celle du sol où elles jaillissent; aux sources sont assimilées les eaux souterraines; mais cette assimilation dépend en somme des conditions géologiques dans lesquelles se présentent les eaux souterraines, qui sont parfois soustraites du régime des sources par les cantons et classées au nombre des eaux publiques. Car, en vertu des art. 6 et 664 CCS, les cantons ont le droit de déterminer les biens faisant partie du domaine public et d'en régler l'exploitation et le commun usage, c'est-à-dire de fixer en particulier les rapports de droit public relatifs aux eaux courantes.

En conséquence, fondés sur leurs droits de souveraineté territoriale et leurs pouvoirs de droit public, les cantons, tout en faisant abstraction du domaine des sources et dans une certaine mesure des eaux souterraines, font le partage entre les eaux courantes privées et les eaux courantes publiques. Autrefois, les eaux privées étaient fréquentes. Mais la tendance moderne est d'en restreindre le nombre et de les déclarer appartenant à la communauté, car la publicité des eaux courantes est aujourd'hui seule propre à laisser l'Etat libre d'agir dans l'intérêt général, surtout en matière d'utilisation industrielle des forces hydrauliques. Les cantons en viennent donc peu à peu à décider que les eaux courantes, à savoir les lacs, rivières, cours d'eau, torrents, ruisseaux et eaux de sources ayant abandonné le fonds sur lequel elles jaillissent, sont des eaux du domaine public (par exemple Vaud; Zurich a même déclaré eaux publiques les cours d'eau souterrains d'un débit moyen supérieur à 300 litres à la minute: § 137bis de la loi d'introduction du CCS). Cependant, la situation est encore confuse dans plusieurs cantons, où la législation ne se contente pas de dire ce qui est public et ce qui est privé — parfois avec un domaine d'eaux courantes strictement privées assez étendu —, mais continue à reconnaître l'existence de droits privés de riveraineté, quelquefois même sur des cours d'eau déclarés publics au point de vue de leur utilisation industrielle. A cet égard, nous signalerons



plus particulièrement les lois des cantons de Glaris, Zoug et Schwyz, chez lesquels subsistent d'une manière ou de l'autre les très anciens droits des riverains à l'utilisation du cours d'eau. On peut donc constater qu'il existe des eaux courantes absolument publiques, des eaux courantes absolument privées et des eaux courantes limitativement publiques.

Si les compétences fondamentales des cantons en matière de droit public relatif aux eaux sont entières, les droits de la Confédération s'étendent en revanche, en ce qui concerne l'utilisation industrielle de toute force hydraulique, aussi bien aux eaux privées qu'aux eaux publiques. En effet, cours d'eau publics et cours d'eau privés tombent dans la sphère d'application de la LFH 1916. Malgré cela, l'art. 1 de cette loi tend aussi à une plus grande publicité des eaux et crée une présomption en faveur de celle-ci, sans doute afin d'étendre le rayon d'influence directe de la LFH 1916, c'est-à-dire de donner toujours plus d'importance au régime des concessions, seul applicable aux eaux publiques (cf. art. 38 à 71), comparativement au régime des autorisations, propre à l'utilisation des eaux privées (cf. art. 17 à 20). Cet article donne une définition des eaux du domaine public aussi extensive que possible au point de vue de l'utilisation motrice, en déclarant que sont réputés cours d'eau publics, au sens de la loi fédérale, les lacs, rivières, ruisseaux et canaux sur lesquels un droit de propriété privée n'est pas établi et ceux qui, tout en étant propriété privée, sont assimilés par les cantons aux cours d'eau publics, en ce qui concerne l'utilisation de la force.

Mentionnons ici que l'art. 2, al. 2, LFH 1916 n'a pas abrogé les dispositions spéciales de droit cantonal autorisant les riverains à utiliser la force des cours d'eau publics en vertu de droits privés sur l'eau même. Le législateur fédéral n'a pas voulu porter atteinte aux règles existant encore dans plusieurs cantons, notamment dans ceux de Glaris, Zoug, Uri et Schwyz; il en a reconnu la compatibilité avec

la LFH 1916, mais cela jusqu'à leur abrogation immédiate ou lointaine; par cette réserve, il a donc envisagé la suppression pure et simple des droits de riveraineté. Mais comment doit-on comprendre la condition juridique des cours d'eau qui sont déclarés publics par la législation cantonale quant à l'utilisation des forces hydrauliques, mais sur lesquels subsistent des droits privés de riveraineté et d'usage industriel (art. 1, al. 2, 2, al. 2, et 17, al. 1, LFH 1916)? Doit-on admettre que pour un tel cours d'eau qui serait hypothéqué de droits privés dans sa totalité, à savoir dans toute sa longueur et aussi dans toute la largeur de son lit, le souverain territorial aurait quand même le droit de le concessionner? La réponse à cette question est donnée par l'art. 17, al. 1, où il est dit que l'utilisation des cours d'eau publics en vertu d'un droit privé des riverains est subordonnée au régime de l'autorisation, ce qui exclut la concession. Par conséquent, la LFH 1916 part du principe que, même si le cours d'eau a été déclaré public quant à l'utilisation de la force, le droit privé initial de propriété et de riveraineté conserve toute sa valeur. L'utilisation même s'effectue en vertu d'un droit privé, qui implique en effet le droit de disposition. La publicité du cours d'eau est donc uniquement destinée à permettre à l'autorité de prévoir un aménagement industriel rationnel, d'empêcher les titulaires d'agir à leur guise ou par exploitation morcelée et même de leur imposer un genre d'utilisation conforme à l'intérêt public et, au besoin, réalisé par un tiers (sous réserve d'acquisition des droits privés par celui-ci). La titularité du droit de riveraineté et du droit à l'utilisation resterait bien intacte, mais l'exercice du droit subirait des restrictions de droit public, en particulier serait subordonné aux règles essentielles de la LFH 1916; la haute surveillance étatique serait complète, mais le droit de disposition et les régales en faveur de l'Etat n'existeraient pas.

Le droit même de concession n'a pas été retiré aux cantons pour toutes les concessions n'intéressant que le

canton et en principe pour toutes les concessions chevauchant sur deux ou plusieurs cantons. Cette solution résulte de ce que les cours d'eau relèvent partout et uniquement de la souveraineté cantonale (art. 5 de la Constitution fédérale).

Conformément au principe du droit public suisse selon lequel ce sont les cantons qui fixent le cadre de leurs institutions et leur propre organisation, il appartient à la législation cantonale de déterminer la communauté (canton, district, commune ou corporation) à laquelle appartient le droit de disposer de la force des cours d'eau publics (art. 2, al. 1, LFH 1916). Dans la plupart des cantons, le droit de disposition et par conséquent le droit éventuel de concession ressortissent à une autorité cantonale agissant pour l'Etat cantonal, lequel dispose en effet de la force des cours d'eau traversant ou bordant le territoire du canton. L'autorité désignée est alors soit le Conseil d'Etat, soit le Grand Conseil. Cependant, dans certains cantons (ceux de Schwyz, des Grisons et du Valais; dans ce canton, pour les cours d'eau autres que le Rhône et le Lac Léman), le droit public, expression du développement historique des institutions politiques, est conçu de telle façon qu'il ne reconnaît pas à l'Etat cantonal, mais essentiellement aux districts ou communes, le droit de disposer de la force des cours d'eau; il est vrai que, en conformité du droit cantonal et de l'art. 4 LFH 1916, les décisions de ces communautés sont soumises à l'approbation de l'autorité cantonale. A cet égard, les résidus historiques sont encore beaucoup plus apparents dans les cantons d'Uri, de Glaris et de Zoug, dont une des particularités essentielles consiste en ce que ce ne sont pas toujours des collectivités de droit public qui sont investies du droit de disposition, mais des communautés et corporations de caractère privé.

Le droit de disposition de la communauté peut être exercé de deux manières, en ce sens que la communauté — qu'elle soit canton, district, commune ou corporation — peut utiliser elle-même la force du cours d'eau soumis à son



autorité ou au contraire en concéder l'utilisation à des tiers (art. 3 LFH 1916). Il va sans dire qu'avec l'un ou l'autre genre d'utilisation les dispositions fondamentales de la LFH 1916 doivent de toute façon être observées, et plus particulièrement les textes relatifs aux concessions (art. 38 à 71), si l'utilisation a lieu dans la seconde forme. D'ailleurs, la concession établie au bénéfice de tiers est le mode d'utilisation de beaucoup le plus fréquent. Le droit de disposition, émanation du droit de propriété territoriale, a pour conséquences essentielles que les redevances et prestations pécuniaires à payer par le concessionnaire reviennent à la communauté concédante et que c'est à celle-ci qu'appartiennent la titularité et l'exercice du droit de retour. Mais la LFH 1916 a réservé à toute communauté une situation juridique privilégiée, en stipulant qu'elle peut être reconnue titulaire d'un droit d'utilisation sous une forme autre que la concession, c'est-à-dire par voie de loi, de décret, etc.; ce sera par exemple le cas d'une commune recevant de l'Etat cantonal, par simple acte législatif, la faculté d'utiliser une force hydraulique déterminée. Il y a lieu de relever à ce sujet que la LFH 1916 confère une sorte de droit de préférence aux collectivités de droit public (art. 41).

Ces quelques explications font facilement saisir ce qu'il faut entendre par „autorité concédante“, expression qui revient fréquemment dans les articles de la LFH 1916; c'est, en ce qui concerne les cantons, l'autorité compétente de la communauté reconnue juridiquement apte par le droit cantonal à disposer de la force hydraulique et, par conséquent, à la concéder à un tiers. C'est de cette autorité concédante que doivent émaner les concessions pour toute section de cours d'eau se trouvant entièrement dans le territoire du canton entrant en ligne de compte (art. 38, al. 1; toutefois, l'autorité concédante locale ou régionale est remplacée par l'autorité cantonale dans le cas de l'art. 11). Quand une section de cours d'eau emprunte le territoire de plusieurs cantons, l'octroi de la concession

relève des cantons intéressés, chacun d'entre eux donnant son assentiment à une concession commune et globale ou à une concession correspondant à la part de section revenant au canton concédant (art. 38, al. 2, et 6); et ce n'est qu'en cas de non-entente entre les dits cantons que l'octroi de la concession dépend du Conseil fédéral. Mais ce Conseil est seul compétent pour les concessions internationales. Nous verrons plus loin (ad compétences du Conseil fédéral statuant en seconde instance) que, pour toute concession ne dépassant pas les limites territoriales cantonales, le Conseil fédéral n'a le droit d'obliger un canton à octroyer une concession que lorsque les conditions de l'art. 11 LFH 1916 sont réalisées. Mais là encore, le Conseil fédéral ne peut se substituer au gouvernement cantonal et la concession ne peut être fédérale. Le principe est le suivant: toute section de cours d'eau strictement cantonale ne peut être concessionnée que par acte communal ou cantonal, et le canton reste entièrement souverain, dans les limites de la LFH 1916 bien entendu, quand il est lui-même titulaire du droit de disposition sur les eaux coulant sur son territoire.

Quant à la procédure d'octroi, elle est réglée par les cantons (art. 60 et 61), sous réserve de quelques principes à observer en ce qui concerne la soumission des demandes de concession à l'enquête publique et ses conséquences. Du fait même que l'autorité concédante octroie la concession, sa compétence se traduit par une faculté générale et personnelle de traiter toutes les oppositions faites au cours de la publication de demande de concession, en ce sens qu'elle peut, à son gré, donner suite aux oppositions de droit public ou de caractère public, en insérant dans l'acte de concession des clauses spéciales destinées à les liquider, et qu'elle peut, d'autre part, renvoyer devant les tribunaux les oppositions de droit privé; l'octroi du droit d'expropriation est un troisième moyen de trancher les difficultés.

Que la concession soit cantonale (éventuellement communale) ou intercantonale, elle doit, cela va sans dire,

être établie selon les règles fixées par la LFH 1916. C'est ainsi qu'en concessionnant un cours d'eau, l'autorité doit tenir compte de l'intérêt public, puis de l'utilisation rationnelle des eaux et enfin des intérêts existants (art. 39). Elle a pour devoir de prendre en considération tous les facteurs susceptibles d'avoir un effet déterminant sur sa décision. Au nombre de ceux-ci figure au premier plan l'expropriation des droits nécessaires à l'aménagement prévu par le demandeur en concession (art. 46); c'est en effet à l'autorité concédante, il ne faut pas l'oublier, à accorder au concessionnaire, si possible dans l'acte de concession même, le droit d'expropriation qui permettra la réalisation de l'oeuvre décrite dans les plans et mémoires techniques et économiques annexés à la demande. Ce seul point prouve déjà combien l'autorité concédante doit être consciente de sa responsabilité et aussi de l'importance de ses engagements. D'autre part, l'autorité est obligée d'envisager toutes les faces du problème d'aménagement, lequel soulève, suivant les circonstances particulières du cas, maintes questions relatives à la police des eaux et aux corrections de cours d'eau, à la protection des sites, aux forêts, à la pêche, et aussi à la navigation fluviale (art. 21 à 24 LFH 1916). Elle n'est d'ailleurs pas libre dans l'établissement des clauses de la concession, car l'acte de concession doit contenir entre autres plusieurs dispositions déclarées obligatoires par l'art. 54 LFH 1916; celles-ci concernent notamment les prestations du concessionnaire (redevance annuelle, fourniture d'eau ou d'énergie, autres charges), puis le droit de rachat et le droit de retour (art. 63 et 67).

La question des prestations du concessionnaire est parmi les plus délicates qui soient. Elle est dominée par le fait capital qu'en vertu du droit public de la Confédération et des cantons, l'Etat cantonal (ou le district, ou la commune), titulaire d'un droit de souveraineté sur les eaux du domaine public et par surcroît d'un droit de propriété *sui generis* (propriété de droit public), bénéficie

de régales sur ses eaux. Dès lors, quand l'Etat ne veut pas exploiter lui-même les forces hydrauliques de ses cours d'eau et qu'il cède par voie de concession l'exercice de ses droits à un tiers, il oblige celui-ci à lui payer des redevances et à lui procurer des avantages particuliers. C'est en raison de ces droits régaliens des cantons que l'art. 48 LFH 1916 prescrit que l'autorité concédante fixe, „conformément au droit cantonal“ (mais il faut ajouter: avec les réserves inscrites aux art. 48 et 49 LFH 1916), les prestations et conditions imposées au concessionnaire, parmi lesquelles figurent les taxes, la redevance annuelle, la livraison d'eau ou d'énergie, les normes des tarifs électriques et la participation de la communauté au bénéfice.

Si les compétences des cantons sont fort étendues dans le domaine de l'exploitation des eaux publiques et des concessions, elles ne le sont pas moins relativement à l'utilisation des eaux privées (art. 17 à 20 LFH 1916). Ici, bien que l'ayant-droit ne soit point soumis au régime des concessions, il lui faut une autorisation officielle pour exécuter des travaux d'aménagement; mais cette autorisation est donnée par le canton, qui est d'ailleurs tenu d'observer la plupart des prescriptions de la LFH 1916. Bien évidemment, les eaux privées sont soustraites, de par leur nature juridique même, au système régalien du canton, et donc libérées de redevances. En revanche, l'art. 18 LFH 1916 permet de les placer sous le coup d'un impôt spécial. On a voulu se servir d'une image pour désigner les droits privés sur un cours d'eau et dire que ce sont des sortes de concessions perpétuelles. Si cette dénomination est assez expressive, parce que le titulaire d'un droit privé sur l'eau, ainsi que ses successeurs, ne peuvent en être dépouillés que par expropriation, elle ne doit pas faire naître une confusion entre le domaine du droit privé et celui des vraies concessions perpétuelles que l'on rencontre par-ci par-là, par exemple dans le canton de Neuchâtel; dans ce canton en effet, les concessions octroyées avant le 1er mars 1848, lesquelles sont souvent

perpétuelles et libérées de toute redevance, ou si l'on veut gratuites, sont demeurées au bénéfice de leurs actes en ce qui concerne leur durée et la finance due à l'Etat (art. 54 loi neuchâteloise du 29 novembre 1869).

Enfin, il faut relever ceci. Malgré les clauses de rétroactivité inscrites à l'art. 74 LFH 1916 et prescrivant même l'applicabilité de certaines dispositions de la loi au droits d'eau constitués antérieurement au 25 octobre 1908, quelques droits des cantons sont restés intacts à l'égard des concessions octroyées avant cette date. Quoi qu'il en soit, nous ne saurions trop attirer l'attention sur la portée souvent considérable des dispositions transitoires de l'art. 74 en question.

### **III. Les compétences de la Confédération.**

#### **A. La Confédération et son droit de haute surveillance.**

Etant donné que, depuis l'acceptation de l'art. 24bis de la Constitution fédérale, une certaine part de responsabilité incombait à la Confédération pour l'utilisation aussi rationnelle que possible des forces hydrauliques sur l'ensemble du territoire suisse, il était naturel que le législateur lui reconnût un pouvoir de haute surveillance sur toutes les eaux courantes, qu'elles fussent publiques ou privées. De là le principe que les cours d'eau privés, aussi bien que les cours d'eau publics, sont placés sous le droit de regard de la Confédération, dès qu'il s'agit d'exploiter leur force motrice. Nous renonçons à répéter ce que nous avons déjà dit sur la démarcation faite par le droit public des cantons entre les eaux courantes privées et les eaux courantes publiques, ainsi que sur la définition extensive donnée aux cours d'eau publics par l'art. 1, al. 2, LFH 1916 au point de vue de l'utilisation des forces hydrauliques. Il nous suffira de signaler que, malgré l'existence de nombreuses eaux privées ou même de nombreux cours d'eau privés dans certains cantons, la très grande majorité des



eaux intéressantes quant à leur aménagement industriel sont publiques.

La Confédération ne peut exercer son droit de haute surveillance, cela va de soi, que par son organe exécutif, le Conseil fédéral. Au reste, ainsi que nous le verrons plus loin, la LFH 1916 a remis explicitement une foule d'attributions à cette autorité. Le travail administratif, technique et économique est exécuté par le Département fédéral de l'Intérieur et sa division spéciale, le Service fédéral des eaux (loi fédérale du 26 mars 1914 sur l'organisation de l'administration fédérale). La préparation hydrographique de l'utilisation des eaux, consistant en relevés hydrométriques continus et en mesurages sur les cours d'eau (art. 29), est une des activités qui rentrent dans la sphère de haute surveillance de la Confédération. Afin qu'autorités et intéressés puissent fonder leurs études techniques et économiques sur des données scientifiques, des limnimètres et limnigraphes sont installés toutes les fois que l'utilité s'en fait sentir. Le propriétaire d'une usine établie sur un cours d'eau public ou privé peut même être astreint à construire et à desservir, avec le concours financier de la Confédération, des installations destinées à mesurer le niveau et le débit du cours d'eau (art. 29, al. 1). Les fonctionnaires fédéraux préposés au service hydrométrique jouissent, dans l'accomplissement de leurs fonctions, du libre accès aux ouvrages hydrauliques des usiniers et riverains (art. 30).

## **B. La Confédération et son droit de décret et d'intervention.**

Bien des problèmes touchant à l'utilisation des forces hydrauliques ont une portée très générale et intéressent l'ensemble du pays. Leur solution dépasse souvent le cadre des souverainetés cantonales et ne peut en conséquence dépendre que des organes supérieurs de la Confédération. Cette subordination des cantons à la Confédération est d'autant plus inévitable que les travaux à exécuter sont



de longue haleine, entraînent habituellement des dépenses considérables se chiffrant par millions ou dizaines de millions de francs et ne peuvent raisonnablement être menés à chef sans l'aide financière de la Confédération. A cet égard, il suffit de rappeler les questions de régularisation des principaux lacs suisses, transformables en de vastes réservoirs naturels, qui peuvent avoir une influence sérieuse sur le débit des principaux cours d'eau en période d'étiage. Mais, bien entendu, les cas sont variés et chacun d'entre eux doit être envisagé et traité selon son importance et son aspect particulier. C'est pour cette raison que la LFH 1916 a réservé les compétences de la Confédération toutes les fois que les décisions à prendre semblaient ne pouvoir rentrer dans le rayon d'action du Conseil fédéral. Il est du reste à présumer que l'exercice de ces diverses compétences incombera essentiellement à l'Assemblée fédérale, qui statuera par voie de loi ou d'arrêté.

Si l'on feuillette la LFH 1916, on constate que la Confédération peut, après avoir entendu les cantons intéressés, décréter la régularisation du niveau et de l'écoulement des lacs, ainsi que la création de bassins d'accumulation, dans l'intérêt d'une meilleure utilisation des forces hydrauliques et dans celui de la navigation (art. 15, al. 1). Quant à la compétence des autorités, la loi donne une précision, en déclarant que c'est à l'Assemblée fédérale de statuer sur l'exécution de l'ouvrage et sur la répartition des frais entre la Confédération et les cantons (art. 15, al. 2). En outre, comme corollaire naturel des pouvoirs sus-indiqués, la Confédération a le droit de régler le débit des lacs et des bassins d'accumulation créés avec sa participation (art. 16).

D'autre part, les questions de navigation intérieure s'imposent de plus en plus à l'attention des autorités cantonales et fédérales et l'on ne saurait assister à l'aménagement des forces hydrauliques de la Suisse sans tenir compte, dans toute la mesure possible, des besoins de la navigation existante et future. Aussi, toute usine à construire sur un

cours d'eau considéré par l'arrêté du Conseil fédéral du 4 avril 1923 comme navigable ou comme pouvant être rendu navigable, fait-elle l'objet d'un examen attentif du point de vue de la navigation; le problème de l'utilisation des forces motrices et celui de la navigation intérieure sont toujours étudiés conjointement, et, dans chaque cas, l'autorité fixe dans quelle mesure il convient d'adapter dès le début les ouvrages à établir aux besoins de la navigation ou tout au moins de ne pas compromettre cette adaptation pour l'avenir, que celui-ci soit prochain ou même seulement éloigné. Mais, à cet égard, le législateur n'en est pas resté à déterminer les compétences générales du Conseil fédéral, compétences que nous étudierons plus loin. Il a prévu que la Confédération peut assumer une part des frais que la protection des intérêts de la navigation impose aux usiniers (art. 24, al. 3), la répartition équitable de ces frais étant considérée en principe comme une des attributions du Conseil fédéral. Puis, la loi fixe pour règle que les usiniers sont tenus de contribuer aux frais de construction et d'exploitation des installations de navigation, si la navigation leur procure des avantages. Or, il se pourra qu'il n'en soit pas ainsi. Dès lors, inspirée d'une tendance favorable à la navigation et aux entreprises qui veulent s'y adonner, la loi déclare que la Confédération peut leur accorder des subsides, lorsqu'elle ne construit pas ou ne fait pas construire elle-même les installations servant à la navigation (art. 25, al. 2). Enfin, la Confédération a la faculté de prendre à sa charge une partie des frais supplémentaires correspondant à l'enchérissement causé par l'exécution de mesures dictées par le Conseil fédéral et destinées à empêcher que la navigabilité des cours d'eau ne soit compromise par des constructions ou par une modification artificielle du lit de la rivière (art. 27, al. 2).

### **C. La Confédération et son droit de réquisition.**

Les différents modes juridiques possibles d'utilisation industrielle d'une eau courante sont les suivants: —

1<sup>o</sup> ou bien utilisation d'une force hydraulique strictement privée par la personne ou la collectivité titulaire du droit de propriété sur une section d'eau courante privée, cela en vertu d'une autorisation cantonale d'exploiter la force motrice (art. 17, al. 1); — 2<sup>o</sup> ou bien utilisation de la force hydraulique d'un cours d'eau public, mais juridiquement public seulement quant à l'utilisation industrielle de cette force, par un riverain ou une collectivité riveraine titulaire d'un droit privé de riveraineté, cela en vertu d'une autorisation cantonale d'exploiter la force motrice (art. 17, al. 1, et 2, al. 2); — 3<sup>o</sup> ou bien utilisation de la force hydraulique d'un cours d'eau public par la communauté titulaire du droit de disposition sur cette force, cela en vertu même de la titularité de son droit et sans concession (art. 3, al. 1); — 4<sup>o</sup> ou bien utilisation de la force hydraulique d'un cours d'eau public par une communauté non titulaire du droit de disposition sur cette force, cela en vertu d'un simple acte législatif (loi, décret, etc.) émanant de la communauté titulaire du droit de disposition (art. 3, al. 2), cas par exemple du canton accordant à une commune le droit d'utilisation sur un cours d'eau cantonal, peut-être pour un temps illimité; — 5<sup>o</sup> ou bien utilisation de la force hydraulique d'un cours d'eau public par un tiers (personne physique, personne morale, communauté de personnes: art. 40 LFH 1916), en vertu d'un acte de concession émanant de la communauté titulaire du droit de disposition sur cette force (art. 3, al. 1), la concession ne perdant par exemple nullement sa qualité juridique propre du fait qu'aucune redevance ne serait due par le concessionnaire ou que le concessionnaire serait une association ou une société à laquelle la communauté concédante serait intéressée (concessionnaire mixte).

Comme la Confédération n'a aucun droit de souveraineté directe sur les eaux circulant sur territoire suisse, le législateur n'a pas voulu l'astreindre vis-à-vis des cantons à observer nécessairement les modes habituels d'utilisation, quand l'intérêt supérieur du pays exige de sa part

une action large et forte. Aussi lui a-t-il attribué aux art. 12 à 14 LFH 1916 le droit de requérir tout simplement, suivant certaines règles, les forces hydrauliques qui font partie d'un cours d'eau public et dont elle a besoin pour l'accomplissement normal de ses tâches (en particulier exploitation de ses chemins de fer par traction électrique). La réquisition, qui est une procédure simple et rapide comparativement à l'expropriation, peut s'étendre à toutes les forces des cours d'eau publics, que celles-ci soient déjà utilisées ou non; au cas où les forces hydrauliques sont déjà utilisées, les droits et les installations peuvent être acquis soit par expropriation de l'usinier, soit par usage du droit de rachat ou du droit de retour; ainsi que nous allons le voir, les droits privés sur la force hydraulique, dont l'existence gênerait la Confédération, peuvent être acquis par voie amiable ou par expropriation.

Les caractéristiques de la réquisition sont que la Confédération dispose par titularité directe de la propriété cantonale, que cette disposition correspond en quelque sorte à une expropriation à l'égard de la communauté qui disposait de la force, que l'emploi de la force échappe aux art. 38 à 71 LFH 1916 relatifs aux concessions, que l'utilisation n'est dès lors pas soumise à une durée, ni au droit de rachat, ni au droit de retour. Toutefois, de par la LFH 1916, des dédommagements doivent être fournis par la Confédération à la communauté privée de ses forces motrices (notamment en raison de la perte de la redevance annuelle), et une indemnité annuelle de fr. 1.— par cheval théorique installé doit être spécialement versée à titre de compensation pour la perte d'impôts cantonaux, communaux et autres, résultant du fait que la Confédération est exonérée du paiement d'impôts par l'art. 7 de la loi fédérale du 23 décembre 1851 sur les garanties politiques et de police en faveur de la Confédération (pour les CFF, art. 10 de la loi du 15 octobre 1897 sur le rachat). Mais, quoique la réquisition soit soumise à des clauses d'exception, elle ne peut avoir pour conséquence une dispense

générale de la Confédération ou de ses organes d'observer la législation fédérale ou cantonale réglementant l'aménagement des cours d'eau. Au contraire, l'exercice du droit de réquisition met la Confédération dans l'obligation de s'en tenir elle-même aux règles légales qui dérivent de l'intérêt général (à mentionner les art. 21 et suiv. LFH 1916: notamment police des eaux, navigation, pêche, protection des sites, forêts, procédure).

Maintenant sera-ce l'Assemblée fédérale ou le Conseil fédéral qui décidera de requérir la force hydraulique? Pratiquement, la compétence du second paraît se justifier aussi bien que celle du Parlement. Cependant, une décision du Conseil fédéral, à laquelle un canton refuserait de se soumettre, serait peut-être susceptible d'appel à l'Assemblée fédérale, car l'art. 12 LFH 1916 confère le droit de réquisition expressément à la Confédération, et non pas au Conseil fédéral. Mais l'Assemblée fédérale aurait-elle les compétences constitutionnelles pour annuler ou modifier la décision même de l'Exécutif? Cela paraît être douteux. D'ailleurs, jusqu'à maintenant, les art. 12 à 14 n'ont sauf erreur été appliqués qu'une seule fois. Ainsi, malgré les droits étendus attribués à la Confédération, la préférence est encore donnée au système habituel de la concession. Celui-ci n'est du reste point défavorable, puisqu'en vertu de l'art. 58, al. 2, LFH 1916 une communauté concessionnaire (par exemple Confédération ou CFF, lesquels rentrent dans la notion juridique de la Confédération) peut exiger le renouvellement de sa concession, à moins que des raisons d'intérêt public ne s'y opposent.

Signalons en terminant que la réquisition prévue à l'art. 12 LFH 1916 ne concerne que les forces hydrauliques du domaine public et qu'elle n'est pas valable à l'égard des forces hydrauliques sur lesquelles pèsent des droits privés. En effet, si la Confédération doit étendre sa main-mise sur des eaux courantes de cette seconde catégorie, elle est obligée d'en acquérir la force de gré à gré, comme pour tout objet de propriété privée (droit réel immobilier), ou



par voie d'expropriation, laquelle a naturellement lieu selon le droit fédéral (art. 19, al. 2). Quand l'acquisition porte sur la force d'un cours d'eau public dont l'utilisation appartient à des riverains en vertu de droits privés de riveraineté, tels que ceux-ci sont encore admis par l'art. 2, al. 2, LFH 1916 et certaines législations cantonales, la Confédération doit un dédommagement pour la perte de l'impôt spécial auquel seraient soumis ces riverains (art. 18 et 20, al. 1), ainsi que l'indemnité annuelle de fr. 1.— par cheval théorique installé servant à compenser la perte d'impôts cantonaux, communaux et autres (art. 20, al. 2). Et si la Confédération acquiert des eaux courantes strictement privées, nous pensons, malgré le peu de clarté de la LFH 1916, qu'elle sera redevable des mêmes prestations financières qu'en cas d'acquisition de la force d'un cours d'eau public dont l'utilisation appartient aux riverains en vertu d'un droit privé (art. 18 et 20).

#### **IV. Les compétences du Conseil fédéral.**

##### **A. Le Conseil fédéral et ses droits de surveillance et de décision.**

Etant l'organe directorial et exécutif de la Confédération (art. 95 de la Constitution), le Conseil fédéral a reçu une série de compétences en matière d'utilisation des forces hydrauliques. Cela est d'autant plus normal que la LFH 1916 embrasse un domaine essentiellement technique et d'intérêt général. Quelques-unes de ces compétences dérivent du principe de haute surveillance fédérale inscrit en tête de la loi. Mais la plupart d'entre elles dépassent le cadre des attributions de stricte surveillance et sont des pouvoirs de décision: d'ailleurs, le droit de surveillance n'implique-t-il pas très souvent chez les autorités exécutives et administratives automatiquement un droit de décision?

Afin de donner au Conseil fédéral la possibilité de remplir sa tâche, il a fallu lui conférer tout d'abord le droit d'examiner si les projets d'usines assurent, dans leur plan

d'ensemble, l'utilisation rationnelle des forces hydrauliques, que celles-ci soient publiques ou privées (art. 5, al. 3, et 17, al. 3, LFH 1916). C'est en effet par l'examen des projets et leur approbation qu'une influence régulatrice peut être exercée dans tout le domaine qui nous occupe. Aussi le Conseil fédéral a-t-il bien marqué l'importance qu'il attribuait à ce côté technique du problème, en déclarant dans une circulaire du 28 mars 1918 aux cantons qu'il considérait l'approbation fédérale des plans généraux des usines à construire comme une condition sine qua non de la validité des concessions y relatives. A notre avis, l'art. 5 LFH 1916 doit être compris dans le sens le plus large: le Conseil fédéral doit pouvoir s'opposer à l'exécution de tout projet d'usine ne répondant pas à une utilisation rationnelle, diriger les études et recherches vers des solutions tout à fait satisfaisantes, exiger même l'unité d'aménagement dans des cas où l'on proposait à tort le fractionnement, faire peut-être d'un plan cantonal un projet intercantonal, etc.; en un mot, les autorités fédérales doivent être investies d'un droit étendu d'initiative au double point de vue technique et économique. La loi a renforcé l'idée de l'art. 5, en prescrivant ailleurs qu'aucune usine ne peut être établie sur les cours d'eau corrigés à l'aide de subventions fédérales, sans l'autorisation du Conseil fédéral (art. 21, al. 3). Puis, elle tend à sauvegarder la future navigation intérieure, en donnant entre autres à ce Conseil le droit de prendre, après avoir entendu les cantons intéressés, toutes mesures empêchant que la navigabilité des sections de cours d'eau désignées par lui ne soit compromise par des ouvrages hydrauliques (art. 27, al. 1).

Le pouvoir exécutif fédéral jouit aussi de compétences dans un domaine étroitement dépendant de celui de l'utilisation des forces hydrauliques: la vente et la fourniture d'énergie électrique. C'est ainsi qu'il peut, en matière d'approvisionnement du pays, demander des usiniers qui vendent du courant, les conventions par lesquelles ils s'interdisent cette vente dans une zone déterminée (contrats

de délimitation de zones), et qu'il a le droit d'en ordonner la modification, si elles sont contraires à l'intérêt public (art. 10); des compétences analogues lui sont reconnues à l'égard des intermédiaires (par exemple communes, particuliers, etc.). D'autre part, l'eau ou l'énergie produite par la force hydraulique ne peuvent être dérivées à l'étranger sans l'autorisation du Conseil fédéral (art. 8, al. 1). De cette disposition, qui s'applique d'ailleurs aux eaux privées aussi bien qu'aux eaux publiques (art. 17, al. 3), découlent les attributions des autorités fédérales en matière d'exportation d'énergie électrique. L'art. 24bis, al. 7, de la Constitution fédérale ne prévoyait pas les cas de dérivation d'eau; cette sorte d'exportation a toutefois été réservée par la LFH 1916. L'arrêté fédéral urgent du 31 mars 1906, le premier en la matière, ordonnait la subordination de toute exportation d'énergie électrique à l'autorisation du Conseil fédéral, mais précisait que la demande d'autorisation devait être adressée au gouvernement cantonal, qui la transmettait à ce Conseil avec son préavis. Ce texte, aujourd'hui abrogé, jette un peu de lumière sur le sens à donner au mot „autorisation“ figurant à l'art. 8 LFH 1916: l'autorisation du Conseil fédéral ne serait donc pas une simple permission accordant à une personne, déjà bénéficiaire d'un droit d'exporter octroyé par les autorités cantonales, comme la législation de certains cantons le prévoit, la faculté d'exercer ce droit préexistant, c'est-à-dire de le mettre en valeur; elle serait au contraire l'acte créant le droit d'exportation. C'est du reste cette manière de voir que le Conseil fédéral a exprimée dans ses ordonnances d'exécution successives. L'art. 2 de l'ordonnance du 1er mai 1918 disait déjà que les demandes d'autorisation d'exportation devaient être adressées au Service fédéral des eaux, organe chargé d'instruire l'affaire; un préavis était demandé aux cantons. L'ordonnance du 4 septembre 1924 sur l'exportation de l'énergie électrique a confirmé cette procédure. L'autorisation d'exportation est octroyée pour une durée déterminée et aux conditions

que fixe le Conseil fédéral. Celui-ci invite auparavant la Commission fédérale pour l'exportation de l'énergie électrique à exprimer son avis. En résumé, d'une part, le pouvoir d'autoriser l'exportation à destination de pays étrangers appartient au Conseil fédéral, et d'autre part, les droits des cantons en matière d'exportation d'un canton dans un autre ont été limités par l'art. 9 LFH 1916, en ce sens que cette dérivation d'énergie électrique ne peut être restreinte que dans la mesure où l'intérêt public du canton exportateur le justifie.

Il faut signaler en outre un certain nombre d'attributions dans des questions d'ordre pécuniaire (répartitions de frais, indemnités, contributions), puis de constitution de sociétés entre usagers.

Le Conseil fédéral répartit les frais que la protection des intérêts de la navigation intérieure impose aux usines (art. 24, al. 3); ainsi que nous l'avons vu plus haut, une part de ces frais peut être assumée par la Confédération. C'est également lui qui, dans les cas où les intérêts des usagers d'une section de cours d'eau intercantonale ou internationale ne peuvent être conciliés et où il est nécessaire de restreindre l'exercice des droits de certains usagers, fixe l'indemnité à payer par les usagers avantagés du fait de cette restriction (art. 32, al. 3). Mais, ici, le législateur a prévu que les décisions du Conseil fédéral seraient attaquables devant le Tribunal fédéral statuant comme instance unique de droit civil. Cela s'explique fort bien, car une restriction de l'exercice des droits acquis peut avoir des conséquences considérables pour les intéressés et ceux-ci doivent avoir en particulier toute garantie que la restriction n'excèdera pas les limites permises et que l'indemnité à percevoir des bénéficiaires de la restriction correspondra au préjudice subi. Selon les termes mêmes de la loi, le Tribunal fédéral ne statuerait pas comme véritable instance de recours, mais fonctionnerait comme instance unique chargée d'apprécier les divers éléments d'une indemnité (voir cependant ad compétences du Tribunal fédéral).

D'autre part, il appartient à l'„autorité fédérale“, dit la LFH 1916, de fixer, lorsque les usines en jeu intéressent plusieurs cantons, les contributions (aux frais de construction et d'entretien) auxquelles peuvent être astreints des usiniers qui retirent un profit durable et important d'installations établies par des tiers et à leurs frais (art. 33, al. 2). C'est le cas bien connu de l'usinier inférieur par rapport à l'usinier supérieur, par exemple de l'entreprise d'aval qui bénéficie d'un bassin d'accumulation construit par l'entreprise d'amont. Mais, que faut-il entendre par „autorité fédérale“? Le Conseil fédéral ou son Département préposé au contrôle de l'utilisation des forces hydrauliques, à savoir son Département de l'Intérieur? Si l'on doit partir du point de vue exprimé par le Conseil fédéral dans son message du 27 mars 1925 relatif au projet de loi fédérale sur la juridiction administrative et disciplinaire fédérale, d'après lequel une décision du Conseil fédéral ne saurait être attaquée devant le Tribunal fédéral, en raison de l'art. 95 de la Constitution qui fait du Conseil fédéral l'autorité exécutive „supérieure“ de la Confédération et semblerait écarter toute subordination judiciaire de ce Conseil au Tribunal fédéral, on en vient à admettre que l'„autorité fédérale“ de l'art. 33, al. 2, LFH 1916 ne pourra être qu'une autorité administrative subordonnée; cet article prévoit en effet expressément le recours au Tribunal fédéral. Or, a-t-il été vraiment dans l'intention du législateur de ne pas laisser au Conseil fédéral même le soin de statuer sur les contributions à payer par les bénéficiaires d'installations hydrauliques établies par des tiers? Il est permis d'en douter fortement. Quoi qu'il en soit, on se trouve en présence du dilemme que voici: ou bien l'autorité fédérale sera le Département fédéral de l'Intérieur et le recours devant le Tribunal fédéral sera interjeté selon des règles normales, ou bien l'autorité en question sera le Conseil fédéral et le recours devant le Tribunal fédéral froissera un principe constitutionnel considéré comme essentiel par le Conseil fédéral.



Nous voudrions faire observer encore ceci au sujet de l'art. 33, al. 2. Bien que la rubrique marginale parle de „contribution obligatoire“, l'autorité n'est point tenue de donner droit à la demande de contribution et de décider la participation aux frais de construction et d'entretien des installations qui sont la cause du profit. En effet, la question de savoir si un usinier d'aval bénéficie sérieusement des ouvrages d'un usinier d'amont et si cet avantage doit être en quelque sorte payé, est une question de libre appréciation. Mais une fois que l'avantage est considéré par l'autorité comme devant entraîner une contribution de la part de l'usinier inférieur, celui-ci doit évidemment fournir la prestation qui lui est fixée.

En vertu de l'art. 33, al. 3, LFH 1916, „l'autorité compétente“ peut même, si les circonstances l'exigent, ordonner en tout temps la constitution d'une société ou association de tous les intéressés (cas de société obligatoire). Par ce moyen assez pratique d'établir des rapports juridiques étroits entre tous les usagers d'un même cours d'eau ou encore d'un même bassin de réception et d'alimentation (région comprenant lacs, rivières et affluents), les intérêts réciproques peuvent être compensés et conciliés directement entre sociétaires. Si l'on rapproche l'art. 33, al. 3 de l'al. 2, on constate que l'autorité compétente est l'autorité cantonale quand il s'agit d'usines sur une section de cours d'eau ne dépassant pas les limites territoriales cantonales, et, selon nous, le Conseil fédéral — toute question de controverse académique mise à part — quand il s'agit d'usines intéressant plusieurs cantons.

Toujours dans le domaine de la formation de sociétés ou associations entre usagers, laquelle peut être volontaire (art. 34 et 35 LFH 1916) ou au contraire obligatoire (art. 36 et 37 LFH 1916, articles auxquels il faut joindre l'art. 33, al. 3, que nous venons de citer), les autorités administratives ont des pouvoirs leur permettant d'intervenir dans une large mesure. Identiquement à ce qui est compris aux alinéas 2 et 3 de l'art. 33, les autorités adminis-

tratives sont, dans les articles précités, l'autorité cantonale pour les groupements d'usagers rentrant dans les limites cantonales et le Conseil fédéral (parfois désigné expressément, parfois sous-entendu dans l'expression générale „autorité“ ou „autorité administrative“) pour les associations d'usines situées dans des cantons différents. Abstraction faite des cas de contestations prévus aux art. 35, al. 2, et 37, al. 5, et pour lesquels le Conseil fédéral est l'autorité compétente, ce Conseil a les pouvoirs suivants. Il a le droit d'ordonner la constitution d'une société, lorsque les droits d'utilisation intéressent le territoire de plusieurs cantons et que ceux-ci ne parviennent pas à s'entendre (art. 36, al. 1; voir aussi art. 33, al. 3). Il peut en outre obliger le titulaire d'un droit d'utilisation accordé après la constitution de la société à entrer dans celle-ci (art. 36, al. 3). Enfin, il approuve les statuts (modifications y comprises), et même les édicte si les sociétaires ne peuvent s'entendre, ou encore les revise après avoir entendu la société (art. 37, al. 1, 3 et 4).

D'après les deux projets de loi et d'arrêté présentés par le Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, en date du 27 mars 1925, et relatifs à la future juridiction administrative fédérale (art. 114bis de la Constitution), plusieurs compétences du Conseil fédéral que nous venons d'indiquer seraient modifiées. En effet, d'une part, l'art. 50 du projet de loi sur la juridiction administrative permettrait d'attribuer à des instances subordonnées au Conseil fédéral, pour être liquidées par elles, les affaires qui seraient désormais susceptibles de recours de droit administratif au Tribunal fédéral (aux termes de la loi nouvelle, seraient des instances subordonnées, les départements ou, en tant que le Conseil fédéral le prescrirait par voie d'ordonnance, des services dépendant des départements). D'autre part, l'art. 7 du projet d'arrêté énumérant diverses attributions de la future cour administrative fédérale dit que le recours de droit administratif au Tribunal fédéral serait recevable contre les décisions du Département fédéral de l'Intérieur

(ou des autorités cantonales pour les cas non intercantonaux) relatives à la constitution de sociétés, à l'entrée d'usagers dans celles-ci et aux rapports juridiques des sociétaires entre eux (art. 33, al. 3, 35, al. 2, 36 et 37, al. 5, LFH 1916). En conséquence, à part les cas de contestations (art. 35, al. 2, et 37, al. 5) dont nous reparlerons à propos des compétences du Conseil fédéral statuant en seconde instance, ce ne serait plus le Conseil fédéral, mais le Département fédéral de l'Intérieur qui, pour les usines situées dans plusieurs cantons, ordonnerait la constitution d'une société ou association entre usagers (art. 33, al. 3, et 36, al. 1) et obligerait un nouvel usager à entrer dans une société ou association déjà formée (art. 36, al. 3). En revanche, les compétences du Conseil fédéral ne seraient pas touchées en ce qui concerne l'approbation des statuts des sociétés obligatoires (art. 37, al. 1), l'établissement des statuts des dites sociétés en cas de non-entente entre sociétaires (art. 37, al. 1), l'approbation de toute modification des statuts des dites sociétés (art. 37, al. 3) et la revision des statuts des dites sociétés (art. 37, al. 4). Quant à nous, nous ne saisissons pas la nécessité de faire une distinction entre les cas des art. 33, al. 3, et 36, al. 1 et 3, où il s'agit de statuer sur la fondation obligatoire d'une société et sur l'entrée d'un nouvel usager dans celle-ci, et les cas des art. 37, al. 1, 3 et 4. Nous estimons qu'une telle scission entre les compétences du Département fédéral de l'Intérieur (avec recours éventuel à la cour administrative du Tribunal fédéral) et les compétences du Conseil fédéral ne serait pas heureuse. Etant donné que, pour les questions essentielles relatives à la constitution obligatoire de sociétés, les compétences passeraient à un Département, nous pensons qu'il en devrait être de même pour toutes les questions connexes. Cette uniformité serait d'autant plus indiquée que des modifications et revisions de statuts peuvent soulever des problèmes juridiques aussi importants que ceux qui se présentent lors de la fondation de sociétés. A notre avis, si les projets du Conseil fédéral venaient à

être acceptés dans leur teneur actuelle, le Département fédéral de l'Intérieur devrait recevoir la faculté de statuer, sous réserve de recours de droit administratif au Tribunal fédéral, dans tous les cas où, les installations hydrauliques des usagers se trouvant dans des cantons différents, la LFH 1916 prévoit l'intervention de l'autorité fédérale. Nous reprendrons du reste ce point dans nos considérations finales.

Puisque nous avons abordé le problème du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, disons ici que cette autorité serait compétente, en vertu de l'art. 6 du projet d'arrêté du 27 mars 1925 pour statuer en seconde instance sur les décisions du Département fédéral de l'Intérieur ou des autorités cantonales concernant la protection du poisson selon la loi fédérale sur la pêche et selon l'art. 23 LFH 1916. Par conséquent, d'après les projets du Conseil fédéral, ce serait à l'avenir le Département susmentionné, et non point le Conseil fédéral, qui aurait à prendre toutes les mesures envisagées par l'art. 23 LFH 1916.

Finalement, deux compétences spéciales à signaler: le Conseil fédéral octroie le droit d'expropriation lorsqu'il s'agit d'exproprier des immeubles situés hors du canton concédant (art. 46, al. 3), et il statue, en matière de droit de retour relatif aux concessions intercantionales accordées par lui, sur l'usage des installations et sur la part de chacun des cantons, quand ces derniers ne peuvent s'entendre (art. 68, al. 2).

## **B. Le Conseil fédéral et son droit de réglementation.**

Le législateur ne s'est pas contenté de conférer au Conseil fédéral un pouvoir de surveillance sur l'application de la loi. Il l'a en outre autorisé à édicter les mesures d'exécution qui sont du ressort de la Confédération (art. 72 LFH 1916). Plusieurs dispositions, dont nous allons donner un rapide aperçu, indiquent les domaines dans lesquels le Conseil fédéral peut spécialement faire oeuvre d'autorité

exécutive et réglementatrice. Mais, la plupart de ces compétences sont restées jusqu'à ce jour inutilisées.

Le Conseil fédéral, qui avait à prescrire la date de l'entrée en vigueur de la loi (entrée en vigueur décrétée le 20 avril 1917 pour le 1er janvier 1918), a commencé par fixer un délai dans lequel les cantons eurent à édicter toutes les dispositions d'exécution qui étaient de leur ressort et à préparer, pour leur territoire, l'introduction d'un registre des droits d'eau (art. 75, al. 1; circulaire du 20 avril 1917). Puis, il a pris certaines mesures de caractère transitoire (art. 74, al. 5) en publiant son arrêté du 28 décembre 1917 relatif aux demandes de concessions pendantes au moment de l'entrée en vigueur de la LFH 1916. Enfin, récemment, il a tenu à faciliter l'application de l'art. 67, relatif au droit de retour, en envoyant, le 12 septembre 1924, une circulaire aux autorités cantonales chargées de la concession des droits d'eau et de la surveillance du registre foncier pour leur indiquer la procédure à suivre en fait de mentions dans ce registre des droits de retour prévus dans les concessions hydrauliques (voir aussi circulaire complémentaire du 27 mars 1925).

Voici l'énumération des droits de réglementation qui appartiennent au Conseil fédéral, avec indication de l'usage qui en a été fait jusqu'à maintenant.

a) Le Conseil fédéral avait à désigner les dispositions de la LFH 1916 qui ne sont pas applicables aux petites usines hydrauliques (art. 72, al. 2); cette matière a fait l'objet d'un règlement, celui du 26 décembre 1917, limitant l'application de la LFH 1916 à l'égard des petites usines; ce règlement prévoit des allègements de procédure pour les concessions inférieures à 100 ch.

b) Le Conseil fédéral a le droit d'édicter les dispositions générales propres à assurer et à développer l'utilisation rationnelle des forces hydrauliques (art. 5, al. 1, et 17, al. 3). Les seules dispositions de cet ordre qui aient été prises jusqu'à présent concernent essentiellement des questions de procédure et tendent à assurer l'approbation régu-



lière des projets par les autorités fédérales; elles sont contenues dans la circulaire du Conseil fédéral aux gouvernements cantonaux du 28 mars 1918, relative à l'examen des plans des usines hydrauliques projetées; elles s'appliquent aux eaux privées aussi bien qu'aux eaux publiques.

c) Le Conseil fédéral peut, toujours en vue d'empêcher une exploitation irrationnelle des forces motrices (sectionnement des chutes, etc.) édicter des prescriptions particulières à un cours d'eau ou à une section de cours d'eau déterminée (art. 5, al. 2, et 17, al. 3); de telles prescriptions n'ont pas été édictées jusqu'à ce jour, car l'application de l'art. 5, al. 3, relatif à l'approbation des projets généraux, semble fournir des résultats satisfaisants.

d) Le Conseil fédéral désigne, après avoir entendu les cantons intéressés, les sections de cours d'eau qui doivent être considérées comme navigables ou qu'on se propose de rendre navigables; il ordonne les dispositions nécessaires (art. 24, al. 2). Le Conseil fédéral a fait usage de cette compétence en édictant, le 4 avril 1923, un arrêté relatif aux cours d'eau navigables ou pouvant être rendus navigables, arrêté qui a été complété, le même jour, par une circulaire du Département fédéral de l'Intérieur. La question avait été mise à l'étude à la suite d'une circulaire du Conseil fédéral aux cantons, du 29 septembre 1919.

e) Le Conseil fédéral édicte les dispositions nécessaires à l'organisation et à la tenue par les cantons d'un registre des droits d'eau et des installations qui intéressent l'utilisation des forces hydrauliques (art. 31, al. 2, et 75); de telles dispositions n'ont pas encore été publiées; cependant, la circulaire déjà mentionnée du Conseil fédéral, du 20 avril 1917, y fait allusion et l'étude de cette question a sérieusement progressé depuis l'envoi de la circulaire du Département fédéral de l'Intérieur aux cantons du 1er octobre 1923.

f) Le Conseil fédéral a la faculté d'édicter les prescriptions concernant les rapports des usagers entre eux, en particulier les détails de l'utilisation des cours d'eau et spécialement la retenue des eaux et l'enlèvement des objets

charriés, quand les installations intéressées empruntent le territoire de plusieurs cantons ou quand les cours d'eau touchent à la frontière nationale (art. 32, al. 2). Aucun emploi n'a encore été fait de cette compétence.

g) Le Conseil fédéral édicte les dispositions de détail sur le calcul de la redevance (art. 51, al. 4). Le règlement du Conseil fédéral du 12 février 1918 a donné satisfaction à cette exigence de la loi.

h) Le Conseil fédéral peut établir des concessions-types servant de règle à l'autorité concédante pour l'octroi de concessions ou de certaines catégories de concessions (art. 57). Il a renoncé pour le moment à faire usage de cette faculté, pour la simple raison que la LFH 1916, notamment son chapitre III, offre une base suffisante pour l'établissement des concessions, qu'il faut d'ailleurs adapter chaque fois aux circonstances particulières du cas.

i) Le Conseil fédéral peut édicter d'autres dispositions de procédure que celles qui sont prévues à l'art. 60 relativement à l'octroi des concessions cantonales (art. 60, al. 4). Jusqu'à maintenant, aucune suite n'a été donnée à cette disposition.

j) Le Conseil fédéral règle la procédure pour l'octroi des concessions fédérales (art. 62). Cette procédure n'a pas été fixée et l'on s'en tient aux dispositions de procédure cantonales.

k) Le Conseil fédéral nomme une Commission fédérale de l'économie hydraulique et édicte un règlement sur les attributions et l'organisation de cette commission consultative (art. 73). Le règlement prévu existe; il date du 14/15 septembre 1917.

### **C. Le Conseil fédéral en sa qualité d'autorité concédante.**

Les sections de cours d'eau qui se trouvent exclusivement sur le territoire d'un canton, sont concessionnées par les autorités compétentes de ce canton (art. 38, al. 1, LFH 1916). Il n'existe aucune exception à cette règle

fondamentale. Ainsi que nous le verrons plus tard, l'art. 11 LFH 1916 ne donne pas au Conseil fédéral la faculté de devenir autorité concédante en lieu et place de l'autorité cantonale, à savoir d'octroyer une concession fédérale; il lui permet simplement d'obliger le canton, dans certaines circonstances, à faire acte de pouvoir concédant.

Ce sont aussi les cantons qui octroient les concessions relatives aux sections de cours d'eau empruntant le territoire de plusieurs cantons. Mais il faut la réalisation d'une condition essentielle: l'entente entre les cantons intéressés. En effet, le désaccord entraîne pour eux leur incompétence, en ce sens que, si l'entente ne se fait pas dans un délai raisonnable, le Conseil fédéral octroie la concession (art. 38, al. 2). Ces attributions spéciales sont encore précisées à l'art. 6, al. 1: le Conseil fédéral statue quand il s'agit de mettre en valeur une section de cours d'eau située sur le territoire de plusieurs cantons ou, pour une seule et même usine, plusieurs sections situées dans des cantons différents. Bien entendu, il doit consulter les autorités cantonales. Il ne peut toutefois pas accorder la concession sans leur consentement, quand celle-ci aura pour conséquence de restreindre dans une mesure excessive l'établissement de la population ou ses moyens d'existence (art. 6, al. 3).

De telles compétences s'imposaient. Il était nécessaire de prévoir un moyen de permettre l'utilisation rationnelle et désirable d'une section de cours d'eau intercantonale en cas d'attitude hostile ou intransigeante d'un canton. On ne pouvait songer à sacrifier l'unité d'aménagement au particularisme outrancier d'une autorité cantonale; le Conseil fédéral devait non seulement avoir la faculté de donner son approbation aux projets, mais encore avoir le droit de faire prévaloir les utilisations intercantionales, lorsque celles-ci ont pour elles la supériorité technique et économique vis-à-vis d'aménagements strictement cantonaux.

Disons ici ce qu'il faut entendre par section de cours d'eau empruntant le territoire de plusieurs cantons. Il

existe deux éventualités: — ou bien les cantons intéressés sont délimités par un cours d'eau, la frontière étant en principe tracée par le thalweg; — ou bien le cours d'eau est coupé transversalement par la ligne-frontière des cantons intéressés. Dans le second cas, le caractère intercantonal de la section de cours d'eau est donné par l'ouvrage lui-même qui empiète sur deux territoires cantonaux différents; il résulte de l'unité de l'aménagement. D'autre part, rappelons que les lacs sont des cours d'eau au point de vue juridique. Par conséquent, de même qu'un petit lac entièrement cantonal peut, grâce à des ouvrages hydrauliques spéciaux, être transformé en bassin d'accumulation et faire par exemple l'objet d'une concession en faveur d'un particulier ou d'une société, de même un grand lac intercantonal pourrait théoriquement être concessionné à une association de tous les usiniers d'aval qui viendraient à bénéficier de l'accumulation disciplinée des eaux de ce lac, en particulier d'une plus grande régularité des débits; la concession serait alors octroyée par les cantons riverains, et, à défaut d'entente entre eux, par le Conseil fédéral.

Ces diverses considérations sur le caractère intercantonal d'un cours d'eau valent aussi pour les sections de cours d'eau internationales, que nous allons aborder.

Il appartient au Conseil fédéral d'octroyer les droits d'eau sur les sections touchant à la frontière nationale (art. 38, al. 3, LFH 1916). Cette disposition est précisée par le texte de l'art. 7, où il est exposé que le dit Conseil constitue les droits d'utilisation internationaux après avoir entendu les cantons intéressés ou autorise la communauté qui dispose d'une section de cours d'eau-frontière à la mettre en valeur elle-même. Il n'est pas nécessaire que la section de cours d'eau forme la frontière entre la Suisse et un autre Etat, comme le laisse supposer l'art. 24bis, al. 4, de la Constitution fédérale; il suffit que cette section soit touchée en un point quelconque par la frontière nationale. Les compétences du Conseil fédéral, qui ont fait

passer à l'arrière-plan celles des cantons (autrefois, les eaux-frontière étaient concessionnées par les autorités cantonales), découlent du besoin de tout Etat d'avoir une politique hydraulique vis-à-vis de l'étranger et aussi de prévenir des conflits internationaux. Elles ont d'ailleurs leur origine naturelle dans les art. 8, 10 et 102, al. 8, de la Constitution fédérale, selon lesquels les rapports internationaux incombent à la Confédération et au Conseil fédéral. Tandis que la LFH 1916 prescrit que le Conseil fédéral doit octroyer les concessions intercantionales en tenant équitablement compte de la législation des cantons intéressés (art. 6, al. 2), une telle réserve n'existe pas pour les concessions internationales. En ce qui concerne celles-ci, le Conseil fédéral semblerait jouir de la plus entière liberté de négociation et, le pouvoir de concéder lui ayant été nettement délégué, aurait le droit de procéder aux actes de concession (éventuellement actes bilatéraux en connexion avec les actes de concession mêmes octroyés par chacun des Etats intéressés) de la manière la plus pratique et aussi la plus profitable aux intérêts du pays.

En cas de concession fédérale, il n'est pas toujours facile de dire, dans la mesure où ils ne sont pas fixés avec précision dans l'acte de concession, quels droits reviennent à la Confédération et au Conseil fédéral et quels droits subsistent en faveur des cantons. En effet, on peut se demander si le Conseil fédéral agissant en qualité d'autorité concédante, se substitue entièrement aux cantons et absorbe en faveur de la Confédération tous les pouvoirs juridiques de ceux-ci. Evidemment pas. Les cantons ne sont en aucun cas dépouillés des droits qui découlent de leur souveraineté et propriété sur les eaux se trouvant sur leur territoire (voir art. 68 sur le droit de retour), même quand il s'agit d'eaux touchant à la frontière nationale. En conséquence, les avantages d'ordre pécuniaire pouvant résulter de l'emploi industriel des eaux restent aux cantons. Cela est implicitement garanti par l'art. 24bis, al. 6, de la Constitution fédérale, et explicitement par l'al. 5 du même



article constitutionnel, ainsi que par l'art. 52 LFH 1916: les prestations pécuniaires, à savoir les droits et redevances, appartiennent aux cantons ou aux ayants-droit, mais sont fixées par le Conseil fédéral dans le cadre des législations cantonale et fédérale. Il faut en distinguer tout ce qui dérive du droit de haute surveillance de la Confédération et de l'obligation pour celle-ci de protéger l'intérêt public suisse vis-à-vis de l'étranger.

En effet, tandis que la surveillance fédérale s'exerce en principe de la même manière sur les eaux cantonales, intercantionales et internationales (art. 1, 5, 6, 7 et 38 LFH 1916), il peut arriver que la Confédération se réserve certains pouvoirs économiques en ce qui concerne les concessions internationales. Mais il n'y a pas lieu d'y voir une atteinte aux droits initiaux des cantons sur le rendement des eaux qui sont leur propriété. Ce que la Confédération recherchera peut-être, ce sera la possibilité d'exercer une surveillance régulière sur la marche de l'entreprise, par exemple en ayant une représentation au sein du conseil d'administration ou en y déléguant un commissaire. Il lui arrivera notamment de ne pas écarter l'idée d'une participation financière étatique à l'entreprise (participation fédérale directe ou cantonale par délégation), si l'intérêt public de la Suisse l'exige, c'est-à-dire si, par ce moyen, la situation politique et économique du pays peut être mieux sauvegardée à l'égard de l'étranger. Mais une telle participation, avec ses avantages et ses risques financiers, ne doit pas être confondue avec ce qui dérive pour les cantons, et cela sans aléas, de la propriété même sur les eaux (entre autres taxes et redevances, ainsi que certains privilèges). Si le Conseil fédéral a le droit, particulièrement en sa qualité d'autorité concédante (art. 48 et 55), de prescrire les règles à suivre quant à l'emploi de l'énergie (à remarquer que la question de l'exportation doit, en pratique, être traitée séparément sur la base de l'art. 8 LFH 1916 et de l'ordonnance du 4 septembre 1924) et de fixer éventuellement les tarifs pour la vente de l'énergie, il ne peut faire

entre autres livrer à la Confédération, par le concessionnaire, de l'énergie privilégiée (énergie à titre gratuit ou à prix réduit). En effet, ce sont là des avantages que l'on ne peut pas faire dépendre du droit de haute surveillance; ils constituent en réalité une véritable contre-prestation du concessionnaire, due en raison de l'utilisation même de la force hydraulique. Une fourniture d'énergie privilégiée ne saurait en principe revenir qu'à la communauté titulaire des droits régaliens sur les eaux.

Cela dit, toute concession fédérale doit être établie et octroyée par le Conseil fédéral conformément aux principes de la LFH 1916. L'autorité concédante a entre autres pour devoir d'observer les règles des art. 21 à 24 LFH 1916 (police des eaux, protection des sites, forêts, pêche, navigation intérieure). Elle consulte les cantons intéressés; elle entend leurs suggestions, leurs propositions, mais elle n'est pas tenue d'y donner suite. C'est elle qui fixe les obligations du concessionnaire énumérées à l'art. 48 LFH 1916, à savoir les taxes et la redevance annuelle (mais cela conformément au droit cantonal et fédéral, art. 48 à 51 LFH 1916), puis la livraison d'eau ou d'énergie, la durée de la concession (art. 58), les normes des tarifs électriques, la participation au bénéfice, le droit de retour, le droit de rachat; elle peut même s'inspirer de l'art. 10 (contrats limitant les zones de distribution); elle veille à l'application de l'art. 40 (nationalité et siège du concessionnaire); elle insère dans l'acte de concession les clauses obligatoires de l'art. 54 et, si cela est nécessaire, les clauses facultatives de l'art. 55; elle réserve en faveur des cantons ou peut-être aussi en faveur de la Confédération certains droits découlant du besoin général de surveillance sur l'exploitation de l'entreprise, spécialement les droits qui sont indiqués à l'art. 56; enfin, elle octroie au concessionnaire le droit d'expropriation qui permettra de réaliser l'oeuvre visée par la concession (art. 46, al. 3).

**D. Le Conseil fédéral en sa qualité de seconde instance statuant d'office, sur requête, sur réclamation ou sur recours formel.**

Ainsi que nous l'avons vu, l'art. 72 LFH 1916 charge le Conseil fédéral de l'application de la loi. Des attributions étendues sont donc remises au pouvoir exécutif, qui a non seulement un droit de haute surveillance, mais aussi la faculté générale de se prononcer dans la plupart des questions relatives à l'utilisation des forces hydrauliques. Cela correspond au sens de l'art. 102, chiffre 2, de la Constitution fédérale, d'après lequel le Conseil fédéral veille à l'observation des lois et prend, de son chef ou sur plainte, les mesures nécessaires pour les faire observer, lorsque le recours n'est pas du nombre de ceux qui doivent être portés devant le Tribunal fédéral. Or, dans beaucoup d'articles de la loi, la compétence du Tribunal fédéral n'est pas réservée, comme l'exige par ailleurs l'art. 189, al. 2, loi OJF pour que cette compétence soit nettement établie. Dès lors, il est indubitable que le Conseil fédéral a pour tâche de statuer sur les réclamations soulevées par l'application de la LFH 1916, loi administrative par excellence; ses décisions sont en outre définitives (art. 72, al. 3), c'est-à-dire ne peuvent faire l'objet du recours à l'Assemblée fédérale prévu par les art. 189 et 192 loi OJF.

Mais, si l'art. 72, al. 3, LFH 1916 exclut en principe le recours à l'Assemblée fédérale — la condition essentielle d'un tel recours est du reste, au sens des art. 189 et 192 loi OJF, que la décision du Conseil fédéral soit un prononcé de seconde instance sur recours contre une décision d'une autorité cantonale ayant statué en première instance —, il est permis de se demander si un intéressé pourrait attaquer la décision du Conseil fédéral devant l'Assemblée fédérale en se basant sur les pouvoirs de haute surveillance et de contrôle de l'administration fédérale conférés à cette Assemblée par l'art. 85, chiffre 11, de la Constitution. Il semble que non, car, en vertu de son droit de haute surveillance, l'Assemblée fédérale peut bien exiger des expli-

cations de la part du Conseil fédéral et ouvrir un débat sur un problème déterminé, mais ne peut annuler, ni modifier une décision de ce Conseil, toute réserve paraissant devoir être faite en cas de déni d'administration (refus de statuer, silence de l'autorité).

Le Conseil fédéral a la faculté d'intervenir d'office, sur requête ou sur réclamation à l'égard de toute question d'application de la loi, dans la mesure bien entendu où celle-ci ne réserve pas des attributions à d'autres autorités, administratives ou judiciaires. Son droit de contrôle et d'intervention peut se manifester sous forme d'avis, de conseils et aussi de décisions. Il existe cependant plusieurs cas où le législateur ne s'en est pas tenu à cette norme générale et a fixé explicitement la compétence du Conseil fédéral; une telle fixation paraissait en effet indispensable en regard des compétences bien établies des autorités administratives cantonales ou encore des instances judiciaires. Ces différents cas concernent avant tout des questions et contestations qui surgissent entre cantons, entre usiniers, entre autorités et concessionnaires, entre autorités et tiers, etc., et dont le Conseil fédéral peut être saisi d'une façon ou de l'autre, notamment par voie de réclamation, sans que les possibilités d'intervention d'office de la part de ce Conseil ne soient d'ailleurs amoindries en quoi que ce soit.

Mais sans doute, une réclamation ne sera-t-elle habituellement soumise à l'examen du Conseil fédéral qu'après qu'une autorité ou un intéressé aura pris position à l'égard d'une prétention, d'une demande, etc. En cas de décision préalable d'une autorité, la réclamation pourra être considérée, suivant le cas, comme une sorte de recours administratif, bien qu'un tel recours ne soit théoriquement admissible auprès d'une instance supérieure que contre un prononcé d'une instance subordonnée et que, selon le droit public cantonal et fédéral, la subordination des autorités administratives cantonales vis-à-vis du Conseil fédéral n'existe pas. Nous préférons faire usage de l'expression

réclamation, car elle fait mieux sentir que cette sorte de recours administratif n'entraîne, à notre avis, aucune obligation pour le Conseil fédéral de statuer sur l'affaire et que les organes administratifs de ce Conseil sont en droit de chercher à mettre d'accord les parties en présence et de liquider la contestation sans provoquer nécessairement une décision. D'autre part, il est possible qu'une décision du Conseil fédéral soit l'objet d'un recours gracieux, c'est-à-dire que le dit Conseil soit invité directement à revenir sur sa manière de voir; mais une telle éventualité, que l'on doit envisager surtout dans un domaine aussi complexe que celui de l'utilisation des forces hydrauliques, où une décision dépend souvent de la situation économique et se trouve par conséquent exposée à subir le contre-coup des changements de faits, n'entraîne pour l'autorité, cela va sans dire, aucune obligation de revoir sa décision.

Nous opposons ainsi la réclamation, quelle qu'elle soit, au recours formel de droit public, qui ne peut être dirigé que contre une décision cantonale nette et impose au Conseil fédéral le devoir de se prononcer. La LFH 1916 prévoit deux cas seulement de ce recours; ce sont ceux des art. 11 et 42. Néanmoins, il n'est pas exclu qu'une réclamation fondée sur une affaire litigieuse dont la liquidation est placée dans les attributions du Conseil fédéral, ne se présente juridiquement comme un véritable recours de droit public au sens de la loi OJF (art. 189), parce que réalisant les conditions mêmes de cette loi. Il se pourrait aussi qu'une telle réclamation fût un vrai recours administratif au sens de la loi fédérale du 26 mars 1914 sur l'organisation de l'administration fédérale (art. 23, al. 2, qui prévoit le recours par voie administrative contre les décisions des organes de la Confédération auxquels le droit de régler certaines affaires a été délégué; art. 95 et 102, chiffres 2 et 15, de la Constitution fédérale).

Bien qu'il ne soit guère prudent de faire des distinctions trop nettes — une réclamation pouvant être en effet, comme nous venons de le voir, un vrai recours de droit



public ou un vrai recours administratif, et toute classification rigoureuse étant difficile à faire en matière de contentieux de droit public —, nous procéderons ainsi: nous examinerons sous une lettre a les litiges et contestations pour lesquels la LFH 1916 ne s'est pas contentée de la formule générale de l'art. 72 et a expressément fixé la compétence du Conseil fédéral, qu'il plaise du reste à cette autorité de se prononcer d'office, sur requête ou sur réclamation; puis nous indiquerons sous une lettre b les différends qui ne peuvent faire l'objet, en raison du texte formel de la LFH 1916, que d'un véritable recours de droit public.

a. Voici les cas litigieux pour lesquels la compétence du Conseil fédéral est expressément fixée par la LFH 1916 et dans lesquels ce Conseil peut se prononcer en principe d'office, sur requête, ou sur réclamation.

a) Le Conseil fédéral statue en cas de contestation portant sur la dérivation d'énergie électrique d'un canton dans un autre, cette dérivation ne pouvant être restreinte que dans la mesure où l'intérêt public du canton exportateur le justifie (art. 9).

b) Le Conseil fédéral prononce en cas de litige portant sur le droit de dériver l'eau qui est considérée comme nécessaire à l'alimentation des écluses, canaux et autres installations servant à la navigation (art. 26, al. 2).

c) Les articles 34 à 37, auxquels il faut adjoindre l'art. 33, al. 3, et dont nous avons déjà parlé lors de l'examen des droits de décision du Conseil fédéral, réglementent la constitution volontaire et obligatoire d'associations ou sociétés entre plusieurs usagers. Les contestations relatives à l'admission d'un sociétaire dans une société volontairement constituée, à sa participation aux charges ou aux avantages de la société, et, le cas échéant, à la revision des statuts, relèvent de l'autorité cantonale ou, si les usines sont situées dans des cantons différents, du Conseil fédéral (art. 35, al. 2). D'autre part, en cas de fondation obligatoire d'associations ou sociétés, il appartient à l'autorité administrative, c'est-à-dire au Conseil

fédéral sans doute si les droits d'utilisation intéressent le territoire de plusieurs cantons et que ceux-ci ne peuvent s'entendre, de trancher les contestations concernant l'obligation d'un usager d'entrer dans la société, la participation aux charges et aux avantages, la revision des statuts et la dissolution de la société (art. 37, al. 5).

Pour tous ces litiges, le Conseil fédéral propose des modifications de compétences dans ses deux messages aux Chambres du 27 mars 1925, relatifs au projet de loi sur la juridiction administrative et disciplinaire fédérale, ainsi qu'au projet d'arrêté énumérant diverses attributions de la future cour administrative. En effet, d'après ces textes nouveaux, le Département fédéral de l'Intérieur, instance subordonnée au Conseil fédéral, serait investi du droit de traiter les contestations prévues aux art. 35, al. 2, et 37, al. 5, incombant aujourd'hui au Conseil fédéral; les décisions de ce Département seraient alors susceptibles de recours à la cour administrative du Tribunal fédéral (art. 50 du projet de loi et art. 7 du projet d'arrêté). Pour le reste, nous renvoyons d'une part à ce que nous avons exposé plus haut relativement aux art. 33 à 37 et d'autre part à nos considérations finales.

d) Le Conseil fédéral statue en cas de contestation venant à s'élever entre cantons relativement à l'étendue des droits qu'une concession intercantonale imposée par le Conseil fédéral leur réserve et à la façon d'exercer ces droits en commun (art. 38, al. 2). Cette compétence n'est, à notre avis, guère normale. Elle est tout au moins en contradiction avec le principe selon lequel les conflits portant sur des questions de droit liées à l'existence d'un acte juridique relèvent avant tout d'autorités judiciaires. Elle s'écarte fortement de la règle formulée à l'art. 71 LFH 1916, en vertu de laquelle ce sont les tribunaux qui ont à trancher les contestations ayant leur origine dans l'application et l'interprétation des clauses d'une concession. L'art. 71 concerne, il est vrai, les contestations entre l'autorité concédante et le concessionnaire; en revanche, les litiges

dont il est question à l'art. 38, al. 2, sont ceux qui surgissent entre cantons. Nous n'en pensons pas moins que les contestations de l'art. 38, al. 2, du fait qu'elles ont trait à l'étendue des droits et obligations issus d'un acte de concession, auraient dû être remises aux instances judiciaires. Il eût été préférable de séparer ces deux domaines distincts de par leur nature: d'un côté l'élaboration de l'acte de concession par l'autorité administrative, et de l'autre, les litiges causés par l'application de cet acte. Une telle discrimination eût alors entraîné un partage des compétences entre autorités administratives et judiciaires. Sans doute peut-on objecter que les droits et l'exercice des droits découlant d'une concession intercantonale soulèvent parfois des questions techniques. Il n'en reste pas moins évident que la détermination des droits respectifs des cantons sera très souvent une question essentiellement juridique, peut-être d'une importance considérable (par exemple, droits respectifs des cantons relativement aux prestations financières du concessionnaire, questions étroitement liées, suivant les cas, à des problèmes d'impôts, de double imposition, etc.). D'ailleurs, l'art. 175 loi OJF ne prescrit-il pas expressément que le Tribunal fédéral connaît, comme cour de droit public, des différends entre cantons, lorsque ces différends sont du domaine du droit public? Nous croyons qu'il faudrait amender les effets du texte qui nous occupe. Un moyen très simple consisterait à profiter des projets de création d'une cour administrative fédérale et à insérer dans le futur arrêté y relatif une disposition spéciale, d'après laquelle les contestations de l'art. 38, al. 2, LFH 1916 seraient du ressort du Département fédéral de l'Intérieur et les décisions de ce Département seraient attaquables devant la cour de droit administratif du Tribunal fédéral. On aurait ainsi pour l'art. 38, al. 2, le même système de juridiction que pour les art. 33, al. 3, 34 à 37, et avec cela, des garanties judiciaires nullement disproportionnées aux problèmes à résoudre.

e) Un droit d'utilisation ne peut être retiré ou restreint que pour cause d'utilité publique et moyennant indemnité. Cependant, s'il y a contestation sur le bien-fondé du „retrait“ de la concession, dit l'art. 43, al. 3, il appartient au Conseil fédéral de statuer. Nous reverrons cet article en examinant la compétence du Tribunal fédéral quant au montant de l'indemnité. Deux questions se posent en ce qui concerne les attributions du Conseil fédéral. Tout d'abord, comme l'al. 3 de l'art. 43 spécifie que ce Conseil aura à statuer sur le bien-fondé du „retrait“ de la concession, sans mentionner la „restriction“ de la concession, on peut se demander, au cas où une autorité concédante cantonale restreindrait la concession et où le concessionnaire ne voudrait pas se soumettre à un tel acte, si le concessionnaire pourrait porter l'affaire devant le Conseil fédéral. Faut-il voir là une simple omission du législateur ou une rédaction volontaire? Pour notre part, nous serions plutôt de l'avis que l'art. 43, al. 3, doit être appliqué dans sa teneur littérale, car les possibilités de réclamation devant le Conseil fédéral ne paraissent pas du tout nécessaires lorsqu'il s'agit d'une restriction de la concession. Ne faut-il pas admettre que l'autorité concédante, qui disposait du cours d'eau et l'a concessionné, doit jouir d'une certaine liberté d'action et pouvoir restreindre de son chef une concession, moyennant juste indemnité cela va sans dire (recours au Tribunal fédéral), si des raisons d'utilité publique l'exigent? En second lieu, puisque le retrait de la concession émane de l'autorité concédante, il faudrait savoir si le concessionnaire bénéficiaire d'une concession fédérale est désarmé en face d'un retrait de la part du Conseil fédéral. Oui, semble-t-il; car le concessionnaire ne pourrait interjeter recours devant l'Assemblée fédérale sur la base de l'art. 189 loi OJF, ni sur la base de l'art. 85, chiffre 11, de la Constitution. Au reste, nous ne voyons pas pourquoi le Conseil fédéral serait privé du droit de prononcer souverainement le retrait d'une concession octroyée par lui, si cela est conforme à l'intérêt général;

au cas où cette mesure lèserait par trop les intérêts du concessionnaire, la question de l'indemnité pourrait toujours être déférée au Tribunal fédéral.

f) Les prestations et conditions imposées au concessionnaire, telles que taxes, redevance annuelle, livraison d'eau ou d'énergie, durée de la concession, normes des tarifs électriques, participation de la communauté au bénéfice, droit de retour et rachat, sont fixées par l'autorité concédante conformément au droit cantonal. Elles ne doivent pas grever sensiblement l'utilisation de la force (art. 48). Et si les charges sont excessives, le Conseil fédéral peut, après avoir entendu le canton, en fixer le maximum, en plus de la redevance annuelle et des taxes (art. 48, al. 3). Le Conseil fédéral aurait donc la faculté de rabattre les exigences de l'autorité concédante selon sa libre appréciation, lorsque celles-ci dépassent les limites qui peuvent être admises économiquement. Sans doute, l'intervention du pouvoir fédéral aura-t-elle lieu sur requête du concessionnaire et aura-t-elle pour effet une modification des clauses de l'acte de concession. Observons à cet égard que toute réclamation fondée sur l'art. 48 oblige l'autorité à entreprendre des études techniques et économiques qui la mettent à même de faire usage de son pouvoir discrétionnaire de la façon la plus judicieuse. Mais, bien que l'examen de cas de cette nature paraisse rentrer essentiellement dans les attributions d'une autorité administrative, rien n'empêcherait de déléguer les compétences au Département fédéral de l'Intérieur, sous réserve de recours à la future cour administrative du Tribunal fédéral. Nous reconnaissons toutefois que, sur ce point, les décisions du Conseil fédéral embrasseront moins de questions de droit que dans beaucoup d'autres éventualités.

g) En vertu de l'art. 58, la durée de toute concession doit être de 80 ans au plus, à compter de la mise en service de l'usine. Mais, si la concession a été accordée à une communauté (il faut entendre par communauté toute collectivité de droit public ou toute émanation d'une telle



collectivité, par exemple les CFF, qui sont un organisme de la Confédération), cette communauté peut exiger le renouvellement de la concession, à moins que des raisons d'intérêt public ne s'y opposent. Quand l'autorité cantonale concédante et la communauté intéressée ne peuvent s'entendre sur le principe ou les conditions du renouvellement, l'affaire peut être portée devant le Conseil fédéral. Il en est de même en cas de concession intercantonale, si le désaccord règne entre intéressés (art. 58, al. 3).

h) La procédure pour l'octroi des concessions cantonales est réglée par les cantons, sous réserve de quelques principes fixés par l'art. 60 et des prescriptions spéciales que le Conseil fédéral pourrait édicter. Si la concession intéresse plusieurs cantons, chacun d'eux applique sa propre procédure. Cependant, il pourrait arriver qu'une contestation s'élève à ce sujet; il appartiendrait alors au Conseil fédéral de liquider ce conflit intercantonal (art. 61, al. 2).

i) Enfin, diverses compétences ont été assignées au Conseil fédéral par les art. 46 et 19 LFH 1916 en matière d'expropriation. Comme l'application de ces articles n'est point aisée et comme les questions d'expropriation sont au nombre de celles qui atteignent dans le vif les intérêts des particuliers, que ceux-ci soient usagers d'un cours d'eau ou non, il est indiqué de s'y arrêter quelques instants. Nous traiterons d'abord l'art. 46, dont on ne peut d'ailleurs détacher l'art. 47; puis ce sera le tour de l'art. 19.

a) L'art. 46, al. 1, dit que, si des motifs d'utilité publique l'exigent, l'autorité concédante doit accorder au concessionnaire le droit d'exproprier les biens-fonds et les droits réels nécessaires à la construction, à la transformation ou à l'agrandissement de son usine, ainsi que les droits d'utilisation qui s'y opposent. Le principe est donc que l'octroi du droit d'expropriation rentre dans les compétences exclusives de l'autorité concédante. Celle-ci est l'autorité régulière de la communauté à laquelle appartient le droit de disposition sur la force des cours d'eau publics (art. 2, al. 1). Ainsi que nous l'avons vu plus haut, la très

grande majorité des concessions émanent d'autorités autres que les autorités fédérales. Le Conseil fédéral n'est autorité concédante que dans des cas particuliers (concessions intercantionales imposées aux cantons intéressés et concessions internationales); et il ne peut octroyer le droit d'expropriation au concessionnaire qu'en sa qualité d'autorité concédante (art. 46, al. 3). En faisant dépendre l'expropriation de la décision de l'autorité concédante, la LFH 1916 formule une règle très juste. Il fallait en effet donner à cette autorité la responsabilité entière de sa détermination: c'est à elle qu'incombe le devoir d'envisager toutes les conséquences de la délivrance d'un acte de concession, de prendre position, déjà lors de l'examen de la demande du droit d'utilisation, sur le point de savoir si des motifs d'utilité publique permettront d'octroyer le droit d'expropriation (si possible dans l'acte même de concession), lequel est souvent pour le concessionnaire un des moyens primaires de mettre ses droits en valeur. On ne trouve dans la loi qu'une seule exception à la règle fondamentale de l'octroi du droit d'expropriation par l'autorité concédante; c'est celle de l'art. 46, al. 3, d'après lequel le droit d'exproprier est accordé au concessionnaire par le Conseil fédéral, et non point par le pouvoir concédant, lorsque, pour la mise en valeur d'une concession émanant d'autorités cantonales ou locales (concession n'ayant pas le caractère intercantonal selon les art. 6 et 38), il s'agit d'exproprier des immeubles situés hors du canton. Il était bien naturel de ne pas laisser au canton concédant la faculté d'autoriser le concessionnaire à porter atteinte par procédure d'expropriation aux biens-fonds situés dans un autre canton, à savoir sur un territoire non placé sous la souveraineté du canton concédant.

Mais, à part ses attributions d'autorité concédante ayant qualité pour accorder le droit d'expropriation, le Conseil fédéral a reçu des compétences de seconde instance pour une éventualité particulière, nettement déterminée, au sujet de laquelle règne une certaine confusion. L'art. 46,

al. 2, LFH 1916 prescrit que les contestations relatives à l'exercice du droit d'expropriation sont tranchées par le Conseil fédéral, lorsque de telles contestations portent sur l'expropriation d'un droit d'utilisation que l'autorité concédante a concédé autrefois elle-même. Il y est donc question d'une faculté de réclamation auprès du Conseil fédéral, faculté qui n'existerait d'ailleurs pas dans le cas où ce Conseil viendrait à accorder une concession et à donner en même temps un droit d'expropriation atteignant un droit d'utilisation émanant déjà de lui. Au reste, comme les attributions du Conseil fédéral en matière d'octroi de concessions sont fort récentes, il n'est pas risqué de prétendre qu'un tel cas ne se produira vraisemblablement pas de si tôt; les concessions fédérales, remises en général à de grandes entreprises et pour des sections de cours d'eau importantes, résultent d'études trop approfondies sur l'utilisation rationnelle des forces hydrauliques pour que l'on puisse s'imaginer que le Conseil fédéral doive revenir d'ici peu de temps sur le principe même d'une utilisation déjà réalisée et se voie obligé d'accorder une concession nouvelle nécessitant l'expropriation d'un droit d'utilisation précédemment concédé par lui.

Certes, la lettre et le sens de l'art. 46, al. 2, n'ont pas toujours été bien saisis; d'aucuns s'imaginent que le Conseil fédéral serait aussi compétent pour octroyer le droit d'expropriation dans l'éventualité visée par cette disposition; ils ne se rendent pas compte que l'Exécutif fédéral n'a le droit de se prononcer qu'après l'octroi du droit d'expropriation par l'autorité concédante; on se méprend donc sur la nature des compétences fédérales, plus restreintes qu'on ne se le figure parfois. Les erreurs proviennent d'une fausse interprétation des premiers mots de l'alinéa en question. Pour comprendre ceux-ci, il s'agit en effet de faire une distinction préalable entre la titularité du droit d'expropriation et l'exercice de ce droit.

Il est dit, à l'art. 46, al. 1, que l'autorité concédante octroie le droit d'expropriation (Erteilung des Enteignungs-

rechtes), puis, à l'al. 2 du même article, que l'autorité concédante tranche les contestations relatives à l'exercice de ce droit (Streitigkeiten über die Abtretungspflicht). Ainsi, le législateur est parti de l'idée fondamentale que l'obligation de statuer sur les contestations postérieures à l'octroi du droit d'expropriation incombe à l'autorité même qui a eu pour devoir d'octroyer le dit droit. Et, dans un cas seulement, l'autorité concédante est incompétente: celui que nous avons signalé tout à l'heure (contestation relative à l'exercice du droit d'exproprier un droit d'utilisation concédé jadis par l'autorité même qui a accordé la nouvelle concession et le droit d'expropriation: compétence exclusive du Conseil fédéral). On s'étonnera peut-être que l'on ait conféré autant d'attributions au pouvoir concédant. Quant à nous, nous considérons cela comme très raisonnable, car il est normal que l'autorité qui a eu pour tâche d'examiner les possibilités d'utilisation de telle force hydraulique déterminée et de se prononcer sur les projets d'aménagement, ait la compétence de dire comment l'expropriation doit être comprise et effectuée. Puis, il était rationnel de laisser entre les mains des autorités cantonales des compétences qu'elles avaient eues jusqu'alors en vertu du droit cantonal. Il eût été enfin vraiment excessif de charger le Conseil fédéral de la liquidation des innombrables litiges qui surgissent en matière d'expropriation. D'autre part, les clauses de l'art. 46, al. 2, étaient réellement indispensables dès le moment où la LFH 1916 déclarait à son art. 47 que l'expropriation devrait être exécutée conformément à la loi fédérale sur la matière. D'après les art. 12, 19 et 25 de cette loi en effet, c'est au Conseil fédéral à statuer sur les contestations portant sur l'obligation pour l'exproprié de céder ses droits. (Tandis que le texte allemand de l'art. 25 dit „Streitigkeiten über die Frage, ob die Abtretungspflicht begründet sei oder nicht, entscheidet der Bundesrat“, le texte français dit beaucoup moins bien „Le Conseil fédéral statue sur les contestations relatives au droit d'expropriation“). Sans le principe de

l'art. 46, al. 2, LFH 1916, le Conseil fédéral eût été harcelé de questions d'expropriation.

Cherchons maintenant, à l'aide de quelques détails, à mieux comprendre encore l'art. 46. De sommaires indications sur la procédure d'octroi de concession, sur l'octroi du droit d'expropriation, sur les publications officielles antérieure et postérieure à l'octroi de ce droit, ainsi que sur les contestations, ne seront en l'occurrence nullement superflues.

En vertu de l'art. 60, al. 2, LFH 1916, toute demande de concession trouvant l'agrément du pouvoir concédant doit être soumise à une enquête publique. C'est en principe la procédure des cantons qui fait règle. Dans la plupart d'entre eux, la demande est publiée dans les feuilles officielles et les intéressés ont un certain délai pour s'opposer à l'octroi de la concession. Les oppositions qui sont présentées sont uniquement destinées à l'autorité concédante. Elles peuvent être faites pour atteinte à des intérêts publics ou privés (art. 60, al. 2); par exemple, il peut arriver que des particuliers, des communes ou d'autres collectivités publiques fondent leur opposition sur des motifs de nature publique et privée. Mais, de par une disposition formelle figurant à l'art. 60, al. 3, la publication de la demande ne peut entraîner la perte des droits qui n'auraient pas été déclarés en temps utile, et l'art. 45 s'empresse d'ajouter que la concession ne porte pas atteinte aux droits privés des tiers, ni aux concessions antérieures. Le but essentiel de la publication est par conséquent de faire connaître à l'autorité concédante les raisons qu'il y aurait de refuser la concession ou tout au moins d'éclairer cette autorité sur les conséquences de l'octroi d'un droit d'utilisation et de la réalisation éventuelle du projet mis à la base de la demande de concession. Ainsi, l'autorité sait à quoi s'en tenir. Mais, au point de vue formel, les oppositions n'ont une valeur que relativement à la rédaction de l'acte de concession et à l'octroi du droit d'utilisation, avec droit d'expropriation. Elles ne peuvent encore déployer d'effet en ce qui concerne l'expropriation même, car on ne saurait



parler d'une procédure d'expropriation et de contestations relatives à l'exercice du droit d'exproprier qu'après l'octroi de la concession et du droit en question.

Une fois mis au bénéfice du droit d'exproprier, le concessionnaire peut entamer la procédure prévue par la loi fédérale sur l'expropriation, seule applicable en matière d'utilisation d'eaux courantes publiques. Si la procédure a lieu par voie ordinaire, il doit commencer par remettre un plan détaillé au conseil communal de chaque commune sur le territoire de laquelle devront s'exécuter les travaux. Publication est aussitôt faite que ce plan reste déposé officiellement pendant 30 jours. Cette phase de procédure correspond aux formalités prescrites à l'art. 21 LFH 1916, qui dit qu'avant le commencement des travaux, les plans des usines doivent être soumis à une enquête publique avec délai d'opposition convenable. C'est alors que, selon le dispositif de la loi fédérale sur l'expropriation, ceux qui se croient fondés à contester l'obligation qu'ils auraient de céder leurs droits conformément aux plans et à leur mise à exécution, devraient faire connaître leurs oppositions au Conseil fédéral, autorité autrefois compétente pour trancher toutes les contestations relatives à l'exercice du droit d'expropriation selon la loi fédérale. Or, ce sont précisément ces contestations relatives à l'obligation de céder des droits, qui ont été dévolues à l'autorité concédante par l'art. 46, al. 2, sauf l'exception que nous avons déjà signalée et dont nous reparlerons.

Il est fort possible qu'un tiers menacé par les projets d'aménagement fasse opposition au cours de la procédure de mise à l'enquête de la demande de concession (art. 60) et se voie obligé de renouveler son opposition au moment de la publication des plans (art. 21). Par conséquent, l'autorité concédante, qui a peut-être déjà tenu compte de la première opposition lors de la mise au point de l'acte de concession et lors de l'octroi du droit d'expropriation, a les attributions suivantes: elle doit, après avoir statué sur le principe même de la concession et du droit d'expro-

priation, examiner une seconde fois, sur la base des projets définitifs et du plan d'expropriation, s'il est nécessaire que tel droit soit cédé et se prononcer ainsi sur la forme et l'étendue de l'expropriation. Sans doute peut-on dire que l'exproprié se trouve de toute façon dans une situation compromise vis-à-vis de l'expropriant et que des réclamations contre l'exercice du droit d'exproprier n'ont guère de chances de succès. Cela est exact si le droit d'expropriation a été accordé à bon escient, en raison de motifs d'utilité publique, et que l'exproprié s'obstine à ne pas vouloir s'y soumettre; si le droit d'expropriation lui-même venait à être contesté devant l'autorité concédante, il est à présumer que celle-ci ne l'annulerait pas, car une telle annulation entraînerait vraisemblablement l'échec définitif du projet et l'impossibilité de se servir de la concession. En revanche, nous pensons que des réclamations justifiées, tendant à ce que l'expropriation ne soit pas exécutée d'une manière abusive ou inutilement contraire aux intérêts de l'exproprié, peuvent avoir d'heureux effets pour celui-ci.

Voyons maintenant le cas exceptionnel où, selon l'art. 46, al. 2, la contestation porte sur l'expropriation d'un droit d'utilisation que l'autorité concédante a jadis concédé elle-même. Ici, les compétences du Conseil fédéral s'expliquent aisément. Il fallait que, dans une éventualité aussi délicate, l'autorité qui a donné le pouvoir d'exproprier le droit d'utilisation préexistant, ne fût pas en quelque sorte partie et juge. D'autre part, puisque le litige concerne l'expropriation d'une concession et puisque, de ce fait, il a trait à une modification plus ou moins sensible d'un aménagement hydraulique existant, l'examen de l'affaire par le Conseil fédéral est une conséquence toute naturelle des attributions de haute surveillance assignées aux autorités fédérales en matière d'exploitation des forces hydrauliques. Le point essentiel est en effet de savoir si le premier droit d'utilisation doit être réellement sacrifié au second.

Par sa réclamation, le concessionnaire du droit d'eau à exproprier (il faut d'ailleurs observer que l'expropriant

pourrait, aussi bien que l'exproprié et pour une cause ou pour une autre, se porter plaignant auprès du Conseil fédéral) a en somme la ressource de demander une modification de l'expropriation envisagée ou même de chercher à faire prononcer la non-validité du droit d'expropriation en ce qui concerne sa concession. Quoique, selon la teneur de l'art. 46, al. 2, une réclamation fondée sur cette seule disposition ne soit recevable devant le Conseil fédéral que relativement à l'exercice du droit d'expropriation, il faut bien s'attendre à ce que toute plainte de cette nature consiste à contester premièrement le bien-fondé du droit d'expropriation lui-même, c'est-à-dire à en demander l'annulation (laquelle n'est du reste justifiable qu'en raison d'une violation de l'art. 46, al. 1), et à demander subsidiairement la limitation de l'exercice du dit droit. Certes, dès le moment que, en vertu de l'art. 5, al. 3, LFH 1916 et aussi de la circulaire du Conseil fédéral du 28 mars 1918 concernant l'examen des projets d'usines hydrauliques, les plans d'ensemble sont soumis au Conseil fédéral, dans une procédure spéciale d'approbation, pour qu'une décision soit prise sur le point de savoir s'ils correspondent à une utilisation rationnelle des forces hydrauliques, il n'est pas exagéré de prétendre que la question de l'expropriation, objet du conflit, est déjà plus ou moins préjugée. Néanmoins, il faut relever ceci. La décision du Conseil fédéral, prise en conformité de l'art. 5 LFH 1916, est de nature avant tout technique, et, si une contestation vient à s'élever sur l'exercice du droit d'expropriation, le réclamant a encore pleinement l'occasion de défendre ses droits au cours de la procédure juridique de l'art. 46, al. 2, notamment de faire valoir que certaines considérations étrangères à la technique ne doivent pas être négligées. Quoi qu'il en soit, nous estimons que le Conseil fédéral, appelé à statuer en vertu des compétences exceptionnelles de l'art. 46, al. 2, doit avoir la plus grande latitude pour trancher le litige, car la solution de pareils problèmes techniques et économiques peut aussi dépendre de nombreux autres fac-

teurs, momentanés ou durables. Dès lors, la décision du Conseil fédéral pourra ou bien confirmer la validité du droit d'expropriation à l'égard de l'ancien droit d'utilisation et fixer l'étendue ainsi que les modalités essentielles de l'expropriation (sans cependant empiéter sur les compétences des commissions d'estimation), ou bien interdire l'expropriation à l'égard du droit d'utilisation préexistant. Cependant — nous tenons à le rappeler — le Conseil fédéral ne serait compétent pour se prononcer sur le cas particulier de l'art. 46, al. 2, qu'après l'enquête publique prévue par la loi fédérale sur l'expropriation et par l'art. 21 LFH 1916.

Nous désirons ajouter ici que le terme „droit d'utilisation“ figurant aux al. 1 et 2 de l'art. 46 désigne une eau concessionnée et que l'expropriation des eaux entièrement privées ou soumises à un droit privé de riveraineté quant à l'utilisation de la force est réglementée à l'art. 19 LFH 1916.

Chacun doit s'incliner devant l'application de cette norme d'usage essentielle en matière d'expropriation: la prévalence de l'intérêt public. Mais, si un droit d'expropriation a été octroyé sans qu'existassent des motifs d'utilité publique, ce droit serait-il inattaquable? Non pas. Les intéressés auraient la faculté de s'adresser au Conseil fédéral pour lui demander l'annulation du droit d'expropriation, en arguant de l'inexistence de la condition d'intérêt public exigée par l'art. 46, al. 1, et en attaquant ainsi un prétendu acte arbitraire de l'autorité concédante. Un tel recours pourrait donc être fondé sur l'art. 72 LFH 1916, d'après lequel le Conseil fédéral est chargé de la juste application de la loi, et simultanément, sur une prétendue violation de l'art. 46, al. 1, par l'autorité concédante. Il s'agirait en somme d'un recours de droit public au Conseil fédéral au sens de l'art. 189 loi OJF. Mais un cas de ce genre pourrait aussi faire l'objet d'un recours de droit public au Tribunal fédéral au sens de l'art. 175 loi OJF (violation de l'art. 46, al. 1, LFH 1916, qui serait en elle-même une violation de la garantie de la propriété,

proclamée par les Constitutions cantonales, ainsi qu'une violation éventuelle de l'art. 4 de la Constitution fédérale par suite d'une application arbitraire de la loi par l'autorité cantonale). Or, à laquelle des deux instances faut-il reconnaître le maximum de compétences pour trancher une réclamation fondée sur l'art. 46, al. 1, LFH 1916? Nous pensons que, si le recourant s'est adressé en même temps au Conseil fédéral et au Tribunal fédéral, l'échange de vues qui aura lieu entre ces deux autorités pour élucider la question de compétence (art. 194 loi OJF), devra avoir pour résultat de fixer celle du Conseil fédéral. L'argument le plus convaincant en faveur de cette opinion est que les problèmes d'expropriation soulevés par l'application de la LFH 1916 ne sont guère en eux-mêmes des problèmes juridiques, mais bien plutôt des problèmes techniques et économiques, où prédomine la libre appréciation des autorités chargées du contrôle de l'aménagement des eaux. Le fait que le recourant invoquerait aussi la garantie de la propriété et l'égalité devant la loi nous paraît, en raison même du caractère particulier de la matière, être d'importance secondaire.

Nous avons à dire deux mots au sujet de l'art. 47, que l'on ne peut séparer de l'art. 46. Lorsque les conditions de l'art. 46 LFH 1916 sont réalisées, la procédure d'expropriation et l'indemnité sont en tout cas réglées, ainsi que le prescrit l'art. 47, par la loi fédérale du 1er mai 1850 sur l'expropriation. On a voulu voir dans les termes „sous réserve des dispositions de l'article 46“ figurant au commencement du dit art. 47 une atteinte sérieuse au principe de l'applicabilité exclusive de la loi fédérale sur l'expropriation; on a prétendu entre autres que, si cette loi doit évidemment être suivie toutes les fois que le Conseil fédéral octroie la concession ainsi que le droit d'expropriation, seule la législation cantonale sur l'expropriation entre en ligne de compte lorsque la concession et le droit d'expropriation émanent d'une autorité concédante cantonale. Une telle façon de voir est inacceptable. En effet, toute la



genèse de l'art. 47 révèle que l'on n'a jamais eu l'intention de reconnaître le principe de l'applicabilité de la législation cantonale d'expropriation quand il s'agit de forces hydrauliques faisant partie du domaine public en opposition aux forces hydrauliques privées. Cela est du reste nettement confirmé par l'art. 3 du règlement du Conseil fédéral du 26 décembre 1917 limitant l'application de la LFH 1916 à l'égard des petites usines, article qui autorise les cantons à prescrire, à titre exceptionnel, l'application du droit cantonal en matière d'expropriation et d'indemnisation, pour les concessions inférieures à 100 ch. Un autre texte fait aussi connaître la tendance générale du législateur en matière d'expropriation; c'est celui de l'art. 25, al. 1, où il est dit que, dans certains cas de cession d'eau nécessaire aux écluses et autres installations servant à la navigation, l'expropriation doit avoir lieu conformément au droit fédéral. La réserve figurant en tête de l'art. 47 est simplement destinée à rappeler que la loi fédérale d'expropriation est modifiée dans plusieurs de ses dispositions relativement à l'utilisation des forces hydrauliques, cela par suite des compétences extraordinaires qui ont été dévolues à l'autorité concédante par l'art. 46 LFH 1916 et qui, sans lui, seraient revenues automatiquement au Conseil fédéral. Citons à cet égard: compétence pour l'octroi du droit d'expropriation (ce qui comporte, avec la loi fédérale actuelle sur l'expropriation, le droit de décider si l'expropriation s'exécutera selon la procédure ordinaire ou selon la procédure extraordinaire) et compétence pour les contestations relatives à l'exercice du droit d'expropriation.

Etant donné que l'on doit distinguer entre l'octroi du droit d'expropriation et aussi l'applicabilité de telle législation (fédérale ou cantonale) désignée par la LFH 1916 en matière de procédure d'expropriation d'une part, questions qui relèvent essentiellement des autorités administratives, et la procédure même d'estimation d'autre part, domaine qui appartient avant tout aux commissions spéciales et aux instances judiciaires, tout litige portant

sur la question de savoir si, en vertu de la LFH 1916, la procédure d'expropriation doit être introduite et poursuivie selon le droit fédéral ou au contraire selon le droit cantonal, rentre dans la compétence du Conseil fédéral. Cela dérive notamment des pouvoirs conférés à cette autorité par l'art. 72 LFH 1916.

Rien de ce que nous avons dit ne sera changé, si les Chambres fédérales acceptaient prochainement une loi nouvelle sur l'expropriation, telle qu'elle vient de leur être présentée en projet par message du Conseil fédéral du 21 juin 1926. Au contraire. Le texte des art. 46 et 47 LFH 1916 comporte une dérogation légale aux dispositions du droit commun sur l'expropriation, qui se trouveront donc toujours modifiées par cette dérogation. D'ailleurs, à part l'introduction de sensibles améliorations, le projet tend à péléguer le plus d'attributions possible aux commissions d'estimation et surtout à son président, afin de décharger le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral du traitement de nombreuses questions, même litigieuses.

En résumé, il est permis de tirer de l'art. 46 LFH 1916, ainsi que de l'art. 47 qui lui est intimement lié, les conclusions principales suivantes: — le droit d'expropriation doit être octroyé au concessionnaire en cas de motifs d'utilité publique; — l'expropriation peut atteindre non seulement des biens-fonds et des droits réels, mais aussi un droit d'utilisation, à savoir une concession; — l'octroi du droit d'expropriation relève de l'autorité concédante; — le droit même d'expropriation peut être attaqué devant le Conseil fédéral par réclamation fondée sur les art. 72 et 46, al. 1, LFH 1916 et sur le fait que l'octroi du droit a eu lieu en l'absence de motifs suffisants d'utilité publique; — la liquidation des contestations relatives à l'exercice du droit d'expropriation, c'est-à-dire postérieures à l'octroi de ce droit, incombe à l'autorité concédante; — exceptionnellement, la liquidation des contestations relatives à l'exercice du droit d'expropriation incombe au Conseil fédéral, quand l'expropriation porte sur un droit d'utilisation que l'auto-

rité concédante a concédé jadis elle-même; — la procédure d'expropriation et l'indemnité due à l'exproprié sont réglées par la loi fédérale sur l'expropriation; — cette disposition étant de droit strict, les parties ne peuvent convenir d'introduire la procédure d'expropriation et de faire fixer l'indemnité due à l'exproprié en application de la législation cantonale sur l'expropriation; — les compétences assignées au Conseil fédéral par la loi fédérale sur l'expropriation sont dévolues à l'autorité concédante, en vertu de l'art. 46, al. 1, LFH 1916, qui fait octroyer le droit d'expropriation par l'autorité concédante, et de l'art. 46, al. 2, LFH 1916, qui remet à l'autorité concédante les contestations relatives à l'exercice du droit d'expropriation.

β) Selon l'art. 19 LFH 1916, une entreprise d'intérêt public — émanation de l'Etat ou simple particulier —, qui a besoin d'une force hydraulique appartenant aux riverains en vertu d'un droit privé, peut l'exproprier, avec les terrains et droits réels nécessaires, après en avoir reçu le droit du canton. Cette expropriation pourra atteindre soit l'eau d'un cours d'eau strictement privé, soit l'eau d'un cours d'eau public dont l'utilisation est soumise à des droits privés de riveraineté (art. 17 et 2, al. 2). Elle aura lieu lorsque des démarches faites en vue d'une acquisition amiable des droits privés sur l'eau courante elle-même, n'auront pas abouti. Elle se présentera dans trois éventualités différentes: — ou bien l'entreprise, tout en ayant un caractère d'intérêt public, aura besoin, pour un aménagement quelconque, de devenir propriétaire d'un cours d'eau strictement privé, cas dans lequel elle l'acquerra et aménagera le cours d'eau en question en vertu d'une simple autorisation de police, parce qu'elle sera désormais usagère d'eaux courantes absolument privées (art. 17, al. 1); — ou bien l'entreprise aura besoin, pour un aménagement quelconque, d'une section de cours d'eau déclarée publique au point de vue de l'utilisation industrielle des forces hydrauliques, mais totalement grevée de droits privés de

riveraineté, cas dans lequel l'entreprise devra devenir propriétaire de ces droits privés et aménagera la section de cours d'eau en question en vertu d'une simple autorisation de police, parce qu'elle sera exclusivement riveraine au sens des art. 2, al. 2, et 17, al. 1; — ou bien l'entreprise sera concessionnaire pour une grande section de cours d'eau reconnu public au point de vue de l'utilisation des forces naturelles, mais soumis partiellement à des droits privés de riveraineté, cas dans lequel l'entreprise ne pourra pas se contenter de sa concession, mais devra acquérir, pour l'aménagement qu'elle se propose d'exécuter, toutes les diverses forces hydrauliques appartenant aux riverains. Ainsi, dans la troisième éventualité, des forces hydrauliques hypothéquées de droits privés de riveraineté auront été englobées dans la concession; mais, malgré cela, l'utilisation industrielle des dites forces privées n'aura pas lieu juridiquement sur la base d'une concession, mais bien d'une autorisation de police. En effet, de par l'art. 17 LFH 1916, seul le régime de l'autorisation est applicable aux forces hydrauliques privées.

Peut-être le législateur fédéral ne s'est-il pas entièrement rendu compte des situations inextricables dans lesquelles cantons et intéressés allaient être inévitablement jetés, en cas de grands aménagements de forces, par la survivance des droits privés sur les eaux. Qu'on s'imagine en effet une longue chute dont les divers tronçons sont soumis à des régimes différents quant aux charges financières (redevance pour la force hydraulique publique et impôt spécial pour la force hydraulique privée), puis quant au droit de retour (retour pour la force hydraulique publique et imprescriptibilité du droit de propriété et d'utilisation pour la force hydraulique privée, sauf disposition impérative contraire, bien entendu), etc. Certes, aux cantons revient le soin d'éclaircir de telles situations, créées par leur propre législation de droit public, et de prendre les mesures appropriées; les difficultés de droit et de fait ne manquent pas!

A l'affirmation que tout est en réalité simplifié dès le moment où un cours d'eau a été déclaré public au point de vue de l'utilisation industrielle de ses forces hydrauliques, il est facile de répondre que tel n'est pas le cas aussi longtemps que les droits privés sur la force hydraulique elle-même subsistent. Sur ce point, nous renvoyons à ce que nous avons dit à propos des compétences des cantons. De toute façon, il y a incompatibilité juridique entre le fait que les droits privés en question n'ont pas été supprimés et bénéficient de leur situation privilégiée, bel et bien consacrée par certaines législations cantonales et confirmée par les art. 2 et 17 LFH 1916, et la prétention injustifiée de les soumettre quand même au régime de la concession.

Le dualisme entre eaux courantes absolument publiques d'un côté et eaux courantes entièrement privées ou eaux courantes limitativement publiques de l'autre n'est non plus de nature à simplifier les choses en matière d'expropriation. Les difficultés proviennent de ce que le législateur fédéral, respectueux de la souveraineté des cantons pour tout ce qui a trait aux eaux privées ou mi-privées, a admis l'applicabilité du droit cantonal pour l'expropriation d'une force hydraulique privée. Il en résulte que si, dans la troisième des hypothèses indiquées plus haut, le titulaire d'un droit privé de riveraineté ne se montre pas conciliant et refuse d'admettre que l'expropriant introduise la procédure d'expropriation selon la loi fédérale y relative, le concessionnaire se voit obligé de faire procéder aux expropriations nécessaires partiellement selon le droit cantonal (force hydraulique privée) et partiellement selon le droit fédéral (autres droits, droit d'utilisation basé sur concession, etc.).

En effet, l'expropriation d'une force hydraulique privée est soumise en tout au droit cantonal. Cela ressort notamment de l'art. 19 LFH 1916, d'après lequel l'expropriation doit être obtenue du canton. Dans les cas cependant où l'expropriation est accordée par le Conseil fédéral



à la suite d'un refus du canton, elle est régie par le droit fédéral (art. 19, al. 1 in fine, LFH 1916). C'est évidemment une solution peu satisfaisante. Il eût été certainement préférable d'admettre l'application du droit fédéral pour toute expropriation nécessitée par l'exécution de la LFH 1916 ou, si l'on ne voulait pas en venir là, de prévoir l'application du droit cantonal dans tous les cas de concessions et expropriations émanant des cantons, en ne réservant l'application du droit fédéral que dans les cas de concessions et expropriations octroyées par le Conseil fédéral. A l'heure actuelle, on en est réduit à espérer que, dans les situations mixtes, les parties veuillent bien accepter une seule procédure d'expropriation, celle du droit fédéral. Etant donnée la teneur formelle de l'art. 47 LFH 1916, un abandon du droit fédéral, dans un cas déterminé, en faveur du droit cantonal serait impossible. La solution inverse n'est en revanche pas exclue par la LFH 1916, celle-ci ne disant pas expressément que l'expropriation devra de toute façon être effectuée selon le droit cantonal.

Voyons encore quelles forces hydrauliques privées sont soumises, en vertu même de la LFH 1916, au droit cantonal d'expropriation. Serait-ce toute force sur laquelle l'existence d'un droit privé quelconque pourrait être prouvée? Nous ne le croyons pas. Les directives doivent être cherchées dans l'art. 19, selon lequel seule est susceptible d'expropriation cantonale la force hydraulique entièrement privée ou tout au moins appartenant aux riverains en vertu d'un droit privé au sens des art. 17 et 2, al. 2, LFH 1916.

En conséquence, sous réserve d'octroi du droit d'expropriation par le Conseil fédéral conformément à l'art. 19, al. 1 (refus du canton), cas dans lequel le droit fédéral entre seul en ligne de compte, la procédure cantonale est applicable lors de la réalisation des conditions suivantes: quand, en vertu de la législation cantonale, la force hydraulique à exproprier fait partie d'un cours d'eau strictement privé, et quand, en vertu de la législation cantonale, la force hydraulique à exproprier fait partie d'un cours d'eau

qui a été déclaré public au point de vue de l'utilisation industrielle, mais est resté soumis d'une manière positive à des droits privés de riveraineté. Tout dépend donc de la législation cantonale, qui doit être minutieusement étudiée dans chaque cas particulier. Dès lors, si cette législation n'admet plus de cours d'eau privés, ni de droits privés de riveraineté grevant la force hydraulique d'un cours d'eau public, et qu'une personne quelconque vienne à prouver quand même, en s'appuyant peut-être sur d'anciens titres, qu'elle est titulaire d'un droit privé sur un fonds riverain lui donnant quelque faculté d'usage ou même d'utilisation de l'eau, ce droit ne doit pas être considéré comme impliquant un droit privé sur l'eau au sens des art. 19, 17 et 2, al. 2, LFH 1916; il doit être traité de la même façon que les droits réels prévus à l'art. 46, qui sont susceptibles d'expropriation par procédure fédérale (art. 47); d'ailleurs, des facultés de ce genre ne se conçoivent guère que comme éléments secondaires d'un bien-fonds. D'autre part, si la réalisation d'un projet d'utilisation d'un cours d'eau public nécessitait l'acquisition de droits privés (biens-fonds, droits réels) comportant une jouissance sur une eau quelconque, mais que cette eau, prise en elle-même, ne dût pas être utilisée industriellement par l'entreprise, parce que celle-ci n'en aurait pas besoin comme force hydraulique, ce ne serait pas l'art. 19 qui serait applicable, mais bien les art. 46 et 47. Signalons en terminant qu'il appartient aux tribunaux de se prononcer sur l'existence de droits privés sur la force motrice des eaux courantes et qu'il y a recours au Tribunal fédéral (éventuellement recours de droit public).

En résumé, les conclusions à tirer de l'art. 19 LFH 1916 sont les suivantes: — seule la force hydraulique d'un cours d'eau strictement privé (art. 17, al. 1, LFH 1916) et seule la force hydraulique d'un cours d'eau public assujettie à un droit privé de riveraineté de par les tolérances de la législation cantonale (art. 17, al. 1, et 2, al. 2, LFH 1916) peuvent être expropriées selon le droit cantonal; — tout

droit privé impliquant des pouvoirs sur une force hydraulique, mais ne pouvant rentrer dans la définition des art. 17, al. 1, et 2, al. 2, LFH 1916 doit être exproprié comme un droit réel, à savoir selon les art. 46, al. 1, et 47 LFH 1916; — si le canton refuse d'accorder l'expropriation mentionnée à l'art. 19 LFH 1916, il appartient au Conseil fédéral de l'autoriser, cas dans lequel l'expropriation est régie par le droit fédéral.

b. Passons maintenant aux deux cas, explicitement indiqués, dans lesquels le Conseil fédéral peut être appelé à se prononcer en qualité de seconde instance statuant sur recours formel de droit public. Il s'agit en effet d'éventualités où le recours est interjeté dans les conditions exigées par la loi OJF (en particulier art. 178, 189 et 190), c'est-à-dire en principe contre une décision cantonale.

a) En vertu de l'art. 11 LFH 1916, le gouvernement d'un canton peut concéder le droit d'utiliser la force d'un cours d'eau public au nom de districts, communes ou corporations qui, malgré des offres d'utilisation équitables et sans de justes motifs, ont refusé d'utiliser cette force eux-mêmes ou de la laisser utiliser. De tels cas peuvent se présenter dans les cantons où ce n'est pas le canton lui-même, mais les districts, communes ou corporations, qui sont titulaires du droit de disposition sur la force d'un cours d'eau. La LFH 1916 a donné aux gouvernements cantonaux le pouvoir d'intervenir directement, afin que des eaux ne soient pas laissées inutilisées ou même incomplètement utilisées par simple obstruction de collectivités publiques subordonnées.

La LFH 1916 a pour but l'utilisation complète de toute force hydraulique dès le moment où quelqu'un veut s'en servir industriellement. Le gouvernement cantonal peut exercer son droit d'intervention, estimons-nous, même lorsqu'une force a été concédée, mais que, la concession étant conçue dans un esprit restrictif et renfermant des clauses trop limitatives, le concessionnaire se trouve gêné dans ses possibilités d'aménagement et doit utiliser

l'eau d'une manière que l'on ne peut taxer de rationnelle, comparativement à des solutions techniques propres à atteindre un plein rendement de la force. Nous considérons donc comme inutilisée au sens de la loi l'eau qui, pour des raisons ne relevant ni de l'intérêt public, ni de la technique, ne peut être soumise qu'à une exploitation partielle de la part du concessionnaire. L'obstacle d'aménagement et d'utilisation résultera aussi du fait que plusieurs collectivités publiques subordonnées auront octroyé isolément des concessions qui ne correspondent pas les unes aux autres, ou ne voudront pas s'entendre pour accorder une concession commune. Le gouvernement cantonal a alors le droit de s'occuper de l'affaire et d'octroyer la ou les concessions désirables, en tenant compte, cela va sans dire, des intérêts des communautés dessaisies par leur faute de leur droit de concession. Ce qui doit primer en effet, ce sont la rationalité du projet et l'intérêt général.

Cette opinion paraît d'autant plus fondée, si, théoriquement, on transporte le cas de l'art. 11 sur le terrain fédéral. Prenons par exemple deux cantons traversés par le même cours d'eau. Un demandeur en concession s'intéresse pour une chute qui nécessite, sur ce cours d'eau, l'aménagement commun de deux sections politiquement distinctes, mais naturellement contigües. Le Conseil fédéral, consulté en vertu de l'art. 5 LFH 1916, donne son approbation au projet, qu'il trouve rationnel; il estime même que toute utilisation fractionnée, écartant une exploitation en un seul palier, c'est-à-dire brisant l'unité d'aménagement, n'offrirait pas les avantages du projet présenté. Mais, tandis que l'un des deux cantons consentirait à établir une concession intercantonale, l'autre se refuse à entrer dans ces vues et se montre disposé à accorder une tout autre concession à un tiers pour la seule section de cours d'eau située sur son territoire. Le Conseil fédéral refuse alors d'approuver le projet réduit, constate que l'entente ne peut être réalisée entre les deux cantons intéressés au sujet du projet commun et octroie une concession fédérale confor-

mément aux art. 6 et 38 LFH 1916. Ainsi, l'utilisation rationnelle du cours d'eau est assurée.

Si la LFH 1916 n'avait pas renfermé les dispositions de l'art. 11, les cantons dans lesquels le pouvoir de disposer de l'eau du domaine public appartient aux districts, communes ou corporations, eussent eu le droit de les introduire dans leur législation, de leur chef. Ici, rien de bien nouveau. Mais la particularité essentielle de l'article en question se trouve à l'alinéa 2, qui déclare que les parties peuvent recourir dans les soixante jours au Conseil fédéral contre la décision du gouvernement cantonal. Cependant, dans quelles éventualités peut-il y avoir recours? Et que faut-il entendre par parties? Ou bien le demandeur échoue dans sa démarche tendant à ce que le gouvernement cantonal lui octroie la concession sur la base de l'art. 11, et se porte aussitôt recourant devant le Conseil fédéral; ou bien le gouvernement cantonal octroie la concession en vertu de l'art. 11, et les collectivités publiques qui n'avaient pas voulu accéder aux offres équitables du demandeur en concession en appellent au Conseil fédéral. Cela permet sans autres de savoir ce qu'il faut entendre par „parties“; ce sont le demandeur en concession d'une part, et les collectivités publiques au nom desquelles le gouvernement cantonal a le droit d'agir comme autorité concédante d'autre part. Ne seront pas parties au litige les tiers qui, sans être demandeurs en concession, ni collectivités disposant de la force hydraulique, seront lésés du fait de l'octroi de la concession cantonale. On peut songer notamment au cas où le gouvernement cantonal ayant en sa qualité d'autorité concédante octroyé le droit d'utilisation en vertu de l'art. 11, ainsi que le droit d'expropriation en vertu de l'art. 46, al. 1, un propriétaire foncier ou un usager du cours d'eau se voit atteint par l'expropriation. Le futur exproprié, qui aura du reste vraisemblablement fait opposition déjà lors de la publication de la demande de concession, ne pourra pas recourir sur la base de l'art. 11, al. 2, LFH 1916, comme on serait tenté de le croire au premier



abord, mais aura uniquement à sa disposition la faculté de soulever une contestation relative à l'exercice du droit d'expropriation, comme cela est prévu à l'art. 46, al. 2. Pour ce point, nous renvoyons à notre exposé relatif à l'expropriation.

D'autre part, faut-il admettre, en cas de recours au Conseil fédéral conformément à l'art. 11, al. 2, que ce Conseil pourra octroyer la concession en lieu et place du canton? Nous répondons non. La substitution du Conseil fédéral au gouvernement cantonal est impossible. La compétence de ce Conseil consiste à prendre une décision ayant pour effet de confirmer la décision cantonale ou de l'annuler, et, si l'annulation infirme un refus d'octroi, d'inviter le gouvernement cantonal à octroyer la concession. Ici encore, il ressort à l'évidence que les attributions du Conseil fédéral en qualité d'autorité concédante sont limitées à l'octroi de concessions intercantionales et internationales, et que toute section de cours d'eau strictement cantonale au point de vue territorial ne peut faire l'objet d'une concession fédérale. Mais il faut retenir ceci. L'indépendance des cantons est limitée en ce sens que, dès le moment où un demandeur en concession, capable de mener à bien une entreprise de grande envergure, présente un projet de caractère intercantonal embrassant une section de cours d'eau qu'un canton se refusait jusqu'alors à concessionner, le Conseil fédéral a le droit d'intervenir si les conditions des art. 6 et 38 sont réalisées et d'obliger le canton à reconnaître l'utilisation recommandée par les autorités fédérales. Par conséquent, la simple apparition d'un projet intercantonal sérieux annihile les droits exclusifs des cantons.

Abstraction faite de ces brèves considérations, l'art. 11 est peut-être celui qui fait le mieux ressortir l'intégrité de la souveraineté des cantons, de certains cantons tout au moins, en matière de concessions purement cantonales. Il a été l'objet d'une sérieuse divergence entre le Conseil des Etats et le Conseil national. En effet, pendant long-

temps, la majorité du Conseil national voulut, conformément aux propositions du Conseil fédéral, mais à l'encontre des décisions du Conseil des Etats, dont la manière de voir finit du reste par l'emporter (art. 11 actuel), conférer au Conseil fédéral le droit d'octroyer une concession fédérale, non seulement quand un district, une commune ou une corporation, titulaire du droit de disposition sur la force hydraulique, aurait refusé d'utiliser lui-même la force ou d'accorder un droit d'utilisation à un tiers, mais aussi quand le canton, lui-même titulaire du droit de disposition, n'aurait pas voulu entendre parler de l'octroi d'une concession pour telle ou telle chute.

L'adoption de l'art. 11 a eu pour résultat d'écarter la tutelle que quelques-uns désiraient créer en faveur du Conseil fédéral à l'égard des cantons investis du droit de disposer des eaux du domaine public. Mais il s'en est suivi une inégalité de droit à l'égard des cantons chez lesquels le droit de disposition appartient aux districts, communes ou corporations, puisque, pour cette catégorie de cantons, le Conseil fédéral peut imposer sa volonté par la voie du recours. On a dit, au cours des débats parlementaires, que l'art. 11 n'entrerait pas en considération pour 17 cantons et demi-cantons, mais concernerait au contraire 5 cantons, ceux de Schwyz, des Grisons, du Valais, de Zoug et de Glaris. Bien que nous n'ayons pas examiné la législation cantonale dans tous ses détails, nous ne pourrions affirmer que cette énumération soit complète.

De prime abord, l'art. 11 semble ne conférer des droits au Conseil fédéral que pour l'utilisation des forces hydrauliques publiques. Il n'en est cependant pas ainsi. L'art. 17, al. 3, LFH 1916, relatif aux eaux privées, renvoie expressément à l'art. 11. Mais comment les choses se passeront-elles en réalité? Des collectivités ou particuliers propriétaires de cours d'eau privés, ainsi que des riverains titulaires de droits privés de riveraineté, pourront refuser d'utiliser eux-mêmes la force hydraulique dont ils disposent. Leur refus justifiera d'autant plus l'intervention du gouver-

nement cantonal, qui ne pourra évidemment pas octroyer une concession, mais aura la faculté d'accorder tout d'abord le droit d'expropriation à la personne capable d'exploiter la force, et cela sur la base de l'art. 19, puis de lui remettre l'autorisation d'utilisation prévue à l'art. 17, al. 1. En revanche, si la dite personne se heurtait non seulement au refus des titulaires de droits privés, mais aussi au refus du gouvernement cantonal, tant en ce qui concerne l'octroi du droit d'expropriation (art. 19) qu'en ce qui a trait à l'octroi de l'autorisation d'utilisation (art. 17), elle aurait la faculté de s'adresser au Conseil fédéral, sur la base de l'art. 19, pour recevoir le droit d'expropriation, puis de recourir devant le Conseil fédéral, sur la base de l'art. 11, pour faire annuler la décision négative du gouvernement cantonal et obliger celui-ci à octroyer l'autorisation d'utilisation sollicitée. Sans doute, la situation juridique serait-elle assez différente de celle que l'on a envisagée à l'art. 11; les conséquences pratiques seraient toutefois les mêmes. L'art. 19 fournit le moyen de déposséder le particulier qui invoque ses droits de propriété sur la force hydraulique et ne veut rien faire, et l'art. 11, applicable par analogie en vertu de l'art. 17, al. 3, permet au Conseil fédéral de statuer qu'une autorisation d'utilisation sera octroyée. Mais, fait à relever, les pouvoirs du Conseil fédéral ne s'étendent qu'aux cantons admettant encore des droits privés sur la force des eaux courantes.

Disons en outre que la décision du Conseil fédéral prise en vertu de l'art. 11 (comme d'ailleurs en vertu de l'art. 42, al. 3, dont nous allons parler) a force de chose jugée. Par exemple, si le gouvernement cantonal avait refusé la concession et que le Conseil fédéral annulât cette décision, le gouvernement cantonal serait obligé d'établir un texte de concession sur une base équitable, concession que le demandeur pourrait accepter ou refuser, à son gré cela va sans dire. Mais l'acceptation ou le refus du demandeur en concession est un élément indépendant de la question de l'autorité de la chose jugée.

b) Le Conseil fédéral tranche les recours fondés sur un refus de transfert de concession de la part de l'autorité concédante (art. 42, al. 3, LFH 1916). Toute concession ne peut être transférée sans l'agrément du pouvoir concédant et cet agrément doit être donné si l'acquéreur satisfait à toutes les exigences de la concession et si le transfert n'est pas contraire à l'intérêt public. Ainsi, l'examen du Conseil fédéral portera essentiellement sur les deux conditions de transfert posées par la loi. Seront aptes à recourir les parties qui prétendront être lésées, à savoir le concessionnaire et l'acquéreur évincé.

## **V. Les compétences des autorités judiciaires, en particulier celles du Tribunal fédéral.**

### **A. Les compétences des tribunaux en général.**

Le nombre des questions techniques que soulève l'application de la LFH 1916, est évidemment important. De là la quantité assez respectable de compétences attribuée aux autorités exécutives et administratives. Le législateur n'a toutefois pas ignoré les instances judiciaires, en particulier le Tribunal fédéral, quand les matières à traiter paraissaient devoir rentrer dans les attributions de ces autorités. Mais si, dans certains domaines, le partage entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire est net, on ne peut en dire autant, ainsi que nous le verrons plus loin, à l'égard d'une série de questions où la loi ne prescrit pas clairement si la compétence revient à l'exécutif ou aux tribunaux. Laissant de côté ce point, nous n'abordons ici que les cas où les instances judiciaires sont mentionnées. Parfois, le législateur s'en est tenu aux simples dénominations „tribunaux ordinaires“, „tribunaux“ et „juge civil“, qui laissent aux particuliers le soin de choisir, pour la défense de leurs intérêts, la voie tracée par les lois de procédure judiciaire. Voici, rapidement énumérés, ces différents cas.

En vertu de l'art. 35, al. 3, les „tribunaux ordinaires“ tranchent les contestations entre sociétaires faisant partie d'une association d'usagers constituée volontairement, lorsque ces contestations sont autres que celles qui sont mentionnées à l'art. 35, al. 2, c'est-à-dire ne sont pas relatives à l'admission d'un sociétaire, à sa participation aux charges ou avantages de la société et, le cas échéant, à la revision des statuts; en effet, de par la LFH 1916, ces dernières contestations relèvent déjà soit de l'autorité cantonale (usines n'intéressant qu'un canton), soit du Conseil fédéral (usines intéressant plusieurs cantons). Il s'agirait donc en principe de tous les rapports juridiques rentrant dans la sphère du droit privé.

Ce sont également les „tribunaux ordinaires“ qui, en cas d'association obligatoire entre usagers, tranchent les contestations portant sur des questions autres que l'obligation pour un usager d'entrer dans l'association, la participation aux charges ou aux avantages, la revision des statuts et la dissolution de la société (art. 37, al. 5); ces contestations explicitement réservées compétent déjà aux autorités administratives dans un sens identique à celui qui est prévu pour les sociétés formées volontairement. Aux tribunaux reviennent donc essentiellement les différends de droit privé.

Puis, l'art. 70 dispose que les contestations entre le concessionnaire et d'autres usagers du même cours d'eau relativement à l'étendue de leurs droits sont du ressort des „tribunaux“. Il est facile de se rendre compte que les conflits de cette catégorie peuvent être très variés. Toutefois, les questions litigieuses entre usiniers et usagers, provoquées par la coexistence de plusieurs pouvoirs d'utilisation s'échelonnant sur un même cours d'eau, doivent être nettement distinguées de celles qui ont trait aux rapports de chacun de ces usiniers et usagers, pris isolément, avec l'autorité concédante, et qui font l'objet des compétences prescrites à l'art. 71 LFH 1916.

Il est dit en outre à l'art. 32, al. 3, que, dans les cas



où les intérêts respectifs des usagers d'un même cours d'eau ne peuvent être conciliés sans une restriction de l'exercice des droits acquis, la décision de l'autorité cantonale relative à l'indemnité due par les usagers avantagés du fait de la restriction peut être attaquée dans les vingt jours devant le „juge civil“. Ce texte laisse la porte ouverte à toutes les possibilités judiciaires prévues par les lois. A remarquer toutefois que seul le Tribunal fédéral statuant comme instance unique de droit civil est compétent lorsque l'indemnité a été fixée par le Conseil fédéral (usines situées dans plusieurs cantons ou établies sur un cours d'eau touchant à la frontière nationale).

Le cinquième cas pour lequel le „tribunal“ est compétent, est celui où il s'agit d'indemniser totalement ou partiellement en eau ou en énergie électrique les usiniers ou d'autres usagers lésés dans leur droit d'utilisation par l'exercice du droit d'expropriation (art. 47, al. 2). Cette sorte d'indemnisation, très pratique dans bien des circonstances, est de plus en plus répandue.

Les quatre premières classes de cas que nous venons de citer, devaient nécessairement rentrer dans les compétences des instances judiciaires. Les intéressés suivront donc les voies fixées par les lois de procédure; et le Tribunal fédéral pourra être appelé à s'occuper de litiges de toute nature, quand les parties jugeront bon de l'en saisir, en usant des moyens offerts par la loi OJF.

Quant à la cinquième classe de cas, il semble qu'une expression plus large que celle de „tribunal“ eût été meilleure. En effet, de même que l'indemnité à allouer en argent à l'exproprié est en principe fixée par une commission arbitrale d'estimation, sous réserve il est vrai de recours à une instance le plus souvent judiciaire, de même la prestation en nature sera déterminée par cette commission au cours de la phase préliminaire d'estimation. Lorsque l'expropriation s'effectuera selon la législation cantonale sur la matière (cas de l'art. 19 LFH 1916), il se pourra que, en raison des dispositions légales de certains cantons,

aucune autorité judiciaire n'ait à s'occuper de ces questions, même comme instance de recours. D'autre part, lorsque l'expropriation aura lieu en vertu de la loi fédérale (cas des art. 46 et 47 LFH 1916 principalement), le Tribunal fédéral n'aura à statuer sur les compensations à assurer à l'exproprié sous forme de prestations en nature que sur recours contre la décision de la commission fédérale d'estimation (art. 35 loi d'expropriation). Pourrait-on néanmoins prétendre que la LFH 1916, par l'expression „tribunal“, a voulu soustraire l'éventualité spéciale qu'elle envisageait du domaine d'activité des commissions d'estimation, très généralement répandues dans tous les cantons et prévues aussi au fédéral, pour la remettre sans exception au jugement d'une instance judiciaire? Nous ne le pensons pas, car, notamment, la loi fédérale sur l'expropriation ne pourrait être modifiée en un point aussi essentiel par le terme vague de l'art. 47, al. 2, LFH 1916. Le projet de loi sur l'expropriation que le Conseil fédéral vient de présenter à l'Assemblée fédérale, par message du 21 juin dernier, ne s'écarte nullement, sur ce point, du principe de la législation actuelle. Il laisse aux commissions d'estimation, sauf recours au Tribunal fédéral, le devoir de fixer les prestations à payer à l'exproprié, qu'elles soient en espèces ou en nature.

## **B. Les compétences du Tribunal fédéral.**

### *a) Les compétences du Tribunal fédéral comme instance unique de droit civil.*

On a vu précédemment que, si les intérêts respectifs des usagers d'un cours d'eau ne peuvent être conciliés sans atteinte à des droits acquis, c'est au Conseil fédéral, en vertu de l'art. 32, al. 3, LFH 1916 (si les installations entrant en ligne de compte empruntent le territoire de plusieurs cantons ou si le cours d'eau touche à la frontière nationale), à restreindre éventuellement l'exercice de ces droits et à fixer l'indemnité due par les usagers avantagés

de ce chef. Mais, étant donné que des intérêts pécuniaires peut-être considérables sont alors en jeu, le législateur n'a pas voulu laisser la décision d'indemnité prise par le Conseil fédéral insusceptible de recours et a prévu, par extraordinaire, qu'elle peut être attaquée dans les vingt jours devant le Tribunal fédéral statuant comme „instance unique de droit civil“ (art. 32, al. 3). Certes, voilà une compétence assez bizarre, sinon quant au fond, du moins quant à la forme. Les attributions données par les art. 48 et suiv. loi OJF au Tribunal fédéral statuant comme instance unique en matière civile se rapportent en principe à des différends de droit civil dans lesquels la Confédération est elle-même partie. Or, dans le cas de l'art. 32, al. 3, LFH 1916, le Conseil fédéral statuera réellement en première instance dans une affaire où la Confédération ne sera pas partie, mais où les parties seront les usagers eux-mêmes (d'une part les usagers bénéficiaires de la restriction de l'exercice des droits d'autres usagers et obligés à payer une indemnité, et d'autre part les usagers limités dans l'exercice de leurs droits et bénéficiaires d'une indemnité). La décision même du Conseil fédéral sera portée devant le Tribunal fédéral. Celui-ci ne se prononcera pas comme instance unique (première et dernière instance), mais comme instance de recours: il aura à statuer sur une décision formelle de l'autorité exécutive. En réalité, nous avons ici un cas intéressant de dépendance du Conseil fédéral vis-à-vis du Tribunal fédéral, qui est pourtant combattue dans le dernier message du Conseil fédéral (27 mars 1925) relatif au projet de loi sur la juridiction administrative et disciplinaire fédérale.

*b) Les compétences du Tribunal fédéral comme cour de droit public.*

De nombreuses compétences ont été attribuées en termes exprès au Tribunal fédéral statuant comme cour de droit public. Elles ont essentiellement trait à diverses questions financières et juridiques, souvent fort impor-

tantes, que soulève l'application de la LFH 1916 et qui prêtent à contestation entre intéressés. Nous allons les passer rapidement en revue.

a) Le Tribunal fédéral statue en cas de contestation portant sur l'indemnité à payer au titulaire d'une autorisation de dérivation d'eau à l'étranger ou d'exportation d'énergie électrique, lorsque l'autorisation a été révoquée (art. 8, al. 3). Nous rappelons à cet égard que les autorisations d'exportation sont accordées par le Conseil fédéral (exception faite des compétences déléguées au Département fédéral de l'Intérieur en matière d'autorisations portant sur des puissances n'excédant pas 500 kilowatts: art. 11 de l'ordonnance du 4 septembre 1924 sur l'exportation de l'énergie électrique) et qu'elles peuvent être révoquées en tout temps pour raison d'intérêt public, moyennant indemnité déjà fixée par l'acte d'autorisation ou à déterminer conformément à l'équité. Comme la fixation de l'indemnité compète au Conseil fédéral, on voit qu'ici encore la décision de l'autorité exécutive supérieure peut faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

La LFH 1916 reconnaît expressément que toute autorisation d'exportation constitue un droit acquis pour le titulaire. Cependant, comme il appartient au Conseil fédéral d'en fixer les conditions, il n'est pas sans intérêt de savoir que ce Conseil a inséré à l'art. 4 de son ordonnance du 4 septembre 1924 une condition légale, selon laquelle l'autorisation prend fin s'il n'en a pas été fait usage dans le délai de deux ans à compter de la date de l'entrée en vigueur ou si l'exportation d'énergie a été interrompue pendant deux ans. Par conséquent, la prétention à l'indemnité tombe avec la réalisation de cette condition légale.

b) De même, le Tribunal fédéral statue en cas de contestation portant sur le montant de l'indemnité due au concessionnaire pour restriction ou retrait de sa concession (art. 43, al. 3), fait qui peut avoir lieu seulement pour cause d'utilité publique. La LFH 1916 contient donc le

principe essentiel que tout acte de concession établit un droit acquis en faveur du concessionnaire, droit qui ne saurait être retiré, ni restreint, sans paiement d'une indemnité. Observons à ce sujet que la restriction ou le retrait sera prononcé par l'autorité concédante et qu'il appartiendra à cette autorité de fixer en même temps l'indemnité, sous réserve de recours au Conseil fédéral pour la question du bien-fondé du retrait et au Tribunal fédéral pour celle du montant de l'indemnité. Or, il arrivera peut-être que la restriction ou le retrait, y compris la fixation de l'indemnité, émaneront du Conseil fédéral, cela dans les cas où c'est ce Conseil qui est autorité concédante (concessions intercantionales imposées aux cantons et concessions internationales). Par conséquent, ici, comme pour l'exportation d'énergie, la décision du Conseil fédéral relative à l'indemnité est susceptible de recours auprès du Tribunal fédéral. Quant au fait que l'art. 43, al. 3, LFH 1916 cite uniquement le „retrait“ de la concession et ne parle pas de la „restriction“, nous renvoyons à ce que nous avons dit à ce sujet lors de l'examen des compétences du Conseil fédéral statuant en seconde instance. Cela ne présente d'ailleurs de l'intérêt qu'à propos des attributions de ce Conseil.

Nous désirons signaler à cette occasion qu'il faut distinguer le retrait ou la restriction du cas où l'exploitation d'une concession nouvelle nécessite l'expropriation totale ou partielle, en vertu des art. 46 et 47 LFH 1916, d'une concession existante. En effet, la restriction et le retrait sont des actes unilatéraux de l'autorité concédante, qui recouvre pour elle, en partie ou en totalité, le droit de disposer de l'eau concédée, peut-être pour octroyer une concession nouvelle sur cette même eau; il s'agit d'une modification directe de l'acte de concession, à savoir des rapports juridiques entre elle et le concessionnaire. En revanche, quand l'autorité concédante, pour des raisons d'utilité publique, octroie le droit d'expropriation à un tiers bénéficiaire d'une concession nouvelle, dont la mise en



valeur nécessite l'expropriation partielle ou totale d'une concession préexistante, elle ne modifie pas cette concession; mais, désireuse d'atteindre par cet acte unilatéral une utilisation des eaux aussi rationnelle et complète que possible, elle donne au nouveau concessionnaire la faculté de procéder aux opérations nécessaires, c'est-à-dire d'agir en quelque sorte à sa place. Si le titulaire de l'ancienne concession est complètement exproprié, la dite concession tombe ainsi du fait direct d'une tierce personne et l'indemnité qu'il reçoit par procédure d'expropriation correspond à celle qu'il aurait obtenue par voie de retrait. De son côté, l'autorité concédante ne doit fournir aucune indemnité; puis elle ne subit aucun préjudice, puisque le concessionnaire expropriant se substitue au concessionnaire exproprié en ce qui concerne les prestations dues en raison de l'utilisation de la force hydraulique. Par contre, si l'ancienne concession n'est pas entièrement expropriée, elle subsiste à l'égard de l'autorité concédante, mais son titulaire obtient du concessionnaire expropriant une indemnité ou des compensations en nature (fourniture d'eau ou d'énergie) qui lui permettent de continuer son exploitation, peut-être comme auparavant, et de remplir aussi ses engagements vis-à-vis de l'autorité concédante.

En conséquence, dans les cas où il ne s'agit pas de restriction, ni de retrait, mais d'expropriation, le montant de l'indemnité due au concessionnaire exproprié ne doit plus être fixé par l'autorité concédante, sous réserve de recours au Tribunal fédéral (art. 43), mais bien conformément à la loi fédérale sur l'expropriation, c'est-à-dire par une commission fédérale d'estimation et en seconde instance par le Tribunal fédéral (art. 46 et 47).

c) D'autre part, selon l'art. 13, al. 4, le Tribunal fédéral statue sur les contestations qui s'élèvent au sujet des indemnités dues par la Confédération, en cas de réquisition d'une force hydraulique, comme dédommagement de la perte de la taxe de concession, de la redevance annuelle, du droit de rachat ou du droit de retour (art. 13, al. 1 et 2),

ou encore de la perte de l'impôt spécial prévu à l'art. 49, al. 3, si le canton en percevait un au moment de la réquisition (art. 13, al. 3).

d) Le Tribunal fédéral statue aussi en cas de contestation portant sur les prestations pécuniaires dues par la Confédération à titre de compensation pour la perte d'impôts cantonaux, communaux et autres (art. 14, al. 1), lorsque la Confédération a réquisitionné la force hydraulique d'un cours d'eau; il en est de même en cas de contestation portant sur la part des dites prestations revenant à chaque canton (art. 14, al. 2), lorsque la section de cours d'eau requise est située sur le territoire de plusieurs cantons (art. 14, al. 4).

e) D'après l'art. 25, al. 5, c'est au Tribunal fédéral à statuer en cas de contestation portant sur la contribution des usiniers aux frais de construction et d'exploitation des ouvrages destinés à la navigation intérieure (art. 25, al. 2), ainsi que sur l'indemnité due par l'entrepreneur aux propriétaires d'usines gênées dans leur exploitation par l'exécution de travaux destinés à la dite navigation (art. 25, al. 3).

f) Le Tribunal fédéral statue en cas de litige portant sur le montant de l'indemnité due aux communautés, particuliers ou usagers, pour cession de l'eau nécessaire à l'alimentation des écluses, canaux et autres installations servant à la navigation (art. 26, al. 2).

g) En outre, le Tribunal fédéral statue en cas de contestation portant sur l'indemnité due au propriétaire d'une usine existante du fait de l'obligation qu'on lui imposerait de construire des installations servant au flottage et de les desservir (art. 28, al. 2).

h) Le Tribunal fédéral statue en cas de contestation portant sur l'indemnité due au concessionnaire pour cause de restriction permanente ou temporaire de l'utilisation de la force hydraulique du fait de travaux publics (art. 44, al. 3).

i) Il appartient au Tribunal fédéral de statuer en cas de contestation portant sur l'obligation éventuellement

imposée par l'autorité cantonale aux communes, corporations et particuliers intéressés, de participer aux frais de la régularisation du niveau et de l'écoulement des lacs, ainsi que de la création de bassins d'accumulation, ouvrages qui sont décrétés par la Confédération (art. 15, al. 4).

j) Puis, le Tribunal fédéral statue en cas de contestation portant sur les contributions fixées par l'autorité cantonale ou fédérale à la charge des usiniers retirant un profit durable et important d'installations que des tiers ont établies à leurs frais (art. 33, al. 2). Ainsi que nous l'avons fait observer en étudiant les droits de décision du Conseil fédéral, il est très vraisemblable que les contributions en question (pour usines intéressant plusieurs cantons) soient déterminées en première instance par le Conseil fédéral; si cela venait à être confirmé, nous trouverions ici un cas de dépendance juridictionnelle du Conseil fédéral à l'égard du Tribunal fédéral.

k) Enfin, nous abordons un des articles les plus importants de la LFH 1916 au point de vue des attributions judiciaires: l'art. 71. Comme il était nécessaire de faire trancher les conflits entre autorité concédante et concessionnaire, souvent relatifs à de grands intérêts, par des tribunaux à compétences nettement établies, le législateur a réglementé cette matière en faisant une distinction entre les concessions cantonales d'une part et les concessions intercantionales et internationales d'autre part. En conséquence, sauf disposition contraire de la LFH 1916 ou de l'acte de concession, les contestations entre le concessionnaire et l'autorité concédante au sujet des droits et obligations découlant d'une concession cantonale relèvent tout d'abord de l'autorité judiciaire cantonale, et ce n'est qu'en seconde instance que le Tribunal fédéral peut être appelé à statuer comme cour de droit public. Les contestations relèvent en revanche directement du Tribunal fédéral statuant en première et dernière instance comme cour de droit public, quand l'acte de concession a été accordé par plusieurs cantons (concession intercantonale volontaire) ou

par le Conseil fédéral (concession intercantonale imposée aux cantons et concession internationale). Etant donné que la très grande majorité des concessions sont strictement cantonales, on peut se rendre compte que ce sont avant tout les autorités judiciaires cantonales qui, sous réserve de recours au Tribunal fédéral, ont à connaître des litiges relatifs aux droits et obligations découlant de la concession.

Nous n'hésitons pas à affirmer dès maintenant ceci. Toutes les fois qu'une question litigieuse de nature juridique vient se greffer sur l'exécution d'un acte de concession, ce ne sont pas les autorités administratives — sous réserve bien entendu des dispositions dérogatoires de la LFH 1916 ou de l'acte de concession — qui sont compétentes, mais les autorités judiciaires. Sans doute, le plus souvent, les conflits entre autorité concédante et concessionnaire ont leur origine directe dans l'interprétation et l'application des clauses de la concession. Toutefois, il ne faut pas donner aux termes de l'art. 71 un sens restrictif. Le Tribunal fédéral a déjà émis une opinion fort juste à ce sujet. A son avis, les contestations visées par l'art. 71 dépassent le cadre des divergences de vues sur l'application et l'interprétation d'une disposition de la concession. Elles comprennent également les difficultés qui résultent des rapports juridiques créés entre le concessionnaire et l'autorité concédante par la concession et qui dérivent de l'existence du droit d'utilisation (par exemple contestations sur des questions de redevances annuelles). Les droits et obligations découlant de la concession tels que les entend la loi ne sont pas seulement ceux qui dépendent des dispositions mêmes de l'acte de concession, mais aussi ceux qui sont régis par les normes de droit général fédérales et cantonales y relatives. (ATF, 48, I, p. 197, Elektrizitätswerk Olten-Aarburg A.-G. contre Conseil d'Etat de Soleure, du 15 juillet 1922; ATF, 49, I, p. 160, Elektrizitätswerk Lonza A.-G. contre canton du Valais, du 10 mars 1923; ATF, 49, I, p. 555, canton d'Unterwald-Obwald contre Elektrizitätswerk Luzern-Engelberg A.-G., du 15 décembre 1923.)

Puisque nous parlons de l'acte de concession, qu'il nous soit permis de rappeler les notions que voici. La concession est un acte du droit public, et essentiellement du droit administratif, car les deux sujets (actif ou passif suivant que l'acte de concession établit des droits ou au contraire des obligations au profit ou à la charge de l'un ou l'autre d'entre eux) sont d'une part l'autorité concédante, émanation de l'Etat, et d'autre part le concessionnaire, à savoir un particulier (individu ou collectivité). En conséquence, les droits et devoirs du concessionnaire envers le pouvoir concédant, et ceux corrélatifs de ce pouvoir envers le concessionnaire, ne sont que de droit public, à savoir de droit administratif. Puis, la concession n'est pas un acte unilatéral, mais bel et bien un acte contractuel, conventionnel (non pas de droit privé comme on l'a quelquefois prétendu, mais de droit public); il n'est en effet jamais imposé au concessionnaire; au contraire, il est accepté par lui, après instance faite pour l'obtenir. Dès lors, les clauses de la concession lient l'autorité concédante; elles confèrent des droits acquis (dont les fondamentaux sont indubitablement de nature publique); ces droits, sauf dispositions contraires du droit positif ou de l'acte de concession ou encore d'autres documents y relatifs, ne peuvent être restreints ou retirés sans plein dédommagement; ils ne sauraient non plus, toujours sous la même réserve, être modifiés sans l'assentiment du concessionnaire. Pour ces différents points, nous ne pouvons que renvoyer aux quelques pages particulièrement convaincantes que, dans le troisième volume de son oeuvre „La Science juridique pure“, M. le professeur Ernest Roguin a consacrées aux concessions et aux questions qu'elles soulèvent.

## VI. Considérations finales.

Notre exposé des compétences cantonales les plus essentielles d'abord et des compétences fédérales ensuite laisse voir que la LFH 1916 ne jette pas toujours une



lumière parfaite sur les attributions des autorités en matière d'utilisation des forces hydrauliques. Aussi, allons-nous reprendre quelques points spéciaux, puis essayer de dire en particulier quelles règles pourraient être suivies en cas de doute sur les pouvoirs respectifs des autorités fédérales (Conseil fédéral et Tribunal fédéral). Les intéressés doivent avoir la faculté de porter toute question litigieuse devant l'instance qui incarne le maximum de compétences matérielles et scientifiques, par opposition aux compétences formelles, quant à la solution la meilleure à y donner, qu'on se place au point de vue technique, économique ou juridique.

Nous ne reviendrons pas sur les droits des cantons entre eux, ni sur les droits des cantons vis-à-vis de la Confédération. Une analyse attentive des dispositions de la loi permet en somme de se tirer d'affaire et de déterminer aussi bien ce qui compète aux autorités cantonales que ce qui revient aux instances fédérales. Et d'ailleurs, si un conflit éclate à ce sujet, les garanties constitutionnelles permettent de déférer la question à résoudre à une instance tierce et indépendante.

Le Tribunal fédéral statuant comme cour de droit public connaît en effet des différends de droit public entre cantons, ainsi que des conflits de compétence entre le Conseil fédéral ou une autre autorité fédérale d'une part et une autorité cantonale d'autre part (art. 113 de la Constitution fédérale, art. 175 loi OJF; — comme exemple de conflit de compétence entre autorités fédérales et cantonales, lequel surgit quand une autorité fédérale empiète sur les attributions d'une autorité cantonale ou vice-versa, nous pouvons citer celui qui s'est élevé entre le Conseil fédéral et le Conseil d'Etat du canton du Valais au sujet de l'utilisation des forces motrices de la Barberine et de l'Eau-Noire et qui a eu son épilogue devant le Tribunal fédéral, le 3 décembre 1914: ATF, 40, I, p. 530; le Conseil fédéral, reconnu compétent, a octroyé la concession aux CFF en 1917). Toutefois, comme l'art. 113 de la Consti-

tution et l'art. 175, al. 2, loi OJF font des réserves pour les contestations administratives que détermine la législation fédérale et comme la LFH 1916 contient précisément quelques réserves de ce genre, la compétence du Tribunal fédéral a subi une légère limitation. C'est ainsi qu'il appartient au Conseil fédéral d'intervenir et d'octroyer une concession intercantonale lorsqu'il y a conflit entre les cantons intéressés, — compétence très normale —, et même de statuer sur les contestations qui s'élèvent entre cantons relativement à l'étendue des droits qu'une concession intercantonale imposée par le Conseil fédéral leur réserve et à la façon d'exercer ces droits en commun. Nous ne répéterons pas nos précédentes explications sur le caractère peu régulier de cette dernière compétence. En réalité, de telles contestations devraient relever d'une instance judiciaire. Mais, comme on ne peut songer à proposer une modification directe de l'art. 38, al. 2 in fine, LFH 1916, nous formulerons à la fin du présent rapport notre suggestion tendant à remettre cette compétence au Département fédéral de l'Intérieur, sous réserve de recours à la future cour de droit administratif du Tribunal fédéral.

Laissant d'autre part de côté tout ce qui concerne l'administration de la justice civile, où les compétences du Tribunal fédéral sont clairement fixées (art. 48 et suiv. loi OJF; art. 110 de la Constitution fédérale), nous allons porter notre attention uniquement sur les compétences fédérales en matière de droit public, tant judiciaires qu'administratives, et particulièrement sur leur répartition désirable entre le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral. Remarquons en passant que tout conflit de compétence entre le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral, par exemple résultant du fait que ces deux autorités auraient été saisies d'un même recours et ne seraient pas parvenues à établir la compétence de l'une d'entre elles par procédure d'échange de vues prescrite à l'art. 194 loi OJF, relève de l'Assemblée fédérale (art. 85, chiffre 13, de la Constitution fédérale).

En raison du caractère essentiellement administratif, technique et économique de la LFH 1916, le législateur a prescrit à l'art. 72, al. 1 et 3, que le Conseil fédéral est chargé de l'application de la loi, qu'il édicte les mesures d'exécution qui sont du ressort de la Confédération et que, sauf dispositions contraires, ses décisions sont sans recours (le recours éventuel à l'Assemblée fédérale en vertu des art. 189 et 192 loi OJF est exclu). On voit que, théoriquement, les compétences du Conseil fédéral sont très étendues et que les questions d'application de la LFH 1916 pour lesquelles d'autres compétences ne sont pas prévues semblent relever en dernière instance du dit Conseil. Pourtant, nous avons pu constater au cours de notre exposé que les décisions du Conseil fédéral sont parfois susceptibles de recours au Tribunal fédéral. A cet égard, nous rappelons le cas d'indemnité pour révocation d'une autorisation d'exportation d'eau ou d'énergie électrique (art. 8, al. 3), le cas d'indemnité pour restriction de l'exercice des droits d'usagers (art. 32, al. 3) et le cas de contribution pour avantages résultant d'ouvrages hydrauliques construits par des tiers (art. 33, al. 2). Si l'on voulait éviter cette dépendance juridictionnelle du Conseil fédéral vis-à-vis du Tribunal fédéral, il faudrait prévoir une délégation de compétences à une instance subordonnée, à savoir au Département fédéral de l'Intérieur. Mais quant à nous, nous n'en voyons nullement la nécessité théorique, ni surtout le besoin pratique.

En revanche, puisque le Conseil fédéral a prévu dans son projet d'arrêté énumérant diverses attributions de la future cour administrative que les compétences administratives fédérales des art. 33, al. 3, 35, al. 2, 36 et 37, al. 5 (questions de sociétés obligatoires et de sociétés volontairement constituées entre usagers) seraient déléguées au Département fédéral de l'Intérieur sous réserve de recours au Tribunal fédéral, nous sommes de l'avis qu'il n'y a aucune raison d'en rester là et que le système de délégation de compétences avec juridiction judiciaire en se-

conde instance devrait être appliqué aux art. 33, al. 3, 35, 36 et 37 in extenso, dans la mesure bien entendu où la loi remet des compétences aux autorités administratives fédérales (cas d'usines situées dans des cantons différents).

Voyons maintenant les situations dans lesquelles il ne s'agit pas d'envisager une modification du sens des textes existants, mais d'appliquer les dispositions de la LFH 1916 en corrélation avec la loi OJF. Il existe en effet de nombreuses éventualités où l'on peut avoir des doutes sur les compétences respectives du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral et où l'on est en droit de se demander si, malgré la tendance marquée de la LFH 1916 de laisser intervenir le Conseil fédéral à propos d'un grand nombre de contestations, les compétences de ce Conseil ne doivent pas s'effacer devant celle du Tribunal fédéral.

Les art. 175 et suiv. loi OJF déterminent les attributions de droit public du Tribunal fédéral. Quoiqu'ils soient rédigés en termes assez généraux et laissent entendre de larges compétences judiciaires, ils ont plutôt un caractère énumératif. De son côté, l'art. 189, al. 2, loi OJF paraît reconnaître au Conseil fédéral des droits en quelque sorte indéfinis dans le domaine du droit public, quand les contestations à trancher ne sont pas remises expressément au Tribunal fédéral. En effet, de par la teneur de cet article, selon lequel le Conseil fédéral (et l'Assemblée fédérale) a le droit de statuer „sur les recours concernant l'application des lois constitutionnelles fédérales, en tant que ces lois elles-mêmes ou les lois sur l'organisation judiciaire fédérale n'en disposent pas autrement“, les autorités politiques semblent être investies de pouvoirs contentieux illimités dans la sphère d'application, par les autorités cantonales, de lois fédérales administratives telles que la LFH 1916. En somme, la répartition des compétences entre le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral est en quelque sorte conditionnée par l'art. 189 loi OJF, qu'il faut rapprocher de l'art. 102, chiffre 2, de la Constitution fédérale.

Mais, nous aurons l'occasion de le voir, de nombreuses questions de nature pécuniaire ou fiscale sont soulevées en matière d'exploitation de forces hydrauliques. Or, ces questions sont du ressort du Tribunal fédéral lorsque les réclamations peuvent être fondées sur une prétendue violation de droits constitutionnels. Mentionnons comme tels: d'une part, les droits constitutionnels protégés par les Constitutions cantonales, lesquelles sont garanties par l'art. 5 de la Constitution fédérale, par exemple les droits comportant la faculté de recourir contre un abus de compétence ou excès de pouvoir d'une autorité cantonale, contre un empiètement, dans le domaine cantonal, d'une autorité sur les compétences d'une autre autorité, contre les violations de certains droits constitutionnels garantis par les cantons, au nombre desquelles il faut signaler en première ligne les violations de la garantie de la propriété; d'autre part, les droits constitutionnels garantis expressément par la Constitution fédérale, par exemple l'égalité devant la loi (art. 4), ce qui comprend entre autres l'application arbitraire des lois cantonales d'impôts, puis le droit de ne subir aucun déni de justice ou d'administration (art. 4), la liberté de commerce et d'industrie (art. 31), l'interdiction de double imposition (art. 46), etc. Tous ces droits constitutionnels sont protégés par le recours de droit public au Tribunal fédéral, quelle que soit la loi dont l'application irrégulière semble comporter une violation de ces droits fondamentaux.

Souvent, un seul et même litige à examiner dans son ensemble et dont on ne peut détacher certaines parties pour être traitées isolément, embrasse des questions de droit en rapport avec la protection des droits constitutionnellement garantis et aussi avec l'application de lois administratives. Il s'agit alors de savoir s'il est permis de scinder le recours en deux, afin que le Tribunal fédéral liquide l'une des deux parties et le Conseil fédéral l'autre. Dans un recours assez récent en matière de double imposition, interjeté devant le Tribunal fédéral pour violation



des art. 4 et 46 de la Constitution fédérale et de l'art. 49, al. 3, LFH 1916 (ATF, 47, I, pp. 278 et 283, *Einwohnergemeinde Aarau contre Soleure et Gemeinde Nieder-Erlinsbach*, du 5 février 1921), ce Tribunal a fait remarquer que ce serait le Conseil fédéral, et non pas lui, qui serait compétent pour s'occuper de l'art. 49, al. 3, LFH 1916, cela en raison de la règle générale énoncée à l'art. 189, al. 2, loi OJF. Sans doute, est-ce juste, si l'on veut partir de l'idée que la compétence du Tribunal fédéral est incertaine dès que la LFH 1916 ne lui donne pas expressément des attributions. Mais faut-il suivre désormais cette opinion, que des arrêts postérieurs n'ont d'ailleurs guère confirmée ?

Quant à nous, nous n'hésitons pas à la regretter et à la critiquer. Voici pourquoi. La plupart des questions que soulève l'art. 49 LFH 1916 sont, cela est évident, en étroite connexion avec celles qui concernent l'application de la législation fiscale des cantons. Dès lors, toute personne se croyant lésée se trouve en droit d'invoquer non seulement l'art. 49 LFH 1916, mais encore des articles constitutionnels, dont la violation forme la base même du recours de droit public au Tribunal fédéral. Les questions de droit qu'implique l'art. 49 sont par conséquent dépendantes des problèmes généraux du droit fiscal, lesquels prédominent de façon incontestable. L'instance appelée à se prononcer sur la violation des garanties constitutionnelles ne peut statuer sans tenir également compte des règles de l'art. 49 LFH 1916, ni surtout des répercussions de sa décision sur l'application de cet article. Une division du recours, bien que juridiquement possible, est une solution pratiquement illogique. Pourquoi prévoir qu'une réclamation sera soumise pour partie au Tribunal fédéral et pour partie au Conseil fédéral, quand des raisons de fond impérieuses n'existent pas et quand une telle procédure ne se justifie que par des motifs de forme. Il est nécessaire qu'une seule instance ait à trancher l'ensemble de la contestation, et cette instance doit être le Tribunal fédéral. Un fait important milite en faveur de cette manière de voir. Dans le

domaine de l'utilisation des forces hydrauliques, les problèmes de caractère pécuniaire et fiscal sont à eux seuls d'une grande complexité et touchent à des intérêts considérables, que ces intérêts soient ceux des collectivités publiques concédantes ou au contraire ceux des concessionnaires. Comparativement aux questions d'aménagement même des cours d'eau, qui offrent un caractère essentiellement technique et économique et pour lesquelles la compétence du Conseil fédéral n'est pas à discuter, les dits problèmes soulèvent avant tout des questions de droit. Leur nature est telle qu'ils doivent compéter au Tribunal fédéral, dont la vaste jurisprudence en matière fiscale offre en elle-même une garantie absolue d'équitable juridiction. On pourrait sans doute faire l'objection suivante. Les compétences des autorités administratives se justifieraient tout autant, puisque les questions à trancher nécessitent souvent l'étude de points techniques pour lesquels les instances judiciaires n'ont pas toutes les connaissances nécessaires. Nous croyons cependant que les problèmes juridiques ont en réalité une prédominance marquée sur les questions techniques. Et d'ailleurs, si des points de caractère technique devaient être élucidés, rien n'empêcherait le Tribunal fédéral de s'adresser à des experts-techniciens pour se faire une opinion de l'affaire. Et même, s'il le fallait, les autorités administratives devraient donner leur concours pour faciliter la tâche du Tribunal fédéral, en fournissant à cette autorité les renseignements dont elle aurait besoin. Notons que la tendance consistant à remettre au Tribunal fédéral le plus grand nombre possible de contestations d'ordre juridique et surtout d'ordre pécuniaire et fiscal, et cela dans tous les domaines, correspond à un mouvement d'opinion très net. C'est en effet ce principe qui domine les projets récemment présentés par le Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale en vue de la création d'une cour de droit administratif. Resteraient toutefois dans les attributions des instances administratives les questions dont la solution dépend de la libre appréciation de l'autorité.

La formule la meilleure pour la juridiction respective du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral en matière de forces hydrauliques serait celle-ci: laisser au Conseil fédéral le soin de trancher les problèmes d'ordre politique, technique et économique, et remettre entre les mains du Tribunal fédéral les problèmes d'ordre juridique, en particulier les questions touchant aux intérêts pécuniaires et fiscaux des collectivités publiques et des particuliers. Une telle pratique, qui s'établirait sur la base d'échanges de vues (art. 194 loi OJF), serait une garantie pour chacun, qu'il s'agisse de l'intérêt public ou des intérêts privés; on aurait alors la certitude que l'exploitation des forces motrices bénéficie de toute la protection technique nécessaire d'une part et de toute la protection juridique indispensable d'autre part.

La LFH 1916 se prêterait sans trop de difficultés à un tel partage des compétences administratives et judiciaires. En effet, à part certaines attributions nettement fixées par la LFH 1916, le Tribunal fédéral a les pouvoirs les plus étendus en ce qui concerne l'examen des droits et obligations découlant de l'acte de concession, c'est-à-dire, comme nous l'avons vu plus haut, en ce qui touche l'exécution même de la concession (art. 71: en seconde instance s'il s'agit d'une concession cantonale et en première et dernière instance s'il s'agit d'une concession intercantonale volontaire, d'une concession intercantonale imposée ou d'une concession internationale). Puis, les questions d'utilisation des forces hydrauliques peuvent se trouver liées à des problèmes de droit public susceptibles de constituer la base de recours au Tribunal fédéral (loi OJF). La compétence exclusive du Tribunal fédéral devrait donc être admise toutes les fois qu'un point litigieux aurait un rapport juridique quelconque avec les droits et obligations découlant de l'acte de concession (art. 71) ou qu'un point litigieux de nature juridique, pécuniaire ou fiscale, pourrait être l'objet d'un recours de droit public au Tribunal fédéral (loi OJF). Dans certains cas, par exemple celui de l'appli-

cation de l'art. 49 LFH 1916, la compétence du Tribunal fédéral se trouverait souvent doublement fondée.

Mais comment procéder pour arriver à ce résultat? Quand il y aurait recours simultané au Tribunal fédéral et au Conseil fédéral, la détermination des compétences pourrait être faite au cours de l'échange de vues prescrit à l'art. 194 loi OJF. D'autre part, quand un recours rentrant dans la compétence du Tribunal fédéral, selon notre manière de voir, aurait été adressé au Conseil fédéral, il devrait être transmis d'office à l'instance judiciaire. Lorsque ce recours aurait été déposé en temps utile auprès de l'autorité fédérale incompétente, le délai de recours serait considéré comme observé. Nous empruntons cette idée à l'art. 49 du récent projet de loi fédérale sur la juridiction administrative (message du Conseil fédéral du 27 mars 1925), d'après lequel l'art. 194 loi OJF recevrait un troisième alinéa contenant un tel principe. Enfin, bien que nous n'ayons pas à nous immiscer dans la pratique de bureau des autorités fédérales exécutives et administratives, nous estimons que celles-ci ne devraient se prononcer sur une demande ou une réclamation quelconque de nature juridique pouvant servir d'élément à un recours au Tribunal fédéral (en particulier, connexité avec l'exécution d'un acte de concession ou avec les éléments d'un recours de droit public) qu'après s'être assurées que la compétence des instances judiciaires n'entre pas en ligne de compte dans le sens que nous avons indiqué plus haut. En revanche, si, selon toute évidence, la compétence de telles instances devait être prise en considération, le demandeur ou le réclamant serait avisé que les autorités exécutives et administratives ne peuvent entrer en matière et que la question pendante doit être soumise aux instances judiciaires. Certes, malgré les difficultés de réalisation, nous croyons qu'un tel principe rendrait de réels services, non seulement aux autorités, mais encore aux intéressés.

Cela dit, il vaut la peine de jeter un coup d'oeil sur les matières essentielles de la LFH 1916, qui, non encore

attribuées expressément au Tribunal fédéral, pourraient passer en principe dans le domaine de juridiction de cette autorité, toute question de compétences d'autorités judiciaires cantonales mise à part (en particulier art. 71 LFH 1916).

Ce seraient pour commencer les matières au sujet desquelles nous nous sommes déjà assez longuement expliqué: celles de l'art. 49, à savoir les questions de redevance annuelle, d'impôts spéciaux, de taxes et de prestations pécuniaires. Bien entendu, resteraient intactes les compétences du Conseil fédéral fixées à l'art. 48; celles-ci ont leur raison d'être, puisqu'elles ont un objet différent; en effet, les attributions assignées au Conseil fédéral par l'art. 48 consistent en un droit d'intervention et de réduction éventuelle des prestations autres que la redevance annuelle et les taxes, c'est-à-dire des charges et conditions de caractère avant tout économique et technique, telles la livraison d'eau ou d'énergie, les normes des tarifs électriques, la participation de la communauté au bénéfice, le droit de retour et le droit de rachat. Puis, ce seraient les matières des art. 50 et 51, aussi relatifs à la redevance annuelle; mais les compétences du Conseil fédéral concernant l'élaboration des dispositions de détail sur le calcul de la redevance ne subiraient aucune atteinte. A remarquer toutefois que l'application des art. 50 et 51, comme celle de l'art. 49 d'ailleurs, pourrait se trouver en connexion avec des questions de droits et obligations découlant de l'acte de concession, ce qui entraînerait, dans certains cas, la compétence de l'autorité judiciaire cantonale statuant en première instance (toute réserve étant faite pour le cas spécial où l'acte de concession lui-même remettrait la contestation directement au Tribunal fédéral statuant en instance unique). Compèteraient aussi au Tribunal fédéral les questions litigieuses dérivant du fait que l'acte de concession ne contiendrait pas toutes les dispositions obligatoires figurant à l'art. 54. Au reste, des conflits de ce genre rentreraient déjà par eux-mêmes dans la compétence



des instances judiciaires, puisqu'ils seraient forcément en relation avec le problème des droits et obligations découlant de la concession (art. 71). Le Tribunal fédéral aurait également à s'occuper, dans le cadre des compétences qui lui sont données par l'art. 71, des questions d'ordre pécuniaire relatives à la dérivation d'eau à l'étranger ou à l'exportation d'énergie électrique, lorsqu'elles naîtraient après l'octroi des autorisations nécessaires par le Conseil fédéral et seraient en corrélation avec l'application de certaines clauses d'actes de concession (art. 8). Nous ne prolongeons pas notre énumération, car ce ne sont là que des exemples. En effet, une foule d'affaires litigieuses, notamment des questions relatives à la durée de la concession, à la fin ou extinction de la concession (art. 63 à 69, entre autres rachat, retour), peuvent être mises en liaison, si elles ne le sont pas déjà par la force des choses, avec l'exécution de l'acte de concession; d'où compétence évidente des instances judiciaires (art. 71). Nous ne considérons pas comme particulièrement heureuse la compétence spéciale du Conseil fédéral prévue à l'art. 68, al. 2; il eût été préférable de remettre aux autorités judiciaires les problèmes de copropriété que fait naître le droit de retour afférent aux concessions intercantionales (peut-être pourrait-on envisager, quant à ce point de copropriété, une procédure identique à celle que nous suggérons au sujet de l'art. 38, al. 2 in fine).

L'analyse des dispositions existantes à laquelle nous venons de nous livrer, nous engage à formuler quelques conclusions destinées à donner une expression plus nette aux idées principales que nous avons abordées. Comme notre exposé embrasse dans une certaine mesure l'ensemble de la question des compétences en matière d'utilisation des forces hydrauliques, nos conclusions touchent d'une manière très générale les compétences essentielles des autorités administratives cantonales au regard des attributions des autorités administratives fédérales, puis se rapportent plus

spécialement aux compétences respectives des autorités administratives fédérales (Conseil fédéral, Département fédéral de l'Intérieur) et des autorités judiciaires fédérales (Tribunal fédéral).

1<sup>o</sup> Le maintien de larges compétences cantonales en matière d'utilisation des forces hydrauliques est une nécessité politique, économique et technique. A cet égard, les règles essentielles de l'art. 24bis de la Constitution fédérale et de la LFH 1916 sont satisfaisantes. Les pouvoirs et les avantages pécuniaires découlant du fait que les eaux courantes du domaine public relèvent dans tous leurs éléments de la souveraineté cantonale doivent continuer d'appartenir aux cantons.

2<sup>o</sup> La répartition des compétences administratives entre cantons et Confédération, telle qu'elle est déterminée par l'art. 24bis de la Constitution fédérale et par la LFH 1916, est certainement un facteur important du développement rationnel de l'utilisation des forces hydrauliques de la Suisse. Elle implique en effet une étude approfondie des problèmes hydro-électriques par les autorités cantonales et fédérales.

3<sup>o</sup> Une extension des pouvoirs de la Confédération vis-à-vis des cantons en matière d'aménagement même des forces hydrauliques n'aurait pas sa raison d'être, car les droits de haute surveillance et d'intervention assignés à la Confédération sont suffisants.

4<sup>o</sup> Abstraction faite des cas où, de par la législation cantonale et fédérale, les autorités judiciaires cantonales sont compétentes, les questions litigieuses relatives à l'application de la LFH 1916 doivent autant que possible être déferées au Tribunal fédéral. Quand il y a doute sur la question de compétence au regard des attributions du Conseil fédéral, à cause du manque de précision de la législation, le critère de la compétence du Conseil fédéral doit être le caractère avant tout technique de la décision à prendre, et le critère de la compétence du Tribunal

fédéral doit être le caractère avant tout juridique, pécuniaire ou fiscal, de la décision à prendre.

5<sup>o</sup> Le Tribunal fédéral doit être considéré comme compétent toutes les fois que, abstraction faite des cas où sa compétence est expressément prévue par la législation, la contestation à trancher a un rapport juridique quelconque avec l'exécution d'un acte de concession, cela dans le cadre et l'esprit de l'art. 71 LFH 1916.

6<sup>o</sup> Le Tribunal fédéral doit être considéré comme seul compétent toutes les fois que, lors d'une contestation, la réclamation est fondée sur une prétendue violation de droits constitutionnels et sur l'application des dispositions de la LFH 1916 ayant un caractère juridique, pécuniaire ou fiscal, mais non pas technique et économique (caractère rationnel de l'utilisation des forces hydrauliques).

7<sup>o</sup> Le Conseil fédéral doit être considéré comme compétent lorsque, abstraction faite des cas où sa compétence est explicitement prévue par la législation, la solution de la contestation dépend de considérations relatives à la rationalité de l'utilisation des forces hydrauliques, c'est-à-dire de considérations d'ordre technique et économique, où la libre appréciation peut jouer un rôle prépondérant. Le fait que la réclamation serait fondée partiellement et accessoirement sur une prétendue violation de droits constitutionnels ne doit pas entraîner l'incompétence du Conseil fédéral. C'est en effet aux autorités administratives, et non pas aux autorités judiciaires, que doit incomber en principe l'examen de toutes les questions d'aménagement des forces hydrauliques.

8<sup>o</sup> Si les projets de juridiction administrative fédérale venaient à être adoptés dans le sens proposé par le Conseil fédéral (messages du 27 mars 1925: méthode énumérative), les compétences attribuées au Conseil fédéral par l'art. 38, al. 2 in fine, LFH 1916 relativement aux contestations entre cantons portant sur l'étendue des droits qu'une concession intercantonale imposée par le Conseil fédéra

leur réserve et sur la façon d'exercer ces droits en commun, devraient être déléguées au Département fédéral de l'Intérieur, sous réserve de recours à la future cour de droit administratif du Tribunal fédéral.

9<sup>o</sup> Si les projets de juridiction administrative fédérale venaient à être adoptés dans le sens proposé par le Conseil fédéral (messages du 27 mars 1925: méthode énumérative), toutes les compétences attribuées au Conseil fédéral par les art. 33, al. 3, 35, 36 et 37 LFH 1916, relatifs à la constitution volontaire ou obligatoire de sociétés ou associations d'usagers, devraient être déléguées au Département fédéral de l'Intérieur, sous réserve de recours à la future cour de droit administratif du Tribunal fédéral. La délégation de compétences ne devrait donc pas être prévue seulement pour les cas des art. 33, al. 3, 35, al. 2, 36 et 37, al. 5, LFH 1916.

10<sup>o</sup> Si l'on voulait écarter toute dépendance du Conseil fédéral vis-à-vis du Tribunal fédéral, sans toutefois porter atteinte aux possibilités de recours devant le Tribunal fédéral telles qu'elles sont prévues par la LFH 1916, il faudrait déléguer les compétences du Conseil fédéral au Département fédéral de l'Intérieur dans les trois cas suivants: fixation de l'indemnité lors de la révocation d'une autorisation d'exportation d'eau ou d'énergie électrique (art. 8, al. 3, LFH 1916); fixation de l'indemnité lors de la restriction de l'exercice des droits d'usagers (art. 32, al. 3, LFH 1916); fixation de la contribution lors d'un profit résultant d'installations faites par des tiers (art. 33, al. 2, LFH 1916).

11<sup>o</sup> En matière d'expropriation, le principe de la LFH 1916 consistant à faire une distinction de procédure d'expropriation suivant la nature privée ou publique des forces hydrauliques à exproprier (législation cantonale en cas de forces hydrauliques privées: art. 19, 17 et 2, al. 2; législation fédérale en cas de forces hydrauliques du domaine public: art. 47 et 46) est irrationnel et regrettable.

Il eût fallu ou bien admettre l'applicabilité exclusive de la législation cantonale d'expropriation en cas de concessions communales et cantonales (quelle que fût la nature des droits et des forces hydrauliques à exproprier) et l'applicabilité exclusive de la législation fédérale d'expropriation en cas de concessions fédérales, si l'on voulait ne pas restreindre dans une trop forte mesure le domaine d'application des législations cantonales sur l'expropriation, ou bien renoncer nettement aux législations cantonales et admettre l'applicabilité exclusive de la législation fédérale d'expropriation dans tous les cas où l'utilisation des forces hydrauliques rend une expropriation quelconque nécessaire. Etant donnée la teneur de l'art. 47 LFH 1916, qui attribue déjà à la législation fédérale sur l'expropriation un vaste champ d'application, même en cas de concessions communales et cantonales, seule une modification de l'art. 19 LFH 1916 dans le sens de l'applicabilité de la législation fédérale d'expropriation dans tous les cas où il s'agit d'exproprier une force hydraulique privée (art. 17 LFH 1916: cours d'eau privé ou droit privé de riveraineté sur un cours d'eau public) permettrait d'éviter les nombreux litiges qui se produisent à l'heure actuelle en matière d'expropriation.

---



