

SCP F. ROCHETEAU & C. UZAN-SARANO

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

21 rue des Pyramides, 75001 PARIS

Tél. 01.55.74.69.70

N° 429.868

CONSEIL D'ÉTAT

SECTION DU CONTENTIEUX

MÉMOIRE COMPLÉMENTAIRE

POUR : L'association « Ranimons la cascade ! »,

Demanderesse

SCP Rocheteau & Uzan-Sarano

CONTRE : 1) Le ministre de la transition écologique et solidaire,

2) La société hydro-électrique de la vallée de Salles-la-Source (SHVSS),

Défendeurs

À l'appui du pourvoi n° 429.868

FAITS

I. – La société hydro-électrique de la vallée de Salles-la-Source (SHVSS) exploite une usine hydro-électrique située sur le territoire de la commune de Salles-la-Source, dans le massif du Causse Comtal (département de l'Aveyron).

Cette usine, construite dans sa forme actuelle vers 1930, est alimentée par les eaux de la rivière souterraine dite du « Tindoul de la Vayssière » - lequel constitue un effondrement naturel de 67 mètres de profondeur -, la prise d'eau se situant dans le delta souterrain de cette rivière.

Cette prise d'eau prend la forme d'un barrage de retenue dans le prolongement duquel se trouve une conduite forcée de 700 mm de diamètre et de 843 mètres de longueur.

Ces installations hydro-électriques ont été réalisés à l'origine, sans la moindre autorisation, entre 1930 et 1932, en lieu et place d'équipements et bâtiments plus anciens (moulins, canal de dérivation, barrages, etc.), en y apportant de très importantes modifications.

Reconnaissant l'illégalité de la création de cette nouvelle usine, le ministre a adressé deux mises en demeure les 3 mai et 31 octobre 1939 à la société afin de lui permettre de régulariser sa situation « *par le moyen d'une concession* » conclue sur le fondement de la loi du 16 octobre 1919.

Ces deux décisions ont été validées par le Conseil d'État dans un arrêt du 11 janvier 1946 (n° 69252, Rec. p. 8) aux motifs que « *si la société a, antérieurement à la construction de son usine racheté plusieurs moulins fondés en titre et desservis, pour la plupart, par une canalisation partant d'une chaussée-déversoir établie dans le lit du Créneau, il résulte de l'instruction qu'**après avoir démoli les barrages qui assuraient le fonctionnement de ces moulins et la dérivation qui les alimentait, elle a construit sur le Créneau même, en aval des établissements disparus, une usine entièrement nouvelle**, alimentée et équipée de façon à permettre la production d'une force motrice supérieure de plus de 150 KW, à la puissance fondée en titre des anciens moulins rachetés; qu'elle ne saurait dans ces conditions obtenir le bénéfice de l'exemption prévue à l'article 29 de la loi susmentionnée du 16 octobre 1919, et que c'est par une exacte application des dispositions de l'article 2 de ladite loi que l'administration lui a enjoint de régulariser la situation de ses installations par la présentation d'une demande de concession* ».

Loin de reconnaître, à cette occasion, l'existence d'un quelconque droit fondé en titre, la Haute juridiction a au contraire constaté, par des motifs constituant le soutien nécessaire de sa décision, la disparition de l'ensemble des moulins fondés en titre et des équipements nécessaires à leur fonctionnement au moment de la création de l'usine, qualifiée d'« *entièrement nouvelle* ».

Il a néanmoins fallu attendre le 28 août 1979 pour que la société daigne présenter une demande de concession ; et le 17 mars 1980 pour qu'une concession conclue le 17 octobre 1979 soit approuvée par décret du ministre de l'industrie (*Journal officiel* du 20 mars 1980).

Cette concession faisait elle-même suite à une nouvelle décision de Section du Conseil d'État du 18 février 1972 (n° 75965, au Recueil) à l'occasion de laquelle la Haute juridiction a jugé que la SHVSS était en principe fondée à solliciter la déduction des droits fondés en titre qu'elle revendiquait pour le calcul de la puissance maximale à réglementer au titre de l'article 2 de la loi du 16 octobre 1919, c'est-à-dire de la concession.

La Haute juridiction ne s'est cependant pas prononcée, à cette occasion, sur l'existence même des droits fondés en titre revendiqués par la société, cette question ne lui ayant pas été soumise par les parties, en particulier par l'État, à ce moment-là.

Le cahier des charges de cette concession adopté en 1980 prévoyait notamment que la convention devait prendre fin le 31 décembre 2005 (article 31) et qu'à compter de cette date l'État devait être subrogé dans les droits du concessionnaire et prendre possession de toutes les dépendances immobilières énumérées à l'article 2, à savoir « *les terrains, immeubles, ouvrages et matériels utilisés indivisément pour l'aménagement et la production, tant de la puissance brute fondée en titre (530 kW), que de la puissance brute concédée (770 kW)* » (article 37).

Son article 42 bis stipulait par ailleurs que l'État devait également prendre possession des droits regardés comme fondés en titre en contrepartie soit de la fourniture d'énergie correspondant à la puissance brute de 530 kW soit du rachat de cette énergie à dire d'expert.

Faute de renouvellement de cette concession, celle-ci a pris fin au terme initialement convenu, soit le 31 décembre 2005.

L'État s'est alors vu transférer l'ensemble des biens de la concession, en ce compris les prétendus droits fondés en titre, dont l'existence même n'avait cependant jamais été constatée ni reconnue judiciairement.

Prenant acte de la fin de la concession, le préfet de l'Aveyron a alors pris deux arrêtés le 16 décembre 2005 et le 9 février 2006 mettant en demeure la SHVSS de déposer un dossier de demande *d'autorisation*.

Alors que la concession avait cessé de produire ses effets et que l'État aurait dû prendre possession de l'ensemble des biens concédés, droits fondés en titre compris si tant est qu'ils existassent, le préfet de l'Aveyron et la SHVSS ont néanmoins conclu une convention le 4 août 2006 aux termes de laquelle la SHVSS s'engageait à renoncer au bénéfice de l'application de l'article 42 bis du cahier des charges (fourniture ou rachat de l'énergie produit le fondement des droits prétendument fondés en titre) ainsi qu'à déposer, avant le 18 septembre 2006, une demande d'autorisation hydroélectrique pour la partie non fondée en titre de la concession de Salles-la-Source, en échange de quoi l'État s'est engagé à permettre la poursuite de l'exploitation de l'usine « *dans la limite des droits fondés en titre* ».

Un dossier de demande a été déposé en ce sens en décembre 2006. Il concernait néanmoins une microcentrale différente de celle faisant l'objet de la concession (conduite forcée de 900 mm au lieu d'une conduite de 700 mm ; débit dérivable à la prise d'eau passant de 990 L/s à 1.500 L/s ; puissance maximale brute totale passant de 1.300 kW à 1.968 kW ; puissance brute maximale brute fondée en titre égale à 530 kW, comme précédemment, mais avec un changement de caractéristiques physiques, notamment une modification de la hauteur de chute et du débit dérivé, etc.).

Par lettre du 31 décembre 2009, les services de la préfecture ont déclaré le dossier complet. Ce dossier a en conséquence été soumis à enquête publique du 14 juin au 15 juillet 2010.

Mais à la suite d'une procédure judiciaire au terme de laquelle le Tribunal de grande instance de Rodez a jugé que la SHVSS n'avait pas la maîtrise foncière de l'une des parcelles d'implantation de la conduite forcée amenant l'eau à son usine, le préfet de l'Aveyron a, par arrêté du 10 décembre 2012, sursis à statuer sur la demande d'autorisation présentée en décembre 2006.

Il a toutefois, dans cette attente, prévu que l'exploitation de l'usine pouvait se poursuivre dans le respect de la convention du 4 août 2006, c'est-à-dire à hauteur des droits fondés en titre revendiqués par la société.

En réaction à cette décision, l'association « Ranimons la cascade », l'exposante, ainsi que Mme Anne-Marie Sabatier, M. Denis Mathieu et M. Bernard Gauvain ont mis en demeure le préfet de l'Aveyron de faire cesser l'exploitation illégale de l'usine détenue par la SHVSS par courrier du 2 juillet 2013.

En effet, la convention du 4 août 2006 était manifestement illégale dès lors que la concession avait pris fin en 2005 et qu'aucune autorisation en bonne et due forme n'avait été accordée. En outre, il résultait de l'historique de l'installation et de la disparition matérielle des moulins originels qu'aucun droit fondé en titre n'existait et ne pouvait être revendiqué par la société.

Sous couvert de « sursis à statuer », le préfet a donc de fait autorisé la poursuite d'une exploitation totalement illégale et dépourvue de fondement juridique.

Une décision implicite de rejet est née du silence gardé par le préfet sur la demande de l'exposante tendant à faire cesser cette exploitation.

II. – Par une première requête enregistrée le 24 juillet 2013 sous le n° 1303442, l'association « Ranimons la cascade ! » ainsi que plusieurs personnes physiques ont demandé, à titre principal, l'annulation de l'arrêté du 10 décembre 2012 en tant qu'il reconnaissait à la SHVSS le droit de poursuivre son exploitation dans la limite de la puissance fondée en titre et, à titre subsidiaire, en cas d'indivisibilité de l'arrêté, son annulation dans son ensemble.

Ils ont par ailleurs sollicité le prononcé de mesures d'injonction.

Par une seconde requête du 4 novembre 2013 enregistrée sous le n° 1304876, l'association « Ranimons la cascade ! » et autres ont également sollicité l'annulation de la décision implicite de rejet de la mise en demeure adressée le 2 juillet 2013 et demandé à ce qu'il soit fait injonction à l'État de prendre toutes mesures permettant d'interdire à la SHVSS la poursuite de l'exploitation de la chute hydro-électrique.

Par jugement n° 1303442-1304876 du 25 mars 2016, le tribunal administratif de Toulouse a rejeté l'ensemble de ces demandes.

Il a été formé appel de cette décision le 1^{er} juin 2016, au soutien duquel la commune de Salles-la-Source est intervenue par mémoire du 9 novembre 2017.

Par arrêt n° 16BX01811 du 18 février 2019, la cour administrative d'appel de Bordeaux a admis l'intervention de la commune tout en confirmant le jugement entrepris.

C'est l'arrêt attaqué par le pourvoi de l'association exposante.

DISCUSSION

III. – PREMIER MOYEN DE CASSATION (absence de droit fondés en titre dès l'origine)

C'est en premier lieu au prix d'une erreur de qualification juridique des faits, à tout le moins d'une dénaturation des faits et des pièces du dossier, d'une erreur de droit et d'une insuffisance de motivation que les juges d'appel ont retenu qu'« *il résulte de l'instruction que la société hydro-électrique de la vallée de Salles-La-Source bénéficie, en dépit de la suppression de certains anciens moulins existants auxquels ils étaient initialement attachés et de la création de l'usine hydro-électrique, de droits d'eau fondés en titre résultant du rachat de moulins à l'aval sur le ruisseau du Créneau, cours d'eau non domanial, d'une puissance évaluée à 530 kw, ainsi d'ailleurs que le mentionnent la décision du Conseil d'Etat du 18 février 1972 n° 75965 et le cahier des charges annexé au décret du 17 mars 1980 relatif à l'aménagement et à l'exploitation de la chute de Salles-la-Source sur le ruisseau le Créneau, dans le département de l'Aveyron. Par suite en l'absence d'éléments suffisamment probants apportés par les requérants qui se bornent à faire état du rapport Vallet établi par l'ingénieur Brugidou dont il ne ressort pas que tous les anciens moulins du site se trouvaient en état de ruine, permettant de remettre en cause l'existence des droits fondés en titre dont bénéficie la SHVSS et notamment d'établir l'état de ruine des ouvrages qui aurait conduit à la perte de ces droits, le moyen tiré de l'inexistence de droits d'eau fondés en titre doit être écarté* » (cons. 12).

Il est tout d'abord établi qu'il ne peut y avoir de droit d'usage d'eau fondé en titre en cas de ruine ou de changement d'affectation des ouvrages essentiels à cet usage, ce changement d'affectation pouvant intervenir en cas de suppression d'installations (barrages, canalisations, etc.) permettant une alimentation en eau.

Or, en l'espèce, l'exposante a démontré, sur la base notamment d'un rapport du CGEDD de décembre 2015, d'un rapport de l'ingénieur Varlet de septembre 1940 et de l'arrêt du Conseil d'État du 11 janvier 1946, que si la SHVSS avait, antérieurement à la construction de son usine, racheté plusieurs moulins fondés en titre et que ceux-ci étaient, pour la plupart, desservis par une canalisation forcée qui en assurait le fonctionnement, ces moulins étaient en grande partie en ruine ou ont été par la suite détruits, à l'instar de plusieurs barrages et dérivations, de telle sorte que l'usage procédant de la construction de la nouvelle usine ne pouvait plus être fondé en titre et devait faire l'objet d'une concession ou d'une autorisation.

Il est également constant qu'un droit fondé en titre ne peut résulter de l'addition artificielle de droits fondés en titre attachés à plusieurs ouvrages, dès lors qu'un tel droit se rattache nécessairement à un ouvrage spécifique, qui ne doit être ni en l'état de ruine ni désaffecté par suite d'une transformation profonde.

Or l'arrêt retient qu'en dépit de la suppression de certains moulins auxquels les droits fondés en titre étaient initialement attachés, la SHVSS justifiait d'un droit fondé en titre pour une puissance brute totale évaluée à 530 kW correspondant à la puissance supposée attachée aux anciens ouvrages, pris dans leur ensemble.

La cour s'est par ailleurs bornée à statuer sur l'état de ruine des moulins rachetés, sans à aucun moment se prononcer, comme elle y était invitée, sur la démolition du canal de dérivation et des barrages alimentant ces moulins et donc sur leur désaffectation.

Elle s'est, quoi qu'il en soit, méprise sur la portée des écritures de l'exposante en retenant que celle-ci s'était bornée « à faire état du rapport Vallet [Varlet] établi par l'ingénieur Brugidou dont il ne ressort pas que tous les anciens moulins du site se trouvaient en état de ruine » alors que l'exposante s'était également appuyée sur un mémoire de M. Varlet du 21 novembre 1977, l'arrêt du Conseil d'État du 11 janvier 1946 constatant la démolition des anciens ouvrages, un plan de dérivation de 1836 ainsi que sur un rapport du CGEDD de décembre 2015 pour démontrer l'absence de droits fondés en titre depuis les années 1930.

Ces différents vices sont ci-après explicités.

III.1 – En droit, on le sait, la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, prise à la suite de la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux, a instauré un nouveau régime pour l'usage de la force motrice de l'eau en accordant des droits personnels aux exploitants plutôt que des droits réels attachés à un fonds et en ne faisant plus dépendre cet usage de la nature du cour d'eau, domanial ou non, mais seulement de la puissance de l'installation en fonction de laquelle l'installation pouvait être soit soumise à un régime d'autorisation, pour les moins puissantes, soit à un régime de concession, pour les plus importantes, et ce pour une durée de 75 ans maximum dans les deux cas.

L'article 1^{er} de cette loi disposait à cet égard que « nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et des cours d'eau, quel que soit leur classement, sans une concession ou une autorisation de l'Etat » tandis que son article 2 prévoyait que « sont placées sous le régime de la concession les entreprises dont la puissance (produit de la hauteur de chute par le débit maximum de la dérivation) excède 4500 kilowatts » et que « sont placées sous le régime de l'autorisation toutes les autres entreprises ».

Les concessions devaient être instituées par décret rendu en Conseil d'État (article 3) suivant un cahier des charges type (articles 10 et 28).

Le législateur de l'époque a, ce faisant, procédé à une forme de « nationalisation » de la force motrice de l'eau (J.-L. Gazzaniga, J.-P. Ourliac, X. Larrouy-Castéra, Ph. Marc, « Eaux – Hydroélectricité », *JCl rural*, Fasc. 100, n° 29).

Il a cependant tenu compte de l'existence de certains ouvrages auxquels étaient attachés des droits acquis :

- les ouvrages les plus anciens bénéficiant d'un **droit fondé en titre** correspondant soit à un droit vendu par le roi sur ses cours d'eau avant que l'édit de Moulins de février 1566 ne rende le domaine public inaliénable, soit de droits constitués ou vendus par les seigneurs sur leurs cours d'eau avant l'abolition des droits féodaux décidée le 4 août 1789, soit de droits acquis lors des ventes de biens nationaux à l'occasion de la Révolution ;
- les ouvrages, postérieurs à 1789 mais réglementés par l'administration via des « règlements d'eau ».

Les premiers ont été purement et simplement exclus du nouveau régime d'autorisation et de concession, en vertu de l'article 29 de la loi disposant que « *les usines ayant une existence légale, ainsi que celles qui font partie intégrante d'entreprises déclarées d'utilité publique et pour lesquelles un règlement spécial sera arrêté par un décret rendu en Conseil d'Etat, ne sont pas soumises aux dispositions des titres Ier et V de la présente loi* ».

Le législateur a, ce faisant, repris à son compte la jurisprudence de la Cour de cassation suivant laquelle « *ni les lois révolutionnaires, ni la législation intermédiaire, ni le code civil n'ont porté atteinte aux droits régulièrement émanés de la puissance féodale, au profit des particuliers non seigneurs* » (Civ., 17 juillet 1866, *DP* 1866, I, p. 391 ; voir égal. CE, 18 juin 1852, *Roussille*, Rec. p. 249).

Ces ouvrages restaient néanmoins réglementés au titre de la police de l'eau.

L'article 18 de la loi a quant à lui prévu pour les seconds ouvrages (postérieurs à 1789) un régime transitoire au titre duquel les droits attachés à ces ouvrages étaient conservés pour une durée d'au moins 75 ans avant d'entrer dans le régime d'autorisation ou de concession.

Cette exclusion des droits fondés en titre du régime d'autorisation ou de concession est aujourd'hui prévue à l'article L. 214-6 du code de l'environnement qui dispose, dans sa version applicable à la date des décisions en litige, que :

« II.- Les installations, ouvrages et activités déclarés ou autorisés en application d'une législation ou réglementation relative à l'eau antérieure au 4 janvier 1992 sont réputés déclarés ou autorisés en application des dispositions de la présente section. **Il en est de même des installations et ouvrages fondés en titre.** »

Encore faut-il que ces droits, qualifiés de droits réels immobiliers (voir not. Civ. 3^e, 6 février 1985, n° 83-70.248, Bull. civ. III, n° 24), existent ou n'aient pas été perdus par leurs détenteurs.

Il est à cet égard constant, d'une part, que sont regardées comme fondées en titre ou ayant une existence légale, les prises d'eau sur des cours d'eau non domaniaux qui, soit ont fait l'objet d'une aliénation comme bien national, soit sont établies en vertu d'un acte antérieur à l'abolition des privilèges ; d'autre part, qu'une prise d'eau est présumée établie en vertu d'un acte antérieur à l'abolition des droits féodaux dès lors qu'est prouvée son existence matérielle avant cette date, cette preuve pouvant être apportée par tout moyen (voir not. CE, 20 juin 2012, *M. Desnoves*, n° 340295, concl. C. Roger-Lacan ; CE, 7 février 2007, *M. et Mme Sablé*, n° 280373, aux Tables, concl. Y. Aguila).

Pour le dire autrement, « l'antériorité de l'ouvrage à l'abolition du régime féodal équivaut à un titre légal » (J.-L. Gazzaniga, J.-P. Ourliac, X. Larrouy-Castéra, Ph. Marc, « Eaux – Hydroélectricité », précité, n° 99).

Parallèlement à cela, un droit fondé en titre « **se perd lorsque la force motrice du cours d'eau n'est plus susceptible d'être utilisée par son détenteur, du fait de la ruine ou du changement d'affectation des ouvrages essentiels destinés à utiliser la pente et le volume de ce cours d'eau** » (CE, 5 juillet 2004, *SA Laprade énergie*, n° 246929, au Recueil, concl. F. Lamy ; CE, 16 janvier 2006, *M. Arriau*, n° 263010, concl. M. Guyomar ; CE, 7 février 2007, *M. et Mme Sablé*, précité ; CE, 14 novembre 2012, *Fédération française des assos de sauvegarde des moulins*, n° 345165, aux Tables, concl. X. de Lesquen ; CE, 13 décembre 2013, *Société énergie verte de Teysode*, n° 356321, au Recueil, concl. X. de Lesquen).

Et cela, alors même que l'autorisation qui en régit l'usage n'aurait pas été abrogée ou retirée, comme le permettent les dispositions du dernier alinéa de l'article 18 de la loi du 16 octobre 1919 (CE, 13 décembre 2013, *Société énergie verte de Teysode*, précitée).

Il y a donc deux critères alternatifs : la ruine de l'ouvrage **ou** son changement d'affectation.

Le changement d'affectation d'un ouvrage fondé en titre peut notamment résulter de la fin de son alimentation en eau (voir par ex. CAA Nancy, 6 octobre 2016, *SCIMMC*, n° 15NC01904).

Lorsque l'un de deux critères est rempli, le détenteur du droit allégué ne peut plus l'opposer à l'administration pour échapper à la procédure d'autorisation ou de concession définie par la loi de 1919 et aujourd'hui par le code de l'environnement.

Il ne peut, toutefois, perdre son droit en raison de la simple absence d'utilisation de l'ouvrage auquel il est attaché, la Cour de cassation jugeant classiquement que « *la renonciation à un droit ne se déduit pas de la seule inaction de son titulaire et ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer* » (Civ. 3^e, 1^{er} avril 1992, n° 90-14.066 ; voir égal. CE, 2 décembre 2004, *Communauté de communes de Vère-Grésigne*, n° 237597).

Il ne peut davantage le perdre en cas de délabrement seulement partiel de l'ouvrage (voir not. Civ. 3^e, 10 juin 1981, *Bernege c/ DSF du Lot-et-Garonne*).

Il faut que la force motrice de l'eau ne subsiste plus « *pour l'essentiel* ».

À cet égard, tout droit fondé en titre se perd donc en cas de transformation profonde des ouvrages impliquant une modification de la consistance même de ce droit.

Dans un arrêt *Terrien* du 22 décembre 1950, relativement topique, le Conseil d'Etat a en ce sens jugé que :

« (...) le sieur Terrien était propriétaire (...) de deux moulins dits, l'un, de Keroman et l'autre, moulin de Pont-er-Scott, dont la force motrice était fournie pour la presque totalité par le ruisseau du Couedic et qui devaient être regardés comme fondés en titre (...) ; qu'en 1931, le sieur Terrien a établi une conduite forcée pour amener l'eau directement du bief du moulin de Keroman, au moulin de Pont-er-Scott, le premier moulin étant devenu inutilisable en tant que tel et ayant été transformé en maison d'habitation ;

« (...) les transformations profondes apportées par le Sieur Terrien en 1931 aux deux moulins (...) n'ont pas fait l'objet de l'autorisation exigée par l'article 11 de la loi du 8 avril 1898 ; (...) que le préfet aurait pu légalement mettre le requérant en demeure de supprimer l'ouvrage ainsi irrégulièrement établi ;

que, dès lors, sans qu'il y ait lieu de rechercher si la force motrice utilisée par le moulin de Pont-er-Scott depuis sa transformation en 1931 était ou non supérieure au total de la force hydraulique utilisée antérieurement par l'ensemble des deux moulins, le requérant n'est pas fondé à réclamer (...) une indemnité en réparation du préjudice qu'il aurait subi du fait des travaux litigieux ».

Étant rappelé que l'article 11 de la loi du 8 avril 1898 prévoyait qu'« *aucun barrage, aucun ouvrage destiné à l'établissement d'une prise d'eau, d'un moulin ou d'une usine ne peut être entrepris dans un cours d'eau non navigable et non flottable sans l'autorisation de l'administration* », ce qui ne valait évidemment pas pour les prises d'eau fondées en titre (voir en ce sens CE, 15 juin 1987, *Blanc*, n° 49323, concl. O. Schrameck).

Cette solution a été confirmée depuis, notamment par un arrêt *Mayrac* de 1990 (CE, 25 mai 1990, n° 62978, concl. M. de la Verpillière) :

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'existence du moulin d'Auterrive, établi sur une section domaniale du gave d'Oloron, est attestée depuis mars 1585, soit antérieurement au rattachement du Béarn au royaume de France ; que son existence légale a été confirmée, en dernier lieu, par une note du ministre des travaux publics datée de 1904 ; que ce moulin était donc fondé en titre ;

*« Mais considérant, qu'il ressort également des pièces du dossier que les travaux autorisés par l'acte attaqué ne consistaient pas en une simple réparation, modernisation ou même reconstruction de l'ouvrage fondé en titre ; **qu'en remplaçant un barrage de pieux et fascines, mis en place de façon saisonnière en période de basses eaux, par un ouvrage permanent, en enrochement, de plusieurs mètres de largeur et en admettant même qu'ils n'en aient pas modifié la hauteur, lesdits travaux ont modifié la consistance de cet ouvrage** ; que de tels travaux ne pouvaient être légalement autorisés sans méconnaître les dispositions du décret n° 81-377 du 15 avril 1981 qui interdisent toute entreprise hydraulique nouvelle sur le gave d'Oloron depuis son confluent avec le gave de Pau jusqu'au confluent des gaves d'Aspe et d'Ossau à Oloron ; qu'ainsi la société centrale des vignes n'est pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Pau a annulé la décision du directeur départemental de l'équipement des Pyrénées-Atlantiques en autorisant l'exécution ; »* (voir égal. CE, 19 décembre 1994, *Ministre de l'environnement*, n° 105165 ; CE, 10 février 1997, *M. Julien*, n° 129748 et 129908 ; CE, 7 décembre 1998, *SARL Centrale Mazarin*, n° 122588 et 158739 ; CE, 18 janvier 1999, *M. Tampon*, n° 149174)

La cour administrative d'appel de Nancy a de même eu l'occasion de juger en 2005 que :

« (...) aux termes de l'article 29 de la loi du 16 octobre 1919 : « Les usines ayant une existence légale ... ne sont pas soumises aux dispositions des titres I et IV de la présente loi » ; que si cette disposition dispense les titulaires d'un droit fondé en titre d'avoir à demander une autorisation pour entreprendre des travaux destinés à améliorer le fonctionnement et les performances de leurs ouvrages, **elle ne saurait les dispenser d'obtenir une autorisation, dans les conditions prévues à l'article 2 de la même loi, dès lors que lesdits travaux ont pour objet d'augmenter la force motrice dont ils peuvent légalement disposer sur le fondement de leur droit fondé en titre** » (CAA Nancy, 17 octobre 2005, M. Lorette et Société Forces énergie électrique, n° 02NC00367)

Le Tribunal des conflits a consacré une solution similaire dans un arrêt du 9 juillet 2012 (n° C3847, aux Tables, concl. D. Boccon-Gibod) :

« (...) ainsi qu'il a été dit, l'ouvrage litigieux résultant de la transformation d'un moulin à eau antérieur à 1789 bénéficie d'un droit fondé en titre ; qu'en vertu de la loi du 16 octobre 1919 sur l'utilisation de l'énergie hydroélectrique, la SCI du BATIFORT, propriétaire de l'installation, **ne peut se prévaloir de ce titre et donc être dispensée d'obtenir une autorisation ou concession de l'Etat que si les caractéristiques topographiques et altimétriques de l'ouvrage ne sont pas modifiées par rapport à celles existant au 4 août 1789 ;** »

Il s'évince concomitamment de cette jurisprudence, en particulier de la décision Terrien de 1950, l'impossibilité de réunir ou cumuler les droits fondés en titre attachés à plusieurs ouvrages au sein d'un ouvrage entièrement nouveau.

Cela est parfaitement logique dans la mesure où chaque droit fondé en titre est attaché à un ouvrage particulier et se perd dès lors que cet ouvrage est désaffecté ou à l'état de ruine.

Il est en ce sens indiqué, dans le « Guide pratique relatif à la police des droits fondés en titre » établi par le ministère de l'écologie en septembre 2010 (pièce TA n° 10), que :

Thème: Regroupement d'ouvrages fondés en titre.

Question: 3 moulins fondés en titre se succèdent sur un même bief ou cours d'eau. Pour optimiser le site, le propriétaire veut les regrouper en une seule chute. Le droit fondé en titre perdure-t-il ?

Réponse: En général, un droit fondé en titre est attaché à un ouvrage en particulier, ayant des caractéristiques physiques bien précises (1 barrage de prise d'eau donné, 1 bief donné, 1 moulin donné, 1 canal de fuite donné, etc.). Si le Conseil d'Etat reconnaît que l'on peut améliorer les performances d'un ouvrage tant que la consistance légale n'en est pas modifiée, il a néanmoins précisé que lorsque les modifications sont trop substantielles, même dans l'hypothèse où l'on resterait dans les limites de la consistance légale, et notamment lorsqu'il s'agit de regrouper deux moulins en un seul, le caractère fondé en titre ne pouvait être maintenu, une autorisation devait être demandée (CE, 22 décembre 1950, Terrien). En outre, la plupart du temps les travaux de regroupement de plusieurs installations en une seule conduisent à une augmentation de la puissance qui nécessite une autorisation. Il est donc plutôt a priori difficile de maintenir un caractère fondé en titre au droit d'usage de la force hydraulique ainsi modifié. A priori, les droits fondés en titre ne se cumulent pas en un seul.

Au total, le propriétaire d'une usine hydroélectrique ne saurait donc se prévaloir de droits fondés en titre du fait de l'acquisition d'anciens moulins et autres ouvrages annexes permettant l'usage de la force motrice de l'eau, lorsque ces moulins sont à l'état de ruine ou ont été désaffectés.

Il appartient alors au juge de s'assurer non seulement de l'état des ouvrages mais également de leur affectation, du moins lorsqu'il y est invité.

Le propriétaire d'une usine ne peut davantage cumuler, au titre de cette usine, les droits fondés en titre attachés à plusieurs ouvrages préexistants, a fortiori lorsque ceux-ci ont été détruits ou désaffectés.

III.2 – Toujours en droit, il résulte d'une jurisprudence bien établie que le Conseil d'État, statuant comme juge de cassation, s'assure que les juridictions du fond ont restitué aux écritures produites devant elles leur exacte portée.

La doctrine autorisée souligne à cet égard que « **les juges du fond doivent interpréter correctement les conclusions qui leur sont présentées. Le Conseil d'État exerce sur ce point un contrôle attentif, pour lequel il a souvent utilisé par le passé le vocable quelque peu impropre de "dénaturation".** En réalité, le contrôle exercé sur ce point par le juge de cassation est un véritable contrôle d'interprétation, ne laissant pas grande marge d'appréciation aux juges du fond : **si ces derniers interprètent inexactement les conclusions dont ils sont saisis, le juge de cassation censurera leur décision pour "interprétation inexacte" (...).**

La formule qui est désormais la plus souvent retenue dans un tel cas par le Conseil d'Etat est celle de la "méprise", le Conseil d'Etat disant que les juges du fond "se sont mépris sur la portée (ou sur l'interprétation, ou sur leur teneur) des conclusions dont ils étaient saisis" » (J. Massot et autres, *Le Conseil d'Etat, juge de cassation*, 6^e éd., Berger-Levrault, n° 134, p. 111).

La Haute juridiction retient ainsi que :

« (...) la société anonyme "Boileau Holding", qui avait, au cours des années 1976 et 1977, le statut de société civile immobilière, a soutenu devant la cour administrative d'appel qu'elle aurait dû, en raison de la nature commerciale de son activité, être assujettie à l'impôt sur les sociétés au titre de ces années et demande, en conséquence, que les déficits constatés au cours desdites années soient reportés sur les années 1978 et 1979 ; qu'en déclarant que la société, qui n'avait fait l'objet d'aucune imposition au titre de 1976 et de 1977, n'était pas recevable à contester les impositions mises à la charge de ses associés, en application de l'article 8 du code général des impôts, au prorata de leurs droits dans la société, **la cour administrative d'appel s'est méprise sur la portée des conclusions dont elle était saisie et n'a pas répondu au moyen invoqué devant elle** ; que, dès lors, son arrêt doit être annulé » (CE, 6 novembre 1995, SA Boileau Holding, n° 126663, concl. Ph. Martin)

Et que :

« 1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, pour demander au tribunal administratif la réduction des cotisations de taxe d'aménagement mises à charge, la SCI Agora, d'une part, soutenait que les parkings couverts, dont la construction était prévue sur le site de l'hôtel, faisaient l'objet d'une exploitation commerciale et ouvraient droit, en conséquence, à une exonération de 50 % sur le fondement des dispositions de l'article L. 331-12 du code de l'urbanisme et, d'autre part, faisait expressément référence aux dispositions de l'article L. 331-13 de ce code pour justifier sa demande tendant à ce que soit appliquée aux surfaces correspondant à la piscine et à ses dépendances, pour le calcul de la taxe, une valeur locative forfaitaire de 200 euros par mètre carré. **Ainsi, en jugeant, pour rejeter la demande de la société par ordonnance sur le fondement de l'article R. 222-1 du code de justice administrative, que celle-ci se bornait à soutenir que la piscine et ses dépendances auraient dû être appréhendées pour une valeur locative forfaitaire de 200 euros par mètre carré sans présenter une argumentation juridique construite et compréhensible et sans assortir sa demande de moyens assortis des précisions suffisantes pour permettre d'en apprécier le bien-fondé, le tribunal administratif s'est mépris sur la portée des écritures de la société requérante et a insuffisamment motivé son ordonnance.**

Il en résulte que, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, la SCI Agora est fondée à en demander l'annulation. » (CE, 10 mars 2017, SCI Agora, n° 393586, concl. B. Bohnert)

Ou encore que :

*« 2. **La cour s'est méprise sur la portée des écritures de la société Coslab** en estimant que celle-ci faisait valoir que l'avis de mise en recouvrement du 7 décembre 2011 avait été signé par un agent qui n'était pas territorialement compétent alors qu'il ressort des termes mêmes de la requête d'appel enregistrée le 20 mai 2016 au greffe de cette cour et du mémoire en réplique enregistré le 7 octobre 2016 que la société requérante contestait la régularité de cet avis de mise en recouvrement en tant qu'il était intervenu à la suite d'une proposition de rectification du 31 mai 2011 signée, selon elle, par un agent territorialement incompétent faute que l'arrêté du 21 juin 2010 par lequel cet agent avait été affecté à la direction du contrôle fiscal Nord à compter du 1^{er} septembre 2010 ait été régulièrement publié à la date de signature de la proposition de rectification. Il s'ensuit, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, que la société Coslab est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque » (CE, 18 juillet 2018, Société Coslab, n° 412733, concl. B. Bohnert)*

Tel est en particulier le cas lorsque le juge du fond considère que le requérant s'est borné à faire état d'un élément alors que plusieurs autres éléments avaient été invoqués au soutien de ses prétentions, ou encore lorsque le juge retient que le requérant n'a apporté aucun élément à l'appui d'un moyen alors que tel était bien le cas (voir par ex. CE, 19 janvier 2018, ANAH, n° 403470, aux Tables ; CE, 10 mars 2017, SCI Agora, n° 393586).

III.3 – En l'espèce, l'exposante a longuement démontré en quoi la SHVSS ne pouvait se prévaloir d'aucun droit fondé en titre à la date de l'arrêté du 10 décembre 2012 et de la décision de rejet de la mise en demeure (cf. requête en appel, pp. 5-6 et 22-36), au-delà même de la question de la fin de la concession approuvée par le ministre de l'industrie en 1980 qui sera abordée plus loin (cf. *infra*).

Trois raisons ont pour l'essentiel été invoquées par l'exposante en ce sens :

- **la ruine et destruction des moulins auxquels étaient anciennement attachés les droits fondés en titre allégués ;**
- **la destruction des ouvrages permettant l'alimentation de ces moulins en eau (barrages et canal de dérivation) ;**

- l'impossibilité de cumuler, au sein de la nouvelle usine – qualifiée d'« *entièrement nouvelle* » par la décision du Conseil d'État du 11 janvier 1946 -, les droits attachés séparément aux anciens moulins, dont au moins une partie était en ruine à la date d'acquisition des moulins en 1930.

Elle s'est fondée, à cet égard, non seulement sur le rapport Varlet du 21 septembre 1940, établi par l'ingénieur Brugidou, évoqué par l'arrêt lui-même (pièce TA n° 11), mais également sur l'arrêt de Section du 11 janvier 1946 (pièce TA n° 15), un rapport du CGEDD de décembre 2015 (pièce CAA n° 29), un plan de dérivation de 1836 (pièce TA n° 12) ainsi qu'un mémoire de M. Varlet du 21 novembre 1977 (pièce TA n° 14) établissant l'état de ruine et la démolition des anciens ouvrages essentiels à l'usage de la force motrice de l'eau (moulins et installations annexes).

Le rapport Varlet souligne en effet que « ***les eaux du Créneau étaient précédemment utilisées pour le fonctionnement de nombreux moulins ou usines dont quelques-uns ont été détruits, mais dont il reste en général quelques vestiges*** » (p. 5 ; cf. requête en appel, p. 26).

Il analyse ensuite rapidement l'état de plusieurs bâtiments et retient à cet égard la disparition complète du moulin des Hortes-Bas sur l'emplacement duquel a été construit le poste de transformation de l'« *usine nouvelle* ».

Il note également une « ***succession de moulins ou d'usines (...) en ruines*** » (pp. 6-7).

À la même époque, le Conseil d'État a constaté, de façon déterminante, dans son arrêt de Section du 11 janvier 1946, la réalisation d'une « ***usine entièrement nouvelle*** » en « ***aval des établissements disparus*** », à la suite de la démolition des barrages « *qui assuraient le fonctionnement* » des anciens moulins ainsi que de la dérivation « *qui les alimentait* » (cf. requête, p. 25).

L'association exposante a également souligné que la destruction de cette dérivation ressortait d'une simple comparaison entre un plan daté de 1836, versé aux débats, et les plans établis postérieurement à la création de l'usine nouvelle (cf. requête en appel, p. 28).

La disparition des anciens ouvrages dès les années 1930 a été confirmée quelques années plus tard par M. Varlet lui-même dans un mémoire daté du 21 novembre 1977 établi à l'occasion d'une enquête publique ouverte en octobre 1977 (cf. requête, p. 28) :

« A notre connaissance, en 1930, il existait deux usines fondées en titre : une scierie et un moulin. **Ces usines ont été éliminées par la nouvelle usine hydroélectrique** et leurs propriétaires ont traité les conditions de cette élimination [éviction], très certainement, avec la société hydroélectrique.

« Par conséquent, **ces usines fondées en titre n'existent plus depuis 47 ans** : il y a plus que prescription trentenaire, au moment où la demande de concession a été déposée le 28 août 1973. »

Un rapport établi par le Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD) en décembre 2015, à la demande de la ministre de l'environnement de l'époque, est venu étayer un tel constat en retenant, à la suite de vérifications opérées sur le terrain, que :

« L'exploitant a longtemps prétendu être dispensé de toute autorisation. La prise d'eau étant souterraine, il estimait être dans une situation juridique non prévue. Détenteur des droits d'eau de tous les moulins, de la falaise à la confluence avec le Faby, propriétaire des rives du Créneau, il estimait être libre de créer son installation puisqu'il restituait l'eau à l'aval de sa propriété. **Le Conseil d'Etat ne l'a suivi sur aucun de ses arguments**, assimilant le barrage à un captage de source, et constatant que des propriétés publiques, notamment des voiries, étaient traversées par les écoulements. La loi de 1919 était donc applicable. Il estime en 1946 que l'ouvrage doit être soumis à concession, considérant sans doute qu'une part de l'électricité était destinée à la distribution publique, et constatant une augmentation de puissance supérieure à 150 kW. **Il observe d'ailleurs que l'installation est entièrement nouvelle**, et mentionne les DFT sans contradiction puisque ceux-ci ne sont déterminés qu'au regard du seul droit de l'énergie.

« **Du point de vue de la police de l'eau, il est clair qu'il ne reste aucun droit fondé en titre puisque tous les ouvrages ont été détruits entre 1930 et 1932 pour faire passer la conduite forcée, et changer l'affectation des constructions.** L'ampleur des changements opérés avant cette date, telle que l'autorisation accordée à M. Carcenac, montre bien que cette notion n'est pas pertinente. » (pp. 31 et 32 ; cf. requête en appel, pp. 11-12 et p. 36)

L'exposante a du reste exposé, avec maints détails, la situation de chacun des ouvrages existant avant la création de la nouvelle usine, par exemple celle de l'usine Droc, celle du moulin Saleilles Haut, celle du moulin Saleilles Bas, celle du moulin d'Alganc ou encore celle du moulin de la Crouzie (cf. requête en appel, pp. 30-32).

Il ressortait, sans la moindre ambiguïté, de ces développements circonstanciés que la quasi-totalité de ces ouvrages avaient été entièrement détruits dès les années 1930 et qu'il n'en restait, au mieux, que quelques vestiges.

Les éléments invoqués en défense ne permettaient, de leur côté, aucune contestation sérieuse de ces multiples éléments, convergeant pour démontrer sans équivoque la disparition des droits fondés en titre.

La SHVSS s'est en effet bornée à invoquer, de manière au demeurant extrêmement sommaire et peu convaincante, le rapport Varlet de 1940 et l'arrêt du Conseil d'État du 18 février 1972 déjà évoqués.

Mais outre que M. Varlet a, comme il a été dit, précisé sa position par un mémoire daté du 21 novembre 1977 et fait valoir à cette occasion que les précédentes usines fondées en titre n'existaient plus depuis les années 1930 au moins, et que le rapport de 1940 faisait lui-même état de la destruction de la plupart des ouvrages et de la présence de quelques vestiges seulement, le Conseil d'État n'a de son côté absolument pas tranché la question de l'existence de droits fondés en titre en 1972.

Certes, cela semble être le cas aux termes d'une lecture superficielle de son arrêt, dans la mesure où la décision évoque une « *puissance fondée en titre* » et retient que la SHVSS est « *fondée à prétendre que la puissance fondée en titre soit déduite pour le calcul de la puissance maximum à régler au titre de l'article 2* » de la loi du 16 octobre 1919.

Mais cette question n'a en réalité pas été débattue – à tort - devant lui par les parties.

La question était uniquement de savoir si, *en théorie*, la puissance générée par l'usine sur la base de ses droits fondés en titre devait être déduite pour le calcul de la puissance totale de l'usine en fonction de laquelle le régime applicable devait être déterminé (concession ou simple autorisation).

La Haute juridiction a répondu par la positive, mais sans se prononcer, en amont, sur la réalité même et la consistance des droits fondés en titre revendiqués par la société, tout simplement parce que cette question préalable ne lui a pas été posée et qu'il n'avait pas à s'en saisir d'office.

Autrement dit, l'arrêt du Conseil d'Etat de 1972 dit seulement que, à supposer qu'il existât des droits fondés en titre, leur puissance pouvait être déduite pour le calcul de la puissance maximum à régler. Il ne juge pas, en revanche, qu'il existe effectivement de tels droits fondés en titre.

Le Conseil d'État avait au demeurant jugé dans l'arrêt rendu le 11 janvier 1946, que les barrages et la dérivation assurant le fonctionnement des anciens moulins avaient été démolis dès les années 1930, pour laisser place à une seule usine « *entièrement nouvelle* » en aval « *des établissements disparus* », ce qui impliquait pour le coup la disparition des droits fondés en titre attachés à ces ouvrages.

Cela corrobore donc le fait que, sauf à faire entrer en contradiction ses deux décisions, il n'a pas entendu juger en 1972 de l'existence effective des droits fondés en titre mais uniquement de la question de la déduction de la puissance maximum, dans l'hypothèse de l'existence de droits fondés en titre.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt de 1972 est dépourvu de toute autorité de chose jugée en l'absence d'identité d'objet, de cause et de parties.

Malgré cela, la cour administrative d'appel de Bordeaux a cru devoir juger que :

*« 12. Il résulte de l'instruction que la société hydro-électrique de la vallée de Salles-La-Source bénéficie, en dépit de la suppression de certains anciens moulins existants auxquels ils étaient initialement attachés et de la création de l'usine hydro-électrique, de droits d'eau fondés en titre résultant du rachat de moulins à l'aval sur le ruisseau du Créneau, cours d'eau non domanial, d'une puissance évaluée à 530 kw, ainsi d'ailleurs que le mentionnent la décision du Conseil d'Etat du 18 février 1972 n° 75965 et le cahier des charges annexé au décret du 17 mars 1980 relatif à l'aménagement et à l'exploitation de la chute de Salles-la-Source sur le ruisseau le Créneau, dans le département de l'Aveyron. Par suite en l'absence d'éléments suffisamment probants apportés par les requérants **qui se bornent à faire état du rapport Vallet établi par l'ingénieur Brugidou dont il ne ressort pas que tous les anciens moulins du site se trouvaient en état de ruine**, permettant de remettre en cause l'existence des droits fondés en titre dont bénéficie la SHVSS et notamment d'établir l'état de ruine des ouvrages qui aurait conduit à la perte de ces droits, **le moyen tiré de l'inexistence de droits d'eau fondés en titre doit être écarté.** »*

Force est tout d'abord de constater que la cour s'est ainsi méprise sur la portée des écritures de l'exposante en estimant que celle-ci s'était bornée à se prévaloir du rapport Varlet de 1940 pour contester l'existence même des droits fondés en titre allégués par la SHVSS.

Il résulte en effet de ce qui précède que l'exposante s'est en réalité appuyée sur une multiplicité de documents, au-delà du seul rapport Varlet, qui établissait au demeurant lui-même la disparition de la plupart des anciens ouvrages fondés en titre.

Il ressort ensuite des divers éléments produits que les ouvrages s'attachaient initialement les droits fondés en titre revendiqués par la SHVSS, à savoir les moulins, la dérivation et les barrages originaux ont tous été détruits ou désaffectés, et ce dès les années 1930, période durant laquelle la nouvelle usine a été construite.

C'est donc, de ce point de vue, au prix d'une erreur de qualification juridique des faits, à tout le moins d'une dénaturation, que les juges d'appel ont écarté l'état de ruine des moulins et par voie de conséquence admis l'existence de droits fondés en titre à la date des décisions préfectorales attaquées.

Cette erreur est doublée d'une insuffisance de motivation dans la mesure où la cour a totalement omis de se prononcer, comme elle y était pourtant invitée, sur le moyen tiré de la destruction du canal de dérivation – ou d'amenée – et des anciens barrages – dont barrage-déversoir – alimentant en eau les anciens moulins, c'est-à-dire sur le moyen tiré de la désaffectation des usines et moulins préexistants (cf. requête en appel, pp. 29-30 et 45).

Elle est également doublée d'une erreur de droit dès lors que la cour a admis que l'usine exploitée par la SHVSS, qualifiée encore une fois d'usine « *entièrement nouvelle* » en 1946, pouvait se prévaloir des droits fondés en titre attachés à d'anciens ouvrages détruits ou désaffectés, alors qu'un tel cumul est rigoureusement impossible, chaque droit fondé en titre étant attaché à un ouvrage particulier.

L'arrêt encourt de ces premiers chefs l'annulation.

IV. – DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION (extinction des droits fondés en titre)

C'est en deuxième lieu au prix d'une erreur de droit et d'une erreur de qualification juridique des faits, à tout le moins d'une dénaturation de l'arrêté du 10 décembre 2012, que la cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé que « *les requérants ne peuvent utilement se prévaloir de l'illégalité par voie d'exception de la convention du 4 août 2006 dès lors que ni l'arrêté du 10 décembre 2012 ni a fortiori la décision implicite de refus de faire cesser l'activité de l'usine n'ont été pris sur le fondement et pour l'application de cette convention* » (cons. 16), alors même que l'arrêté querellé a été pris au visa de cette convention et que son article 2 autorisait la poursuite de l'exploitation dans le stricte respect « *des termes de la convention entre la DREAL et la société hydroélectrique de la Vallée de Salles-la-Source – Etablissement Amédée Vidal du 04 août 2006* ».

C'est par ailleurs au prix d'une erreur de droit et d'une dénaturation que les juges d'appel ont considéré que « *contrairement à ce que soutiennent les requérants, il résulte des termes de la convention du 4 août 2006, que la société hydro-électrique de la vallée de Salles-La-Source et l'Etat ont conjointement renoncé à l'application de l'article 42 bis précité* », pour en déduire que « *dans ces conditions, alors que l'Etat n'a pas procédé au rachat des droits fondés en titre détenus par la société au terme de la concession, contrairement à ce que soutiennent les requérants, lesdits droits fondés en titre n'ont pas disparu et n'ont pas davantage été transférés à l'Etat en contrepartie d'une créance qui serait détenue par la SHVSS* » (cons. 14), alors même que cette convention ne pouvait s'interpréter comme valant renonciation à l'application de l'article 42 bis de du cahier des charges de 1980 et comme permettant la poursuite de l'exploitation de l'usine sur le fondement des seuls droits réputés fondés en titre détenus par la SHVSS, dès lors que la convention de 1980 avait pris fin le 31 décembre 2005 et que l'État était de plein droit subrogé à cette date dans les droits et obligations de la SHVSS et s'était ainsi vu transférer, automatiquement, les droits fondés en titre revendiqués par le concessionnaire.

IV.1 – Aux termes d'une jurisprudence constante, l'illégalité d'un acte administratif peut être invoquée par voie d'exception à l'occasion d'un recours formé contre un autre acte administratif, si ce dernier constitue une mesure d'application ou trouve son fondement dans le premier.

C'est ainsi que peut être invoquée à l'encontre d'un arrêté de reconduite l'illégalité d'un refus de titre de séjour (CE, Sect., 20 juin 1997, *Kessai*, n° 168019, Rec. p. 251), que l'illégalité d'un retrait de points peut être soulevée à l'appui d'un recours formé contre une décision de retrait de permis de conduire (CE, avis, 28 juillet 2000, *Boullay*, n° 220301, Rec. p. 345) ou encore que l'illégalité d'une autorisation de radiodiffusion accordée par le CSA peut être invoquée à l'appui de la demande d'annulation d'un refus d'autorisation lorsque ce refus est directement justifié par l'autorisation critiquée (CE, 15 juin 2012, *Société SA Vortex*, n° 343530, aux Tables).

IV.2 – Toujours en droit, les concessions conclues sur le fondement de la loi du 16 octobre 1919 ne pouvaient être accordées par l'État, et plus spécifiquement par le ministre chargé de l'électricité, que pour une durée maximale de 75 ans, en vertu de l'article 10 de cette loi - dans sa version à la date de signature de la convention de concession accordée à la SHVSS.

Cette loi prévoyait, dans cette perspective, des règles relatives à la fin des concessions et notamment le retour à l'État des « *bâtiments, ouvrages, machines et engins de toute nature constituant les dépendances immobilières de la concession (...) **quittes de tous privilèges, hypothèques et autres droits réels*** » (11° de l'article 10), ce qui vise en particulier les droits fondés en titre, qualifiés, comme il a été dit, de droits réels immobiliers.

Le cahier des charges de la concession octroyée à la SHVSS (pièce TA n° 3) comportait lui-même plusieurs stipulations intéressant la fin de la concession.

L'article 31 disposait tout d'abord que « **la présente concession prendra fin le 31 décembre 2005** ».

L'article 32 prévoyait néanmoins la faculté, pour la SHVSS, de solliciter le renouvellement de la convention « *avant le commencement de la onzième année précédant la fin de la concession* », soit le 31 décembre 1998 au plus tard, à charge ensuite pour le ministre chargé de l'électricité de lui notifier sa décision de refus ou d'acceptation dans un délai d'un an.

En l'absence de demande de renouvellement « *avant le commencement de la sixième année précédant la fin de la concession* », cette dernière n'était pas renouvelée et prenait fin à la date initialement fixée.

L'article 37 du cahier des charges indiquait ensuite, à propos de la « *reprise des installations en fin de concession* », qu'« *à l'époque fixée pour l'expiration de la concession, **l'Etat sera subrogé aux droits du concessionnaire** » et « **prendra possession de toutes les dépendances immobilières de la concession, énumérées à l'article 2 ci-dessus, qui lui seront remises à raison de 40,7 p. 100 à titre onéreux [pour la partie réputée fondée en titre] et de 59,8 p. 100 à titre gratuit, le tout dans les conditions prévues à l'article 42 bis ci-après** ».*

La subrogation était ainsi de plein droit et ne nécessitait l'adoption d'aucun acte particulier.

L'article 42 bis auquel il est renvoyé, relatif à la « *partie fondée en titre* », stipulait enfin, sans équivoque, que :

« **A l'expiration de la concession (...) l'Etat prendra possession de la partie de l'aménagement fondée en titre** : puissance brute de 530 kW et fraction de 40,7 p. 100 des dépendances immobilières définies à l'article 2, mais devra, au choix du concessionnaire, soit fournir à ce dernier l'énergie normale disponible correspondant à la puissance brut de 530 kW (...), soit la racheter à dire d'expert dans les mêmes conditions que celles prévues au quatrième alinéa de l'article 37 précédent. »

Le cahier des charges prévoyait ainsi, conformément à la loi du 16 octobre 1919, le transfert de plein droit de l'ensemble des biens de la concession à l'État, y compris des droits fondés en titre revendiqués par la SHVSS, à la fin de la concession, à charge ensuite pour l'État, soit de fournir à l'ancien concessionnaire de l'électricité au coût de revient dans la limite de la puissance brute attachée auxdits droits fondés en titre, soit de racheter cette puissance, au choix de l'ancien concessionnaire.

Cette prise de possession était d'effet immédiat et n'était nullement subordonnée à l'adoption d'un acte particulier ni à la fourniture ou le rachat préalable d'une puissance égale à celle attachée aux droits fondés en titre, conformément d'ailleurs aux règles du droit commun des concessions.

Le rapport du CGEDD de décembre 2015 rappelle à cet égard qu'« *en sortie de concession, l'Etat rentre en possession des installations fixes* » et qu'il « **n'a pas d'autre choix que de recevoir les ouvrages**. S'il souhaite les vendre à terme, il doit, après le transfert de propriété à son profit, faire une déclaration d'inutilité et incorporer les biens à son domaine privé » (p. 34).

IV.3 – Au cas d'espèce, la cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé que :

« 14. D'une part, contrairement à ce que soutiennent les requérants, il résulte des termes de la convention du 4 août 2006, que la société hydro-électrique de la vallée de Salles-La-Source et l'Etat ont conjointement renoncé à l'application de l'article 42 bis précité, la société s'étant d'ailleurs engagée à déposer avant le 18 septembre 2006 une demande d'autorisation de poursuivre l'exploitation de son usine hydro-électrique pour la partie des droits non fondée en titre (correspondant à 770 kw) de la concession. Dans ces conditions, alors que l'Etat n'a pas procédé au rachat des droits fondés en titre détenus par la société au terme de la concession, contrairement à ce que soutiennent les requérants, lesdits droits fondés en titre n'ont pas disparu et n'ont pas davantage été transférés à l'Etat en contrepartie d'une créance qui serait détenue par la SHVSS. (...)

« 16. Enfin, les requérants ne peuvent utilement se prévaloir de l'illégalité par voie d'exception de la convention du 4 août 2006 dès lors que ni l'arrêté du 10 décembre 2012 ni a fortiori la décision implicite de refus de faire cesser l'activité de l'usine n'ont été pris sur le fondement et pour l'application de cette convention. »

C'est tout d'abord incontestablement à tort que les juges d'appel ont considéré que l'arrêté du 10 décembre 2012 n'avait pas été pris sur le fondement de la convention conclue le 4 août 2006 et rejeté, pour ce motif, l'exception d'illégalité soulevée devant eux par l'exposante.

Il suffit pour s'en convaincre de se reporter aux termes mêmes dudit arrêté (pièce TA n° 1 bis).

Outre le fait qu'il vise « **la convention entre la DREAL et la société hydroélectrique de la Vallée de Salles-la-Source – Etablissement Amédée Vidal du 04 août 2006** » en sus, par exemple, de la loi du 16 octobre 1919, son article 2 dispose expressément que la « *poursuite de l'exploitation* » doit se faire, dans l'attente de la délivrance d'une nouvelle autorisation d'exploitation, « **dans le strict respect (...) des termes de la convention entre la DREAL et la société hydroélectrique de la Vallée de Salles-la-Source – Etablissement Amédée Vidal du 04 août 2006. La production est donc limitée à la seule puissance fondée en titre** ».

Il ne fait à cet égard aucun doute que l'arrêté prenait appui et, partant, trouvait son fondement dans la convention du 4 août 2006.

L'exception d'illégalité invoquée par l'exposante était sous ce rapport parfaitement recevable.

En jugeant le contraire, la cour a entaché sa décision d'une erreur de qualification juridique des faits et d'une erreur de droit ; elle a à tout le moins dénaturé l'arrêté du 10 décembre 2012 attaqué.

Au-delà de ces considérations, la cour ne pouvait interpréter la convention conclue le 4 août 2006 entre le préfet de l'Aveyron et la SHVSS comme valant renonciation des parties aux stipulations de l'article 42 bis du cahier des charges adopté en 1980 et comme permettant la poursuite de l'exploitation de l'usine sur le fondement des seuls droits fondés en titre.

Il est en effet constant que **la concession a pris fin le 31 décembre 2005**, faute de renouvellement, conformément à l'article 31 du cahier des charges.

Cela ressort en particulier du rapport du CGEDD de décembre 2015, très circonstancié sur ce point (pp. 33-34).

La fin de cette concession est par ailleurs étayée par l'adoption de deux arrêtés préfectoraux les 16 décembre 2005 et 9 février 2006 mettant en demeure la SHVSS de déposer un dossier de demande d'autorisation.

La convention du 4 août 2006 et l'arrêté du 10 décembre 2012 n'auraient du reste eu aucun sens si la concession avait été effectivement renouvelée au profit de la SHVSS.

L'État s'est dès lors vu transférer à compter de la cessation de la concession et de plein droit la propriété des biens de la concession, notamment les droits réputés fondés en titre précédemment détenus par la SHVSS.

Il lui appartenait seulement, à partir de cette prise de possession, de se rapprocher de l'ancien concessionnaire pour définir les modalités d'indemnisation des droits fondés en titre (rachat ou fourniture).

Le transfert de propriété a cependant bel et bien eu lieu dès le 31 décembre 2005, faute d'être conditionné, en tant que tel, par le rachat ou la fourniture préalable d'une puissance électrique équivalente à celle fondée en titre.

Le fait que l'État n'ait pas procédé à ce rachat ou à cette fourniture d'électricité, retenu par la cour, était sous ce rapport radicalement inopérant.

Pour le dire autrement, l'article 42 bis avait pour l'essentiel épuisé ses effets à la date de la nouvelle convention du 4 août 2006 : la SHVSS avait perdu ses droits prétendument fondés en titre, ceux-ci ayant été automatiquement incorporés au patrimoine de l'État le 31 décembre 2005.

La renonciation, par le concessionnaire, au bénéfice de l'article 42 bis du cahier des charges ne pouvait, dans ces conditions, que s'analyser comme la renonciation au rachat ou à la fourniture par l'État d'une puissance équivalente à la puissance fondée en titre dont bénéficiait précédemment la SHVSS, c'est-à-dire comme un transfert gratuit des droits fondés en titre.

Aucune exploitation ne pouvait, corrélativement, être poursuivie par la société sur la base de droits fondés en titre dont elle n'était en réalité plus titulaire, contrairement à ce qu'a retenu la convention de 4 août 2006.

Une solution contraire heurtait au surplus le principe d'inaliénabilité du domaine public, les biens en question appartenant au domaine public du fait de leur affectation à un service public (voir sur la qualification des concessions hydroélectriques conclues sur le fondement de la loi de 1919 en concessions de service public CE, avis Sect. TP, 28 septembre 1995, n° 357262 et 357263 ; voir égal. TA Paris, 11 décembre 2001, *M. Richel et autres*, n° 9920436).

L'arrêt critiqué est de ce point de vue entaché d'une nouvelle erreur de droit et d'une dénaturation des faits et des pièces du dossier.

Il sera derechef censuré.

V. – TROISIÈME MOYEN DE CASSATION (consistance du droit fondé en titre allégué)

La cour a en dernier lieu inexactement interprété les conclusions de l'exposante en retenant qu'« il n'est pas contesté en l'espèce que la consistance du droit fondé en titre dont dispose la société est de 530 kW » (cons. 17), alors même que l'association avait précisément fait valoir que la SHVSS prétendait, sans la moindre justification, que ses installations disposaient d'une puissance fondée en titre de 530 kW et que cette société ne pouvait se prévaloir d'une quelconque addition des droits fondés attachés à moulins disparus ou désaffectés.

V.1 – Ainsi qu'il a été vu *supra*, il ressort d'une jurisprudence aussi ancienne que constante que le Conseil d'État, juge de cassation, contrôle l'interprétation faite par les juges du fond des écritures des parties.

Il censure en particulier les décisions retenant que tel ou tel élément n'était pas contesté ou allégué par une partie alors que tel avait bien été le cas (voir par ex. CE, 12 janvier 2018, *Polynésie française c/ M. Faure*, n° 411181, concl. N. Polge, cons. 3 ; CE, 27 décembre 2017, *Mme Beyala*, n° 409890, concl. L. Marion, cons. 4 ; CE, 15 février 2016, *SNC Cum Paritalie*, n° 381911, aux Tables, concl. B. Bohnert, cons. 4 ; CE, 25 février 2015, *Ministre du budget c/ Société établissements René Maingourd*, n° 367105, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon, cons. 3).

Le Conseil d'État par exemple récemment jugé que :

« 4. (...) il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, dans leurs écritures de première instance et d'appel, les époux Rebhun soutenaient qu'ils ne pouvaient être regardés comme les détenteurs des déchets entreposés sur leur parcelle au sens des dispositions précitées dès lors que leur producteur pouvait être identifié ; qu'ils faisaient notamment valoir que l'essentiel des déchets entreposés sur leur terrain provenait de l'activité illégale de l'entreprise Masséna, en relevant en particulier que celle-ci avait procédé en 2005, pour le compte de la commune de Six-Fours-les-Plages, à la démolition d'une passerelle dont des morceaux avaient été retrouvés sur leur parcelle ;

qu'en énonçant « qu'il est constant que les déchets litigieux déposés sur le terrain des époux Rebhun avant l'année 2009 (...) ne proviennent pas de producteurs ou autres détenteurs connus », alors que les requérants élevaient sur ce point une contestation expresse et précise, la cour s'est méprise sur la portée de leurs écritures ; » (CE, 13 octobre 2017, *M. et Mme Rebhun*, n° 397031, aux Tables, concl. L. Marion)

V.2 – Au cas présent, les juges bordelais ont retenu que :

*« 17. D'une part, le droit fondé en titre conserve en principe la consistance qui était la sienne à l'origine. A défaut de preuve contraire, cette consistance est présumée conforme à sa consistance actuelle. Celle-ci correspond, non à la force motrice utile que l'exploitant retire de son installation, compte tenu de l'efficacité plus ou moins grande de l'usine hydro-électrique, mais à la puissance maximale dont il peut en théorie disposer. Cette puissance maximale est calculée en faisant le produit de la hauteur de la chute par le débit maximum de la dérivation par l'intensité de la pesanteur. Le débit maximum à prendre en compte correspond à celui du canal d'aménée, apprécié au niveau du vannage d'entrée dans l'usine, en aval de ce canal. La hauteur de chute à retenir est celle de la hauteur constatée de l'ouvrage, y compris les rehausses mobiles, sans tenir compte des variations de débit pouvant affecter le niveau d'eau au point de restitution. **Il n'est pas contesté en l'espèce que la consistance du droit fondé en titre dont dispose la société est de 530 kw.** »*

Or il ressort tout au contraire des écritures d'appel de l'exposante que la consistance du droit fondé en titre revendiqué par la SHVSS a bien été contestée.

L'exposante a tout d'abord soutenu qu'il ne pouvait être procédé à l'addition des divers droits fondés en titre attachés aux anciens moulins disparus, en se prévalant sur ce point de la jurisprudence *Terrien* de 1950 (requête en appel, pp. 35-36).

Or la puissance de 530 kW prétendument fondée en titre invoquée par la SHVSS au titre de son usine résultait d'un tel cumul.

L'association « Ranimons la cascade » a également fait valoir, dans le cadre cette fois-ci de son mémoire en réplique, enregistré le 22 février 2018, soit avant la clôture de l'instruction, que :

« La SHVSS prétend, sans justification aucune, que ses installations disposent d'une puissance fondée en titre de 530 kW. Il lui appartenait, non seulement de donner la situation de chacun des moulins soi-disant bénéficiaires des droits d'eau, parce qu'ils existaient avant l'abolition des privilèges par la Révolution et qu'ils n'étaient pas détruits lors de l'enquête publique de 2010, mais également de préciser, pour chacun d'eux, la consistance légale de leurs droits (hauteur de chute égale à la différence de cote entre le prélèvement et la restitution de l'eau sur la rivière, débit dérivé, puissance). » (p. 7)

Il est, partant, manifestement erroné d'affirmer que la consistance même des droits fondés en titre n'aurait pas été contestée.

À tous égards donc, l'annulation s'impose.

VI. – SUR LE RÈGLEMENT AU FOND DU LITIGE

Après annulation de l'arrêt entrepris, il appartiendra au Conseil d'État de faire usage du pouvoir qu'il tient de l'article L. 821-2 du code de justice administrative et de régler au fond le présent litige.

Les motifs sur lesquels reposera cette annulation établiront le bien-fondé des conclusions d'appel de l'exposante.

La Haute juridiction annulera en conséquence le jugement du tribunal administratif de Toulouse du 25 mars 2016, ensemble l'arrêté préfectoral du 10 décembre 2012 et la décision implicite de rejet de la mise en demeure du 2 juillet 2013.

Pour le surplus, et à toutes fins utiles, l'exposante renvoie aux pièces et écritures produites devant les juridictions du fond, particulièrement complètes et circonstanciées.

VII. – SUR LES FRAIS DE PROCÉDURE

Au regard des circonstances de l'espèce, il serait inéquitable de laisser à la charge de l'exposante les frais qu'elle a dû engager pour assurer la défense des intérêts correspondant à son objet statutaire.

Elle demande en conséquence que le versement d'une somme de 6.000 euros soit mis à la charge de la SHVSS et de l'État sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, pour la procédure tant devant le Conseil d'État que devant le tribunal et la cour.

PAR CES MOTIFS, et sous réserve de tous autres à produire, déduire ou suppléer, au besoin d'office, l'association « Ranimons la cascade ! » conclut qu'il plaise au Conseil d'État :

- **ANNULER** l'arrêt attaqué,

Réglant l'affaire au fond,

- **FAIRE DROIT** à ses conclusions d'appel,

- **METTRE À LA CHARGE** de la société hydro-électrique de la Vallée de Salles-la-Source et de l'État le versement de la somme de 6.000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative,

Avec les conséquences de droit.

SCP F. ROCHETEAU & C. UZAN-SARANO
Avocat au Conseil d'État