

# **BGer 1A.320/2000 vom 20. September 2001**

Bundesgericht, 2001-09-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1A.320\\_2000](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1A.320_2000)

FR: TF 1A.320/2000 du 20 septembre 2001

IT: TF 1A.320/2000 del 20 settembre 2001

## **Regeste**

Équilibre écologique

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Il se justifie, pour le jugement, de joindre les causes 1A.320/2000 et 1P.786/2000, les deux recours étant dirigés contre la même décision (cf. ATF 123 II 16 consid. 1 p. 20; 122 II 367 consid. 1a p. 368). Le recours de droit public ayant un caractère subsidiaire ( art. 84 al. 2 OJ ), il y a lieu de traiter d'abord le recours de droit administratif.

### **E. 2**

La voie du recours de droit administratif ( art. 97 ss OJ ) est ouverte contre une décision, prise en dernière instance cantonale (cf. art. 98 let . g OJ), fondée sur des dispositions de la loi fédérale sur la protection des eaux (LEaux; cf. ATF 125 II 29 consid. 1a p. 32). Destinataire de la décision qui l'oblige à prendre des mesures en vue d'un assainissement au sens des art. 80 ss LEaux , Daniel Waeber a qualité pour recourir ( art. 103 let. a OJ ). Les autres conditions de recevabilité du recours de droit administratif étant manifestement réunies, il y a lieu d'entrer en matière.

### **E. 3**

Le recourant, qui se prévaut d'un "droit ancien" d'utilisation de l'eau de la Glâne, soutient qu'il ne peut pas en être privé sur la base de l' art. 80 LEaux . Invoquant notamment le principe de la proportionnalité, il prétend que l'intérêt public à ce que le cours de la Glâne soit libre de toute entrave ne saurait avoir un caractère prépondérant, la décision attaquée le privant non seulement de l'usage du droit d'eau, permettant d'actionner des machines nécessaires à son exploitation, mais le contraignant au surplus à engager des frais importants pour les travaux de démolition du barrage. En invoquant l'art. 80 al. 2 in fine LEaux, le recourant reproche au Tribunal administratif de n'avoir pas obligé la Direction des travaux publics à ouvrir une procédure d'expropriation formelle. Il fait encore valoir que les art. 81 et 82 LEaux fixent, pour l'assainissement des prélèvements d'eau existants, une procédure et des critères qui n'ont pas été respectés par les autorités cantonales dans le cas particulier. a) aa) La loi fédérale sur la protection des eaux (LEaux), du 24 janvier 1991 (entrée en vigueur le 1er novembre 1992), soumet à différentes conditions les prélèvements dans les cours d'eau à débit permanent ( art. 29 ss LEaux ). Pour autoriser un nouveau prélèvement, il faut en particulier garantir le maintien d'un débit résiduel minimal dans le cours d'eau ( art. 31 LEaux ; cf. à ce propos ATF 126 II 283 consid. 3 p. 289 ss; 120 Ib 233 consid. 5-6 p. 240 ss). bb) Les dispositions transitoires de cette loi prévoient par ailleurs un régime d'assainissement pour les prélèvements d'eau existants (art. 80 à 82 LEaux). L' art. 80 al. 1 LEaux pose la règle selon laquelle, lorsqu'un cours d'eau est sensiblement influencé

par un prélèvement existant, il y a lieu d'assainir son cours aval sans que les droits d'utilisation existants soient atteints d'une manière qui justifierait un dédommagement (dans le texte allemand: le cours d'eau "muss [...] so weit saniert werden, als dies ohne entschädigungsbegründende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist"). Les "droits d'utilisation existants" (ou "droits acquis" - cf. Message relatif à la LEaux, FF 1997 II p. 1193) mentionnés à l' art. 80 al. 1 LEaux sont généralement les droits des concessionnaires de force hydraulique (cf. art. 43 al. 1 de la loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques, LFH - RS 721. 80). Ces concessionnaires ne peuvent en principe pas, d'après la jurisprudence relative à la législation sur la pêche et à la protection de la nature, s'opposer à des mesures découlant de nouvelles normes qui, même si elles modifient l'étendue des droits d'utilisation concédés, ne portent pas atteinte à la substance des droits acquis. En d'autres termes, ces mesures sont admissibles si elles permettent de maintenir une utilisation de la force hydraulique dans des conditions économiquement supportables. Sinon, à savoir en cas d'atteinte à la substance des droits acquis, les droits d'utilisation ne peuvent être restreints que moyennant indemnité, conformément à l' art. 43 al. 2 LFH (cf. ATF 127 II 69 consid. 5a p. 75; 126 II 171 consid. 3c p. 179; 119 Ib 254 consid. 5a p. 268; 107 Ib 140 consid. 4 p. 146 et 6b p. 150). L' art. 80 al. 1 LEaux consacre également ces principes: il prévoit donc que l'autorité compétente doit les respecter lorsqu'elle envisage de restreindre un droit d'utilisation concédé afin de garantir, en aval du prélèvement d'eau existant, un débit résiduel minimal correspondant aux exigences des art. 31 ss LEaux (cf. Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage [OFEFP]/Bernhard Frei, Die Sanierung nach Art. 80ff Gewässerschutzgesetz vom 24.1.1991 bei der Wasserkraftnutzung - rechtliche Probleme, Berne 1991, p. 34 ss). Tandis que l' art. 80 al. 1 LEaux régit les cas d'assainissement ordinaires (sans indemnité), l' art. 80 al. 2 LEaux prévoit la possibilité pour l'autorité compétente de prendre des mesures d'assainissement supplémentaires dans des situations particulières, à savoir "lorsqu'il s'agit de cours d'eau qui traversent des paysages ou des biotopes répertoriés dans un inventaire national ou cantonal ou que des intérêts publics prépondérants l'exigent". Ces mesures supplémentaires équivalent à une atteinte à la substance des droits d'utilisation existants (ou droits acquis); l'indemnisation des titulaires de ces droits doit en principe être assurée, conformément aux règles rappelées plus haut. C'est pourquoi l'art. 80 al. 2 in fine LEaux mentionne une obligation d'indemniser, en disposant que "la procédure de constat et, le cas échéant, la détermination du montant de l'indemnité sont régis par la loi fédérale sur l'expropriation" (dans le texte allemand: "Das Verfahren für die Feststellung der Entschädigungspflicht und die Festsetzung der Entschädigung richtet sich nach dem Enteignungsgesetz"). cc) Les droits d'utilisation existants auxquels l' art. 80 LEaux fait référence sont non seulement les droits d'eau accordés par concession de force hydraulique (cf. art. 38 ss LFH ), mais également les anciens droits d'eau dits privés - car à l'époque de leur constitution, ils étaient régis par le droit privé -, ou droits immémoriaux ("ehemalige Wasserrechte"). Ces droits sont généralement qualifiés, eux aussi, de "droits acquis" (cf. notamment Dominik Strub, Wohlerworbene Rechte - Insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts, thèse Fribourg 2001, p. 201 ss; Kathrin Klett, Verfassungsrechtlicher Schutz "wohlerworbener Rechte" bei Rechtsänderungen, thèse Berne 1984, p. 92 ss; André Grisel, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, vol. II p. 591; Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar, vol. IV/1/2, Berne 1964, n. 50 ad art. 655 CC ). Dans le canton de Fribourg, conformément à l'art. 4 let. b de la loi cantonale du 4 février 1972 sur le domaine public (LDP), les cours d'eau font partie du domaine public, dès la limite du fonds où ils ont pris leur source. En réglant le statut des

eaux publiques, le droit cantonal n'a toutefois pas supprimé les anciens droits d'eau. L'art. 8 al. 1 LDP, sous le titre "Réserve des droits acquis ("droits anciens")", dispose en effet que "les droits acquis sur les choses du domaine public, notamment les droits d'eau généralement appelés "droits anciens" (Ehehafte Rechte), existant à l'entrée en vigueur de la présente loi, sont maintenus". dd) L'assainissement du cours aval d'un cours d'eau sensiblement influencé par un prélèvement existant (cf. art. 80 al. 1 LEaux) doit intervenir dans un délai fixé par l'autorité compétente (mais en principe avant le 1er novembre 2007 - art. 81 LEaux) et selon les "critères d'assainissement" fixés à l'art. 82 LEaux. Cette règle prévoit l'établissement d'un inventaire cantonal des prélèvements d'eau existants, indiquant pour chaque prélèvement la quantité d'eau prélevée, le débit résiduel, le débit de dotation et la situation juridique (art. 82 al. 1 LEaux). L'autorité compétente, au niveau cantonal, doit ensuite décider de l'étendue des mesures d'assainissement nécessaires, en fonction de l'influence de chaque prélèvement sur le cours d'eau, et établir un rapport, indiquant si possible l'ordre dans lequel les opérations doivent se dérouler (art. 82 al. 2 LEaux). Les règles du droit fédéral exigent ainsi de l'autorité cantonale compétente pour déterminer l'étendue et le déroulement de l'assainissement, le cas échéant, qu'elle effectue une pesée des intérêts, en appréciant les intérêts publics et privés en faveur du maintien du prélèvement (cf. art. 33 al. 2 LEaux, norme qui s'applique aux nouveaux prélèvements et, mutatis mutandis, aux prélèvements existants en cas d'assainissement) et les intérêts qui s'y opposent, notamment en matière de protection du paysage, des biotopes ou de la faune (cf. art. 33 al. 3 LEaux). Puisque les intérêts économiques du bénéficiaire du prélèvement doivent être pris en considération dans la procédure d'assainissement selon l'art. 80 LEaux (cf. art. 33 al. 2 let. c LEaux), il importe de résoudre en premier lieu la question de la nature du droit d'utilisation dont il se prévaut, afin de déterminer s'il s'agit d'un "droit acquis" (cf. OFEFP, Prélèvements d'eau - Rapport d'assainissement, Berne 1998, p. 13). b) aa) Dans le cas particulier, les décisions prises le 28 juin 1993 par les deux Directions cantonales se bornent à traiter une question particulière concernant l'assainissement du cours de la Glâne, celle du sort du prélèvement d'eau existant approvisionnant le moulin du recourant. En interdisant l'utilisation de l'eau de la Glâne par le recourant, ces autorités ont ordonné la démolition ou la remise en état des ouvrages nécessaires au prélèvement, à savoir un barrage et un canal. En prenant cette décision, ces autorités ont constaté que le recourant ne pouvait se prévaloir d'aucun droit d'utilisation existant (cf. en particulier l'art. 1er du dispositif de la décision de la Direction des travaux publics). Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal administratif a confirmé l'ordre donné au recourant de supprimer le prélèvement d'eau ainsi que les ouvrages qui y sont liés. Cela étant, au sujet du droit d'utilisation existant, l'arrêt attaqué est équivoque. Il rappelle qu'en vertu du droit cantonal, la preuve de l'existence d'un droit ancien sur une chose du domaine public incombe à celui qui y prétend (art. 8 al. 2 LDP); or, le recourant n'est pas parvenu à apporter la preuve directe de l'existence d'un tel droit. La Cour cantonale retient toutefois de "nombreux indices convergents" d'une utilisation, pendant plusieurs siècles, de l'eau de la Glâne par les exploitants successifs du moulin de Villaz-Saint-Pierre, ce qui laisse supposer l'existence d'un droit d'eau. Ce droit ancien est donc "plausible", mais sa portée est "largement indéterminée". Le Tribunal administratif a dès lors considéré que le droit ancien invoqué par le recourant n'avait "au mieux qu'une portée limitée à l'exploitation de quelques machines, actuellement complètement désuètes, mues par la force hydraulique" et qu'il ne "concern[ait] pas la production d'électricité" car cette utilisation, plus récente, aurait nécessité une concession. Il a ajouté que le recourant "[pouvait] vraisemblablement

bénéficier d'un droit d'eau ancien de portée limitée qui a subsisté en application de l' art. 8 LDP "; ainsi, on "[pouvait] admettre qu'il dispos[ait] de "droits d'utilisation existants" au sens de l' art. 80 LEaux ". Lors de la pesée des intérêts prescrite par l' art. 80 al. 2 LEaux pour ordonner des mesures d'assainissement supplémentaires, le Tribunal administratif a mentionné que le droit d'eau ancien - "droit éventuellement en cause" - ne portait pas sur une exploitation hydroélectrique de l'eau de la Glâne mais, "au mieux, uniquement sur l'usage de l'eau nécessaire pour faire tourner quelques machines par la force hydraulique". Enfin, en se prononçant sur la question de l'indemnisation du recourant, lequel a été renvoyé à demander une indemnité pour expropriation matérielle et à introduire lui-même la procédure, le Tribunal administratif s'est référé au "droit d'eau ancien allégué". Dans sa réponse au recours de droit administratif, le Tribunal administratif évoque le "droit allégué par le recourant". Dans sa réponse au recours de droit public, ce Tribunal affirme qu'il n'a pas définitivement tranché la question de l'existence du droit allégué, puisqu'elle n'était pas décisive; en d'autres termes, l'existence du droit d'eau a été "envisagée comme hypothèse de raisonnement".

bb) La décision attaquée ordonne, à titre de mesure d'assainissement du cours de la Glâne, la suppression d'un prélèvement d'eau existant. Cette mesure ne permet à l'évidence pas de maintenir, au moulin du recourant, une utilisation de la force hydraulique dans des conditions économiquement supportables (cf. supra, consid. 3a/bb), puisqu'elle empêche toute utilisation de l'eau de la Glâne. Si l'on retient l'hypothèse de l'existence d'un droit acquis - en l'occurrence d'un "droit ancien" et non pas d'un droit déduit d'une concession -, l'atteinte à ce droit est, manifestement, telle qu'elle justifierait un dédommagement, ou qu'elle ne pourrait intervenir sans indemnité; en pareil cas, l' art. 80 al. 2 LEaux serait donc applicable. Cette disposition prévoit, dans ces conditions, que l'indemnisation est régie par la loi fédérale sur l'expropriation, en distinguant deux phases: la procédure de constat ("das Verfahren für die Feststellung der Entschädigungspflicht") et la procédure de détermination du montant de l'indemnité. Elle se réfère ainsi implicitement, pour la première phase, aux art. 27 ss LEx , qui prévoient en particulier le dépôt public des plans établis par l'expropriant - voire un avis personnel lorsque la personne atteinte par l'expropriation est déterminée exactement -, une possibilité de s'opposer à l'expropriation et une procédure de conciliation; il appartient donc, dans ce régime, à l'expropriant d'introduire la procédure. Quant à la seconde phase, celle de l'estimation, elle est réglée aux art. 57 ss LEx . Les anciens droits d'eau ("ehehafte Wasserrechte") pour l'exploitation d'un moulin, d'une scierie, etc. , sont généralement considérés actuellement comme des servitudes foncières (cf. ATF 88 II 498 consid. 3 p. 503; Peter Liver, Die ehehaften Wasserrechte in der Schweiz, in: Festschrift für Paul Gieseke, Karlsruhe 1958, p. 244 ss; idem, Die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit hundert Jahren, RDS 71/1952 I p. 340). Les servitudes font, précisément, partie des droits réels immobiliers pouvant faire l'objet d'une expropriation (formelle) en vertu de l' art. 5 LEx ( ATF 121 II 436 consid. 3c p. 440). En résumé, si l'assainissement d'un cours d'eau exige la suppression totale d'un droit d'utilisation existant ayant les caractéristiques d'une servitude foncière, la collectivité chargée de l'assainissement doit exercer le droit d'expropriation conformément aux règles générales de la loi fédérale sur l'expropriation; il ne s'agit manifestement pas d'un cas d'expropriation matérielle. Dans cette situation particulière, le texte de l'art. 80 al. 2 in fine LEaux prévoit clairement l'application de la loi fédérale sur l'expropriation. Cette disposition - considérée comme une *lex specialis* - ne laisse pas aux cantons le choix entre l'application du droit cantonal de l'expropriation et celle du droit fédéral, contrairement à l' art. 68 LEaux - *lex generalis* -, qui vise les autres cas d'expropriation pour l'exécution de la

loi fédérale sur la protection des eaux (d'autres lois fédérales contiennent du reste une disposition analogue à l' art. 68 LEaux : cf. notamment l'art. 58 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement [LPE; RS 814. 01], ou l'art. 48 de la loi fédérale sur les forêts [LFo; RS 921. 0], ou encore l'art. 17 de la loi fédérale sur l'aménagement des cours d'eau [LACE; RS 721. 100]). On ne saurait, au demeurant, se fonder sur le seul texte allemand de l' art. 80 al. 2 LEaux et sur le verbe employé ("Das Verfahren [...] richtet sich nach dem Enteignungsgesetz") pour considérer que la loi fédérale sur l'expropriation ne s'applique que partiellement ou par analogie (cf. OFEFP/Frei, op. cit. , p. 47); l'analyse des trois textes officiels de l' art. 80 al. 2 LEaux (dans le texte français: "sont régis par la loi fédérale sur l'expropriation"; dans le texte italien: "sono disciplinati dalla legge federale sull'espropriazione") exclut pareille interprétation. cc) Il est vrai que, dans le cas particulier, l'existence d'un ancien droit d'eau en faveur du recourant peut encore être contestée. Ce droit a toutefois été qualifié de plausible ou vraisemblable par le Tribunal administratif. L'autorité compétente pour l'assainissement du cours d'eau ne saurait donc partir du principe qu'il est inexistant et renoncer d'emblée à ouvrir une procédure d'expropriation parallèlement à la procédure d'assainissement selon les art. 80 à 82 LEaux (cf. supra, consid. 3a/dd). Si celui qui se prétend titulaire d'un ancien droit d'eau s'oppose à sa suppression et fait valoir des prétentions, dans le délai fixé après le dépôt des plans ou l'avis personnel (cf. art. 35 et 36 LEx ), et que l'existence du droit faisant l'objet de la demande d'indemnité est contestée par l'expropriant, l' art. 69 LEx prévoit la compétence soit du juge civil (al. 1), soit de la commission fédérale d'estimation (al. 2) pour statuer à ce sujet, et cette disposition fixe la procédure à suivre (cf. notamment ATF 108 Ib 492 consid. 2 p. 494: 101 Ib 56 consid. 2 p. 58; cf. également ATF 109 Ib 276 p. 277, concernant une procédure dans laquelle la commission fédérale d'estimation avait été invitée à statuer sur l'existence d'un ancien droit d'eau). c) Il résulte de ce qui précède que le Tribunal administratif a violé l' art. 80 LEaux en confirmant directement l'ordre donné au recourant de supprimer la dérivation alimentant son moulin, alors qu'une procédure d'expropriation formelle, selon les dispositions de la loi fédérale sur l'expropriation, aurait dû être ouverte. A ce propos, le recours de droit administratif doit être admis et la décision attaquée doit être annulée. L'affaire doit être renvoyée au Tribunal administratif pour nouvelle décision (cf. art. 114 al. 2 OJ ) d'une part sur les frais et dépens de la procédure cantonale de recours, et d'autre part sur la suite à donner à la procédure d'assainissement du cours d'eau, à l'endroit litigieux, après les décisions des Directions cantonales des travaux publics et de l'intérieur et de l'agriculture.

#### **E. 4**

L'admission du recours de droit administratif, entraînant l'annulation de l'arrêt attaqué, rend sans objet le recours de droit public. La cause 1P.786/2000 doit dès lors être rayée du rôle (cf. art. 72 PCF par renvoi de l' art. 40 OJ ).

#### **E. 5**

Il n'y a pas lieu de percevoir un émolument judiciaire ( art. 156 al. 2 OJ ). L'Etat de Fribourg aura cependant à payer des dépens au recourant, assisté d'un avocat ( art. 159 al. 1 et 2 OJ ).