



Cour I

Case postale
CH-9023 St-Gall
Téléphone +41 (0)58 465 25 02
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.tribunal-administratif.ch

Numéro de classement : A-3688/2022
pac/dej

Décision incidente du 27 février 2023

En la cause

Parties

A. _____ SA,
représentée par
Maître Luc Jansen, avocat,
100 Legal,
recourante (et intimée) 1,

B. _____ SA,
recourante (et intimée) 2

contre

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

Objet

Police des eaux et économie hydraulique ; demande
d'autorisation provisoire d'exploitation,

Faits :**A.**

A._____ SA (ci-après : A._____) a obtenu, le [...] 1917, une concession de la Confédération pour l'utilisation des forces hydrauliques de [...] (ci-après : la concession de 1917).

B.

A la suite de l'aménagement hydroélectrique d'U._____ par la société B._____ SA (ci-après : B._____) dans les années 1960, un avenant à la concession de 1917 a redessiné notamment l'étendue du droit d'utilisation concédé à A._____ dès lors que le bassin de L._____ avait cessé d'être utilisable du fait de l'aménagement hydroélectrique d'U._____. Cet avenant précisait également que les eaux concédées seraient utilisées dans les usines hydroélectriques de A._____ « R._____ I » et « R._____ II ».

C.

C.a La concession de 1917 arrivant à échéance le [...] 2017, A._____ [a] déposé, le [...] 2002, une demande de renouvellement de la concession auprès du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (ci-après : le DETEC).

C.b Considérant que la procédure de renouvellement de la concession ne serait pas terminée à dite échéance, A._____ a sollicité, le [...] 2016, l'autorisation provisoire d'exploiter les usines hydroélectriques de « R._____ I » et « R._____ II » avec les eaux visées par le renouvellement de la concession.

C.c Par décision du 12 juillet 2017, le DETEC a autorisé la poursuite de l'exploitation des usines hydroélectriques de « R._____ I » et « R._____ II », dans le cadre de mesures provisoires, du [...] 2017 jusqu'au [...] 2022, assortissant son autorisation de plusieurs charges.

D.

D.a Par lettre du 27 juillet 2018, B._____ a demandé à l'Office fédéral de l'environnement (ci-après : l'OFEN) de statuer en constatation de ses droits d'eau actuels. Elle estimait, en substance, qu'à l'échéance de la concession de 1917, elle avait récupéré le droit exclusif de capter les eaux concernées, de sorte que la Confédération ne pouvait plus les octroyer à nouveau à A._____ par le renouvellement de sa concession.

D.b Par décision du 17 juin 2020, le DETEC, auquel est subordonné l'OFEN, a constaté que les droits d'eau, réservés à A._____ par la concession de 1917 et par son avenant, n'avaient pas changé d'ayant droit à son échéance. La Confédération pouvait donc les attribuer à nouveau à A._____.

D.c Statuant sur recours, le Tribunal administratif fédéral a confirmé cette décision par arrêt A-[...]/2020 du [...] 2021. L'arrêt a été attaqué et la cause est, à ce jour, encore pendante devant le Tribunal fédéral (2C_[...]/2021).

E.

E.a Par demande du 5 avril 2022, A._____ a sollicité la prolongation de l'autorisation provisoire d'exploiter les usines hydroélectriques de « R._____ I » et « R._____ II », octroyée dans le cadre de mesures provisoires le 17 juin 2020.

E.b Le 26 juillet 2022, le DETEC a autorisé A._____ à continuer l'exploitation des usines hydroélectriques de « R._____ I » et « R._____ II », toujours dans le cadre des mesures provisoires, du [...] 2022 au [...] 2027. Il a assorti cette autorisation de charges et retiré l'effet suspensif à un éventuel recours.

F.

F.a Le 25 août 2022, A._____ (ci-après également : la recourante 1) a formé recours, contre cette décision, devant le Tribunal administratif fédéral [...].

F.b Par mémoire du 26 août 2022, B._____ (ci-après également : la recourante 2) a aussi formé recours contre cette décision [...].

A titre incident, elle conclut à la suspension de la cause jusqu'à droit connu dans la procédure 2C_[...]/2021 (cf. supra consid. D.c) et à ce que la recourante 1 soit contrainte de constituer des sûretés aussi longtemps que durent les mesures provisoires.

F.c Par courrier du 23 janvier 2023, la recourante 1 a sollicité la suspension de la procédure, sans limite de temps, au motif qu'elle négocierait avec [...], de sorte que l'issue des négociations pourrait conduire au retrait de son recours.

F.d Le 24 janvier 2023, le Tribunal administratif fédéral a ordonné la jonction des deux causes et invité les parties à se déterminer sur la suspension de la procédure requise de part et d'autre.

G.

G.a Le 1^{er} février 2023, la recourante 2 s'est opposée à ce que la procédure soit suspendue sans limite de temps.

G.b Par courrier du 13 février 2023, la recourante 1 a indiqué ne pas s'opposer à la suspension sollicitée par la recourante 2 en tant qu'elle concernait l'autorisation provisoire d'exploiter et les questions de fiscalité. Elle s'est toutefois opposée à ce que les causes soient jointes.

G.c Le même jour, le DETEC (ci-après également : l'autorité inférieure) a indiqué n'avoir pas d'observations à formuler.

Les arguments avancés de part et d'autre seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit :

1.

La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), sauf disposition contraire de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) ou d'autres lois spéciales.

2.

L'objet de la présente décision porte sur l'opposition de la recourante 1 à la jonction des deux causes (cf. infra consid. 3), sur la requête de mesures provisionnelles de la recourante 2 tendant à la constitution de sûretés (cf. infra consid. 4), ainsi que sur la question de la suspension de la procédure (cf. infra consid. 5).

3.

La recourante 1 s'oppose d'abord à la jonction des deux causes ordonnées par le Tribunal le 24 janvier 2023. Elle estime qu'elle ne serait pas touchée par le recours de la recourante 2.

Même si elle ne le formule pas expressément, la recourante 1 demande, en substance, au Tribunal de reconsidérer sa décision relative à la jonction des causes et de les séparer à nouveau.

3.1. La décision de joindre des causes en droit administratif procède de l'exercice du pouvoir d'appréciation du juge, qui est large en la matière. Le fait qu'il eût été également concevable de renoncer à joindre les causes n'emporte, à lui seul, aucun abus ou excès du pouvoir d'appréciation (cf. arrêt du TF 2C_850/2014 du 10 juin 2016 consid. 11.3). La décision de jonction des causes peut être ordonnée à tout stade de la procédure (cf. arrêt du TF 2C_875/2018 du 17 avril 2019 consid. 2.1 et 2C_850/2014 précité consid. 11.1; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER/MARTIN KAISER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3^e éd. 2022, n° 3.17). Elle se justifie notamment lorsque les causes concernent le même complexe de faits ou soulèvent les mêmes questions juridiques (art. 24 al. 2 de la loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale [PCF, RS 273], applicable par renvoi de l'art. 4 PA). Selon la pratique de la Cour de céans, tel est généralement le cas lorsque plusieurs recours sont formés contre une seule et même décision ; la jonction des causes est, du reste, prononcée en principe à un stade peu avancé de l'instruction, avant que le Tribunal n'invite l'autorité inférieure et les autres parties à présenter leur réponse (cf. art. 57 al. 1 PA).

3.2. En l'occurrence, les deux recours portent sur une seule et même décision par laquelle le DETEC a notamment prolongé l'autorisation temporaire accordée à la recourante 1 d'exploiter les usines hydroélectriques de « R. _____ I » et « R. _____ II » jusqu'au 20 juillet 2027. Ceci étant, alors que la recourante 1 ne remet en cause que le bien-fondé de certaines charges imposées par le DETEC, le recours de la recourante 2 vise l'ensemble de la décision attaquée. La recourante 1 perd ainsi de vue qu'elle est directement touchée par la décision à rendre, la recourante 2 concluant par son recours à ce que l'autorité provisoire octroyée à la recourante 1 soit annulée.

L'objet du litige n'est ainsi pas seulement défini par l'objet du seul recours de la recourante 1, mais également par l'objet du recours formulé par la recourante 2. Il suit de là que les deux recours concernent tous deux la même décision et surtout le même complexe de faits, même si seuls certains points du dispositif de dite décision sont contestés par la recourante 1.

3.3. Partant, il était pleinement justifié, pour des motifs d'économie de procédure, de joindre les deux causes. La recourante 1 ne fait valoir aucun motif qui justifierait la reconsidération de cette décision et n'explique pas en quoi la jonction ordonnée procéderait d'un abus ou d'un excès du pouvoir d'appréciation. Sa requête tendant à ce que les deux causes soient séparées doit donc être rejetée.

4.

Il convient ensuite de s'intéresser à la question des sûretés abordée par la recourante 2 dans le cadre de son recours.

4.1. Elle conclut, à titre incident, à ce qu'il soit fait ordre à la recourante 1 de constituer des sûretés d'un montant de [...] francs par an, aussi longtemps que dureraient les mesures provisoires, c'est-à-dire, aussi longtemps que la recourante 1 serait au bénéfice d'une autorisation provisoire d'exploiter les usines hydroélectriques de « R. _____ I » et « R. _____ II ».

4.2. A titre liminaire, le Tribunal relève le caractère mixte de la requête telle qu'elle est formulée par la recourante 2.

4.2.1. Certes, la recourante 2 sollicite qu'il soit statué à titre incident dans le but de sauvegarder ses intérêts pour la durée de la procédure devant le Tribunal de céans. Cela étant, une telle requête relève de mesures provisionnelles au sens de l'art. 56 PA, qui ne peuvent tenir que tant que dure la procédure de recours, une éventuelle modification desdites mesures, d'office ou sur demande, demeurant réservée (cf. arrêt du TAF A-3270/2018 du 23 juin 2018 consid. 2.2 ; décision incidente du TAF A-2766/2016 du 13 juin 2016 consid. 3).

4.2.2. Telle que formulée, la conclusion de la recourante 2 tend toutefois aussi à ce que les mesures de sûretés soient maintenues après l'issue de la présente procédure, soit autant que durera l'autorisation provisoire d'exploiter les usines hydroélectriques de « R. _____ I » et « R. _____ II ». A ce titre, cette conclusion n'a donc pas uniquement un caractère incident, mais également réformatoire. Dans ces circonstances, la requête de la recourante 2 ne pourra pas être pleinement examinée dans la présente décision, rendue à juge unique, et destinée à régler uniquement certains points incidents.

4.2.3. Il appartiendra donc au Tribunal, dans sa composition ordinaire à trois ou cinq juges (cf. art. 21 LTAF), de déterminer, le cas échéant, dans

le cadre de l'arrêt final, si c'est à bon droit que l'autorité inférieure a autorisé la recourante 1 à exploiter provisoirement les usines hydroélectriques précitées sans toutefois que des sûretés ne soient constituées, et de les ordonner dans le cas contraire, dans le cadre de son pouvoir de réforme.

4.2.4. En revanche, il appartient au juge instructeur de déterminer si de telles sûretés doivent, déjà à titre de mesures provisionnelles, être ordonnées, dans le but de maintenir intact un état de fait existant ou de sauvegarder des intérêts menacés, tant que dure la procédure de recours (cf. art. 56 PA en lien avec l'art. 39 LTAF).

4.2.5. Il sied par conséquent de déterminer, en l'espèce, si des sûretés doivent, déjà à compter de ce jour, être ordonnées dans le but de sauvegarder les intérêts de la recourante 2 avant que la question de la suspension de la procédure ne soit ordonnée (cf. infra consid. 5).

4.3. Dans ce cadre, il faut bien relever que la PA ne prévoit pas expressément la voie des sûretés si les mesures ordonnées sont de nature à causer un préjudice à la partie adverse. Il en va de même de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110). Cela étant, on pourrait songer à s'appuyer sur l'art. 82 al. 2 PCF ou sur l'art. 264 al. 1 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC, RS 272) pour permettre au juge ou à l'autorité d'astreindre le requérant à fournir des sûretés si les mesures provisionnelles sont de nature à causer un préjudice à la partie adverse (cf. arrêt du TAF A-3930/2013 du 13 novembre 2013 consid. 5.4.1 ; sur le renvoi de l'art. 71 LTF à l'art. 82 PCF, cf. GRÉGORY BOVEY, Commentaire de la LTF, 3^e éd. 2022, art. 104 LTF n° 21 ; ég. CHRISTIAN DENYS, idem, art. 124 LTF n° 5). A ce stade de la procédure, cette question peut toutefois être laissée ouverte, car la requête incidente de la recourante 2 devrait être rejetée même si l'on partait du principe que la fixation de sûretés serait, sur le principe, admissible.

4.4. En effet, il ne peut certes pas être totalement exclu que la recourante 2 subisse un dommage une fois la question de l'étendue de ses droits d'eau définitivement tranchée. Toutefois, ce dommage n'est à ce stade pas suffisamment étayé. La recourante 2 se contente de l'expliquer de manière abstraite, sans préciser pourquoi il y aurait lieu de retenir le montant indiqué ou la quantité en GWh d'énergie hydroélectrique mentionnée. Le tableau qu'elle produit à l'appui de son recours (cf. [...]) ne donne guère plus d'indications et correspond, comme

son nom l'indique, à une simple estimation, ce qui n'est en soi pas suffisant.

De plus, même en cas d'admission par le Tribunal fédéral du recours dans la procédure 2C_[...]/2021, cela ne signifierait *a priori* pas encore que l'existence ou la quotité d'un éventuel dommage serait établie d'une façon qui lie le tribunal de céans. Enfin, quoi qu'en pense la recourante 2, le but de la constitution de sûretés ne serait d'ailleurs pas tant d'éviter une procédure civile, mais avant tout d'éviter que la recourante 1 ne soit pas en mesure de réparer un éventuel dommage, ce que la recourante 2 ne démontre ni n'allègue.

4.5. Dans ces conditions, le Tribunal ne voit aucune raison d'admettre la requête incidente de la recourante 2 avant que la suspension de la procédure ne soit ordonnée (cf. infra consid. 5) étant rappelé que le juge peut, à n'importe quel stade de la procédure, les ordonner (cf. supra consid. 4.2.1). Vu ce qui précède, il n'est donc pour l'heure pas nécessaire d'interpeller la recourante 1 sur ce point.

5.

Reste enfin, comme annoncé, à déterminer s'il convient de suspendre ou non la procédure.

5.1. A l'appui de son recours, la recourante 2 a sollicité que la procédure soit suspendue jusqu'à droit connu dans la procédure 2C_[...]/2021 actuellement pendante devant le Tribunal fédéral. Elle rappelle que l'exploitation des usines hydroélectriques de « R. _____ I » et « R. _____ II » nécessite l'utilisation de débits hydrauliques sur lesquels elle prétend avoir un droit d'eau. Cette question serait l'objet de la procédure devant le Tribunal fédéral et son dénouement déterminerait si la procédure de renouvellement de la concession initiée en 2002 par le DETEC serait ou non possible. Faute de renouvellement possible, les mesures provisoires visées par la présente décision ne seraient plus envisageables. Dans ces circonstances, afin d'éviter un risque de jugements contradictoires, il se justifierait que la présente procédure soit suspendue jusqu'à droit connu dans la procédure pendante devant le Tribunal fédéral.

La recourante 1 ne s'est pas opposée à cette requête, pour autant qu'elle ne concerne que l'autorisation provisoire d'exploiter et les charges contestées. Elle ne reconnaît en revanche pas l'issue de la procédure 2C_[...]/2021 comme pertinente pour ordonner cette suspension.

5.2. De son côté, la recourante 1 a requis, le 23 janvier 2023, la suspension, sans limite de temps, de la procédure en raison de négociations avec [...]. Ces discussions seraient destinées à régler [...]. Elle rappelle que ses aspects sont en rapport direct avec l'objet de son recours et que, dès signature d'une convention, elle pourra le retirer.

La recourante 2 s'est opposée, le 1^{er} février 2023, à une suspension de la procédure sans limite de temps au motif, en substance, que l'issue des négociations serait sans rapport avec son propre recours.

5.3. Même en l'absence d'une base légale expresse dans la PA, le Tribunal administratif fédéral peut suspendre, d'office ou sur requête, une procédure pour autant que cela soit compatible avec l'obligation de diligence de l'art. 29 al. 1 Cst (art. 6 al. 1 PCF et art. 126 al. 1 CPC applicables par renvoi de l'art. 4 PA ; ég. cf. arrêt du TAF A-3045/2020 du 29 mars 2021 consid. 6). Une suspension de la procédure peut notamment entrer en ligne de compte lorsque les circonstances du cas impliquent qu'une décision immédiate ne se justifie pas sous l'angle de l'économie de la procédure, en particulier si le sort d'un autre litige est susceptible d'influer sur le sort de la cause (cf. ATF 130 V 90 consid. 5, 138 II 386 consid. 7 ; arrêts du TAF A-1652/2021 du 22 juin 2022 consid. 6 et A-837/2019 du 10 juillet 2019 consid. 3.1 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAISER, op.cit., n° 3.14 s.). La suspension de la procédure comporte toutefois le risque de retarder inutilement celle-ci et ne doit donc être admise qu'avec une certaine retenue eu égard à l'exigence de célérité (cf. not. arrêt du TAF F-3038/2020 du 28 février 2022 consid. 6.3).

En outre, dans la mesure où le prononcé et le maintien de mesures provisionnelles est conditionné à une certaine urgence (cf. ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; décision incidente du TAF A-127/2023 du 16 février 2023 consid. 3.1), le degré de diligence qui doit prévaloir en la matière est particulièrement élevé. Le respect du principe de célérité l'emporte alors généralement sur le principe de l'économie de la procédure. Sans l'accord des parties à la procédure, seule des circonstances exceptionnelles seraient donc susceptibles de justifier la suspension d'une procédure de recours portant sur des mesures provisionnelles.

5.4. En l'occurrence, la décision attaquée a pour objet le prononcé de mesure d'exécution provisoire. Dans ces circonstances, le Tribunal doit donc faire preuve d'une certaine retenue lorsqu'il s'agit d'examiner l'opportunité de suspendre ou non la procédure. Il en va du respect du principe de célérité et de l'obligation de diligence qui commanderait de ne

pas faire durer une telle procédure. D'un autre côté, le Tribunal est conscient qu'une suspension pourrait conduire au retrait des recours ou, à tout le moins, à simplifier leur traitement, ce qui contribuerait au principe de l'économie de la procédure.

Quoiqu'il en soit, malgré les oppositions et réserves soulevées de part et d'autre, on peut relever l'existence d'un certain consensus entre les parties, à savoir qu'il serait déjà opportun de suspendre la procédure au moins jusqu'à droit connu dans la cause 2C_[...]/2021 devant le Tribunal fédéral. Même si la recourante 1 conteste la pertinence de cette procédure sur l'issue du litige, il n'en demeure pas moins que cela lui laisserait le temps de mener les discussions avec [...] qu'elle a entreprises.

En revanche, il faut bien admettre également que, si le sort du recours de la recourante 1 apparaît directement lié à l'issue desdites discussions, tel n'est manifestement pas le cas du recours de la recourante 2, qui du reste n'y prend pas part. Dans ces circonstances, on ne saurait admettre une suspension de la procédure sans limite de temps, au risque que la présente procédure ne devienne sans objet par le simple écoulement du temps, ce qui serait en soi inadmissible.

Le Tribunal ne voit ainsi aucune circonstance exceptionnelle qui justifierait une suspension de la procédure sans l'accord des deux recourantes, ou à tout le moins sans un certain consensus quant à la durée de la suspension. En l'occurrence, un tel consensus n'existe pour l'heure que jusqu'à droit connu dans la procédure 2C_[...]/2021 pendante devant le Tribunal fédéral.

Il suit de là qu'il convient d'ordonner la suspension de la procédure jusqu'à droit connu dans la procédure susmentionnée. La recourante 2 est invitée à verser au dossier de la procédure un exemplaire de l'arrêt à rendre par le Tribunal fédéral dès sa notification. Elle devra aussi tenir informer, sans délai, le Tribunal de ceans de tout incident procédural susceptible de retarder la procédure 2C_[...]/2021. De son côté, la recourante 1 sera invitée à tenir le Tribunal informé de l'issue des négociations avec [...].

6.

Le sort des frais et dépens de la présente décision incidente sera réglée dans le cadre de l'arrêt final.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1. à 3.

[Transmissions d'actes].

4.

La requête de la recourante 1 du 13 février 2023 tendant à la séparation des causes A-3688/2022 et A-3722/2022 est rejetée.

5.

La requête de mesures provisionnelles de la recourante 2 tendant à la constitution par la recourante 1 de sûretés à hauteur de [...] francs par an est, à ce stade de la procédure, rejetée.

6.

La procédure est suspendue jusqu'à droit connu dans la cause 2C_[...]/2021 pendante devant le Tribunal fédéral.

7.

La recourante 2 est invitée à verser au dossier, dès sa notification, un exemplaire de l'arrêt à rendre par le Tribunal fédéral dans la cause 2C_[...]/2021 et à informer le Tribunal de tout incident procédural susceptible de retarder la procédure 2C_[...]/2021.

8.

La recourante 1 est invitée à informer le Tribunal de l'issue des négociations entreprises avec [...].

9.

Les frais et dépens relatifs à la présente décision incidente seront réglés dans l'arrêt final.

10.

La présente décision incidente est adressée aux recourantes (et intimées) et à l'autorité inférieure.

Le juge instructeur :

Le greffier :

Claudia Pasqualetto Péquignot

Julien Delaye

Indication des voies de droit :

Pour autant que les conditions au sens des art. 82 ss, 90 ss et 100 ss LTF soient remplies, les chiffres 4, 5 et 6 de la présente décision peuvent être attaqués devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification. Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition :